



UNIVERSIDAD DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

**El pensamiento de François Géný:
Metodología, Epistemología y Ontología
Jurídica**

**D. Lionel Adrián Pérez Cánovas
2021**

**UNIVERSIDAD DE
MURCIA**



**ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO
DE LA
UNIVERSIDAD DE MURCIA**

**DEPARTAMENTO DE FUNDAMENTOS DEL ORDEN JURÍDICO
Y CONSTITUCIONAL**

TESIS DOCTORAL

**EL PENSAMIENTO DE FRANÇOIS GÉNY:
METODOLOGÍA, EPISTEMOLOGÍA Y ONTOLOGÍA
JURÍDICA**

Lionel Adrián Pérez Cánovas

Realizado bajo la dirección de los doctores:

**Dr. José López Hernández
Dr. Juan José Iniesta Delgado**

Murcia 2021

Esta Tesis Doctoral ha sido realizada por Lionel Adrián Pérez Cánovas, bajo la dirección del Dr. José López Hernández, Catedrático de Filosofía del Derecho en el Departamento de Fundamentos del Orden Jurídico y Constitucional de la Universidad de Murcia y del Dr. Juan José Iniesta Delgado, Profesor Titular de Filosofía del Derecho en el Departamento de Fundamentos del Orden Jurídico y Constitucional de la Universidad de Murcia.

Dr. José López Hernández
Director de Tesis

Dr. Juan José Iniesta Delgado
Director de Tesis

Lionel Adrián Pérez Cánovas
Doctorando

“me passera-t-on comme légitimes la curiosité de savoir, en tant que jurisconsulte, ce que je fais et comment je le dois faire, aussi bien que l’ambition de communiquer pareille curiosité à d’autres, qui ne seront jamais trop nombreux pour travailler à la satisfaire”

FRANÇOIS GÉNY¹

“Il s’agit pour nous tous de concilier la justice avec la liberté. (...). Si l’on en croit du moins l’Histoire, elle n’a pas encore été possible, comme s’il y avait entre ces deux notions un principe de contrariété. (...). Cet effort demande de la clairvoyance et cette prompte vigilance qui nous avertira de penser à l’individu chaque fois que nous aurons réglé la chose sociale et de revenir au bien de tous chaque fois que l’individu aura sollicité notre attention”

ALBERT CAMUS²

“sólo el que tiene amplios recursos, quien domina con maestría la tradicional sabiduría transmitida por los siglos, estará preparado para ser un explorador de la justicia”

EUGEN EHRLICH³

¹ GÉNY, FRANÇOIS, *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, Tomo I, Recueil Sirey, Paris, 1914, p. 13.

² CAMUS, ALBERT, *Actuelles. Ecrits politiques*, Tomo 1, Collection Folio Essais (n° 305), Gallimard, 1997, pp. 39-41.

³ EHRLICH, EUGEN, *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 82.

Dedicatoria

Con cariño, a toda mi familia,

A mi madre, por su infinita comprensión y apoyo incondicional

A mi padre, por su intransigente rigor y por haberme comunicado el amor al trabajo bien hecho

A mi hermano, por acompañarme y aconsejarme en todos mis proyectos profesionales y creer en mí.

Agradecimientos

En primer lugar, quiero agradecer, como no puede ser de otra forma, a mi director de Tesis, el Dr. José López Hernández, que ha sabido mostrarse comprensivo, acompañarme en mis primeros y dubitativos pasos, guiarme entre los vericuetos de la Filosofía del Derecho, todo ello con gran espíritu de sacrificio y con el respeto ejemplar al naciente espíritu crítico que invade a todo alumno en sus primeros contactos con las lecturas iusfilosóficas. Esta Tesis doctoral es el fruto del caminar de un espíritu crítico en formación y en contacto permanente con la sabiduría y el conocimiento meditado y madurado por la maestría de un director intachable.

En segundo lugar, quiero agradecer al Dr. Juan José Iniesta Delgado, como codirector, por su implicación, su disponibilidad, su compromiso con la disciplina y su ánimo incansable por ayudar y orientar a quienes lo consultan.

Agradecer igualmente al Dr. Nicolas Dissaux, profesor titular de Derecho privado en la Universidad de Lille (Francia), que me ha prestado su ayuda para contactar con profesionales e Institutos oficiales y que me ha permitido colaborar en el proyecto de una incipiente Revista de Derecho y Literatura.

No puedo tampoco dejar de agradecer al Dr. Nader Hakim, Profesor titular de Historia del derecho e Historia del pensamiento jurídico, en la Universidad de Bordeaux (Francia), siempre presto a contestar a mis dudas y facilitarme la búsqueda de la bibliografía necesaria para la realización de este trabajo.

Por último, agradecer a los profesores del área de Filosofía del Derecho del Departamento de Fundamentos de Orden Jurídico y Constitucional de la Universidad de Murcia, concretamente, al Dr. José Luis Mirete quién me ha iniciado en los caminos de la Filosofía del Derecho enseñando la disciplina con una encomiable disposición hacia la crítica, un envidiable desasimiento hacia todo tipo de prejuicios, y el coraje del ejercicio de un libre pensamiento, y al Dr. Fernando Navarro Aznar por haberme dirigido el Trabajo Fin de Máster y haberse mostrado igualmente abierto y comprensivo, todos ellos, cumpliendo el noble ideal Universitario.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
---------------------------	----------

PRIMERA PARTE: EL PENSAMIENTO JURÍDICO Y EL MÉTODO DE FRANÇOIS GÉNY

CAPÍTULO I: VIDA Y OBRA DE FRANÇOIS GÉNY	11
---	-----------

1. Contexto histórico	11
2. Breve referencia a su vida	12
3. Breve referencia a su obra intelectual	15
3.1. El pensamiento de Gény: contexto histórico y críticas	15
3.2. Obras más importantes.....	18
3.3. El problema del método jurídico.....	24
4. Situación de la ciencia jurídica en la época de Gény	29
4.1. El método tradicional o exegético.....	29
4.2. La escuela alemana para Gény: Friedrich Karl von Savigny y Rudolf von Ihering	34

CAPÍTULO II: LA CIENCIA DEL DERECHO DE GÉNY: LA ELABORACIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO	40
---	-----------

1. Las deficiencias del método exegético como método de elaboración del derecho	40
1.1. Excesivo peso de la ley	42
1.2. El abuso de abstracciones lógicas	45
2. Nueva metodología jurídica: la superación del método exegético	48
2.1. La ciencia y el método	48
2.1.1. <i>Nuevas perspectivas</i>	48
2.1.2. <i>La filosofía nueva: creencia e intuición</i>	56
2.1.2.1. La intuición	56
2.1.2.2. La creencia	59
2.2. Epistemología jurídica	61

2.2.1. Etapas del entendimiento: <i>noción, regla, sistema, construcción</i>	62
2.2.2. Procedimientos intelectuales generales: <i>palabra, definición, división, clasificación. Lógica</i>	66
3. Reconstitución de la teoría de las fuentes y del método jurídico	70
3.1. Fuentes formales	70
3.1.1. <i>La ley y su interpretación</i>	73
3.1.2. <i>La costumbre</i>	80
3.2. Fuentes no formales	85
3.2.1. <i>La Autoridad y la Tradición: una visión de la doctrina y la jurisprudencia</i>	85
3.2.2. <i>La jurisprudencia positiva</i>	88
3.3. La libre investigación científica: un nuevo método para una nueva fuente del derecho	92
3.3.1. <i>Concepto</i>	92
3.3.2. <i>La naturaleza de las cosas: una nueva fuente del derecho</i>	100
3.3.2.1. Explicación del concepto	100
3.3.2.2. La justicia y la utilidad	104
3.3.2.3. La equidad	105
3.3.3. <i>La analogía</i>	107
3.3.3.1. Aproximación al concepto de analogía.....	107
3.3.3.2. Funcionamiento de la analogía	109
3.3.4. <i>La autonomía de la voluntad</i>	113
3.3.5. <i>El poder discrecional del juez</i>	116
4. Aproximación al concepto de derecho	119
4.1. Derecho natural: base de la elaboración científica del derecho	123
4.1.1. <i>Intento de definición</i>	123
4.1.2. <i>El derecho natural y la religión</i>	127
4.1.3. <i>La noción de lo dado (“donné”)</i>	129
4.1.3.1. Lo dado real o natural (“ <i>donné réel</i> ” o “ <i>donné naturel</i> ”)	130
4.1.3.2. Lo dado histórico (“ <i>donné historique</i> ”).....	132
4.1.3.3. Lo dado racional (“ <i>donné rationnel</i> ”).....	134
4.1.3.4. Lo dado ideal (“ <i>donné idéal</i> ”)	136
4.1.3.5. La relación entre los distintos dados.....	138
4.1.4. <i>La noción de justicia</i>	142
4.2. Derecho ideal	146
4.3. Derecho objetivo.....	148
4.4. Derecho positivo	152

CAPÍTULO III: LA TÉCNICA DEL DERECHO: ELABORACIÓN TÉCNICA DEL DERECHO..... 159

1. La técnica jurídica fundamental	159
1.1. Noción de técnica jurídica fundamental.....	159
1.2. Intento de elaboración de una teoría de la técnica jurídica fundamental	163
2. Lo dado y lo construido.....	165
3. Procedimientos técnicos	168
3.1. Procedimientos generales de la elaboración técnica del derecho.....	171
3.1.1. <i>La reducción simplificadora de los elementos sustanciales del derecho positivo</i> 171	
3.1.2. <i>Las fuentes formales como instrumentos técnicos del derecho</i>	174
3.2. Procedimientos plásticos (materiales) de la técnica jurídica.....	175
3.2.1. <i>La forma o formalismo jurídico</i>	176
3.2.2. <i>Las categorías reales</i>	177
3.3. Procedimientos intelectuales generales: construcción jurídica por vía de conceptos .	180
3.4. Procedimientos intelectuales especiales: presunciones y ficciones	183
3.4.1. <i>Las presunciones de derecho</i>	183
3.4.2. <i>Las ficciones de derecho</i>	187
3.5. El lenguaje en el derecho	191

CAPÍTULO IV: CIENCIA Y TÉCNICA DEL DERECHO: ELABORACIÓN INTEGRAL DEL DERECHO 194

1. Conflicto entre elementos científicos y elementos técnicos del derecho	194
2. Conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo.....	195
2.1. Bases del problema	195
2.2. La fuerza en el derecho. La resistencia a la opresión. El derecho a la insurrección. ..	200
3. El derecho subjetivo	205
3.1. El derecho subjetivo como concepto técnico.....	205
3.2. Esclarecimiento de la noción de derecho subjetivo: conflicto entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo	209

CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE 217

SEGUNDA PARTE: ACTUALIDAD DEL PENSAMIENTO JURÍDICO Y DEL MÉTODO DE FRANÇOIS GÉNY

CAPÍTULO I: FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHO NATURAL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y APORTES DE FRANÇOIS GÉNY 236

1. Introducción	236
2. El derecho natural anterior a la época moderna: el problema de la “naturaleza” y de la “razón”	242
3. El derecho natural moderno: proceso de reducción de la razón a mera facultad instrumental.....	250
3.1. El voluntarismo	252
3.2. El racionalismo instrumental y el subjetivismo	256
4. Crisis del derecho natural moderno: problema de racionalidad	259
4.1. Montesquieu, Rousseau y Hume.....	259
4.2. Kant y Hegel	263
5. El derecho natural después de Hegel.....	267

CAPÍTULO II: LA CIENCIA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA (SIGLOS XIX Y XX): EVOLUCIÓN Y APORTES DE FRANÇOIS GÉNY 274

1. Introducción	274
2. El siglo XIX	277
3. El siglo XX.....	286

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA JURÍDICA. APORTES DE FRANÇOIS GÉNY..... 303

1. Introducción	303
2. Interpretación del derecho.....	304
3. Aplicación del derecho	313
4. Argumentación jurídica: proceso judicial de toma de decisiones.....	320
4.1. La lógica jurídica y el silogismo judicial	326
4.2. La identificación de los hechos	337

4.3. La identificación de la regla y del principio de derecho	342
4.4. La tónica y la retórica	353
4.5. El problema de la racionalidad	364
CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE	375
CONCLUSIONES DEL TRABAJO	394
BIBLIOGRAFÍA	424

INTRODUCCIÓN

La metodología jurídica y de manera más amplia la ciencia del derecho son temas que desde antaño vienen ocupando a los iusfilósofos. François Gény se presenta a nosotros como uno de los mayores pensadores y exponentes de la metodología y la ciencia del derecho europea que se extiende de finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX. Gény recogerá en su obra las nuevas tendencias que aparecen en su tiempo hasta el punto de elaborar una obra, según Grossi, que sirve de “breviario al jurista del siglo XX”¹.

El final del siglo XIX y los principios del siglo XX se presentan con una realidad, desbordada por los avances científicos y tecnológicos, por nuevas fronteras económicas y por intensas luchas sociales². No insensible a estas cuestiones, Gény aportará una nueva visión sobre el derecho y abordará los grandes problemas tocantes al trabajo del jurista, a saber, el “gran debate de ideas sobre la estructura constitutiva del derecho moderno”³.

Podemos reconocer el nacimiento, en este periodo, de la tendencia a un aumento considerable del número de leyes y su mayor complejidad, así como la “inyección de racionalidad” en la actividad de interpretación y aplicación del sistema normativo que llevan a un cambio de perspectivas sobre el derecho y su teoría⁴. El proceso de tecnificación del derecho que se promueve, en este periodo, (en parte debido a la codificación) desembocará en una instrumentalización de la razón hasta el punto de que esa razón formal invada todos los ámbitos de la sociedad (incluidos los que no le son propios) hasta convertirse en la estructura misma de la sociedad⁵.

¹ Cfr. GROSSI, PAOLO, “Pagina introduttiva. (Ripensare Gény)”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 20, número 1, 1991, pp. 1-51, p. 7.

² *Ibid.*, p. 16.

³ *Ibid.*, p. 5.

⁴ Cfr. ATIENZA, MANUEL, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 2009, pp. 205-223, p. 220.

⁵ Como bien explica el autor, Habermas no podrá “combatir la disolución contemporánea de la metafísica, sino reconstruir un modelo de razón formal coherente con el contexto postmetafísico”. Cfr. CARABANTE, JOSÉ MARÍA, “El derecho: ¿objeto tecnificado o medio de tecnificación? la dualidad del proceso de racionalización jurídica en la obra de J. Habermas”, *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, número 62, 2010, pp. 59-79, p. 66. Como bien muestra el filósofo Byung-Chul Han en su análisis de la sociedad postmoderna contemporánea, nuestra

No obstante, siguiendo las ideas de Habermas, la complejificación del mundo social y la necesidad de un consenso eficaz entre sus miembros van a reposicionar el derecho. Se tratará de combinar la racionalidad sistémica del derecho con la racionalidad de la sociedad, la cual nace del consenso y es obtenida en un proceso comunicativo ⁶. Pero incluso en la propuesta de Habermas, como bien observa Carabante, se “incurre en la incoherencia de cualquier mensaje universalista que se postula postmetafísicamente” ⁷. Gény tratará de reconstruir un concepto de derecho que supere el positivismo imperante ya sea en su forma exegética como sociológica, y ofrecer de nuevo, una metafísica para el derecho.

Creemos que Gény es, de hecho, como lo afirma Mayda, uno de los pensadores claves en el proceso contemporáneo hacia la construcción de una teoría del derecho, que supera, en cierta medida, la filosofía jurídica contemporánea ⁸.

Se pone de manifiesto, en nuestra sociedad del siglo XXI, tendente a una mayor industrialización y desarrollo de la ciencia y de la tecnología, una necesidad cada vez mayor de incorporar la nueva dimensión social dentro del derecho y particularmente la filosofía del derecho ⁹. Concretamente, el incesante caminar de las ciencias, las tecnologías y la cibernética, que son parte de nuestra vida cotidiana, afectan inexorablemente al derecho, y van a determinar una forzosa superación de la tradicional “autorreferencia normativa” como método de legitimación del derecho ¹⁰. No cabe duda que nuestro derecho actual ha superado el monismo jurídico (estatalismo) y se ha abierto a un pluralismo jurídico ¹¹ que invita a una relectura de Gény con el fin de abrir

sociedad postmetafísica está en búsqueda de una total transparencia por medio de una incesante producción y reproducción de información que crea una saturación que culmina en un vacío. Como bien expresa, “Solamente es por completo transparente el vacío” y “la masa de información” no consigue “engendrar ninguna verdad”. Cfr. HAN, BYUNG-CHUL, *La sociedad de la transparencia*, traducción de Raúl Gabás, Herder, 2013, en el capítulo titulado “la sociedad de la información” particularmente pp. 26-27.

⁶ Cfr. CARABANTE, J. M., *op. cit.*, p. 71.

⁷ *Ibid.*, p. 78.

⁸ Hasta el punto de que el autor califica a la filosofía jurídica contemporánea de “iniccio pasatiempo” en comparación con las vías anunciadas por Gény. Según Mayda, el camino está “más allá de Gény, pero a través de Gény”. Cfr. MAYDA, JARO, “Gény and the common-law world: Thirty years later”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 20, número 1, 1991, pp. 189-199, p. 193.

⁹ Cfr. WOLF, PAUL, “Cambio social y transformación de la filosofía del derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, volumen 50, 2016, pp. 121-132, particularmente p. 122.

¹⁰ Cfr. PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, “La filosofía del derecho como tarea: cuestiones y trayectorias de investigación”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 44, 2010, pp. 547-570, p. 564.

¹¹ *Ibid.*, p. 563.

el camino a una teoría del derecho comprensiva de una realidad pluridimensional y de fuentes plurales.

No obstante, la posmodernidad, como observa Pampillo-Baliño, ha situado al hombre en un horizonte sin esperanzas, desengañado de la “razón ilustrada”, hundido en un nihilismo respecto de valores, sin referencias, que sólo deja espacio para el ejercicio de un pensamiento frívolo y sin compromisos. Una superación de ese estado de cosas, pasaría, según Pampillo-Baliño, por un reconocimiento de las “relaciones constantes en las cosas” y que han sido denominados, en la Edad Media, por “naturaleza” y “leyes”. Así el autor ve el futuro de la filosofía del derecho como una reflexión que opera en un “ir y venir” de lo “dado” a lo “puesto” y de lo “puesto” a lo “dado”. Una reflexión que permita aclarar la realidad “ontognoseoantropológica” del derecho y su método ¹². En este sentido Gény se vuelve de plena actualidad y puede contribuir con su método a la configuración de esa nueva teoría global del derecho que parece, según Pampillo-Baliño, anunciarse como el futuro más esperanzador para la teoría y filosofía del derecho ¹³.

Se presenta en nuestro siglo XXI una paradoja peligrosa. Por un lado, la metodología propia de la escuela de la exégesis ha quedado teóricamente superada y casi ningún teórico del derecho, hoy en día, la afirma o sostiene si no es con numerosos matices, pero por otro lado es la metodología usualmente constitutiva de toda la llamada dogmática jurídica ¹⁴. La dogmática jurídica actual, en el mundo del *civil law*, presenta características de un formalismo legalista ¹⁵ que podemos aproximar al entendimiento

¹² Cfr. PAMPILLO-BALIÑO, JUAN PABLO, “Una Teoría global del Derecho para una nueva época histórica”, *Dikaion*, volumen 19, número 1, 2010, pp. 11-45, pp. 18-20, 23-26. Por lo que, como dirá Bix, para captar la “naturaleza” del derecho, en el estado actual de cosas, será necesario, por un lado, un enfoque más neutral, como el que pretende el positivismo jurídico (principalmente el hartiano), para comprender su lado institucional y un enfoque “más evaluativo”, como pueden ofrecer las teorías sobre el derecho natural. Cfr. BIX, BRIAN, “Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 26, 2003, pp. 609-633, p. 627.

¹³ Principalmente, se trata de comprender lo “puesto” del derecho por lo “dado”. Véase PAMPILLO-BALIÑO, J. P., “Una Teoría global del Derecho para una nueva época histórica”, *op. cit.*, particularmente p. 40. Para un análisis sobre el posmodernismo y la filosofía del derecho. Véase HURTADO BAUTISTA, MARIANO, “Postmodernismo y Derecho”, *Anales de Derecho*, número 15, 1997, pp. 289-322.

¹⁴ Cfr. SALAS, MINOR E., “Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, número 27, 2007, pp. 111-142, pp. 125-126.

¹⁵ Atienza enumera el siguiente conjunto de características de la dogmática jurídica actual: 1) formalismo jurídico como concepción del derecho. 2) aislamiento de las demás ciencias y disciplinas, así como de sus métodos. 3) la ciencia del derecho (dogmática) es neutral, independiente de la moral y de la política, y su exclusivo objeto de estudio son las normas positivas válidas publicadas por el Estado. 4) da preferencia al

que la escuela de la exégesis ya tenía de la ciencia y técnica del derecho. Por lo que la dogmática jurídica actual padece los mismos defectos que la ciencia jurídica practicada bajo los auspicios de la escuela de la exégesis, de allí que las críticas de Gény, así como su método reconfigurador de la ciencia del derecho, sean de actualidad.

No podemos, por tanto, pretender construir las bases de una nueva teoría y filosofía del derecho, si no observamos lo que constituye, a día de hoy, la ideología, la teoría y el método que los cultivadores del derecho realmente usan en su labor diaria.

Debemos reconocer, como lo hace Hernández Marín, que “la ciencia jurídica actual”, es decir, “la dogmática jurídica”, “se ocupa del Derecho, no como un fenómeno social, sino como un fenómeno aislado”¹⁶, mientras que, según Häberle, la ciencia jurídica del futuro, sobre todo pensando en Europa, no puede ser otra cosa que una ciencia cultural¹⁷. La ciencia del derecho impartida en nuestras Facultades se resume en una “mera hermenéutica” que no intenta “aclarar las razones de la existencia de las normas e instituciones jurídicas concretas como hechos históricos, sociales o culturales”. Explican Saavedra y Maresca que la ciencia del derecho debe “ahondar” en las “raíces sociales” del derecho y “en sus conexiones orgánicas con la economía y con la política” si queremos que no sea meramente “dogmática”¹⁸. La dogmática jurídica contemporánea lleva varias décadas sin ser capaz de comprender el derecho ni de organizar científica y metódicamente su estudio¹⁹. En la actualidad, la ciencia del derecho no tiene más función que la de legitimar el modelo socio-político impuesto por las élites dominantes. La ciencia del derecho actual se limita a una dogmática jurídica destinada a legitimar el Estado con una práctica tecnocrática e ideologizante que no

principio de seguridad jurídica, al principio de autoridad y al sentido literal de las normas. Cfr. ATIENZA, M., “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ y DIEGO VALADÉS RÍOS, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*, volumen 4, Tomo 1, 2015, pp. 169-196, p. 184.

¹⁶ Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL, “Concepto de Filosofía del Derecho”, *Anuario de filosofía del derecho*, número 10, 1993, pp. 175-190, p. 182.

¹⁷ Cfr. HÄBERLE, PETER, “La ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 27, 2017, pp. 109-121, p. 113.

¹⁸ Cfr. SAAVEDRA, MODESTO y MARIANO MARESCA, “Sobre la ciencia jurídica dominante en las facultades de derecho: la crisis de la reforma”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, volumen 50, 2016, pp. 143-176, p. 156.

¹⁹ Cfr. PAMPILLO-BALIÑO, J. P., “Una Teoría global del Derecho para una nueva época histórica”, *op. cit.*, p. 40.

considera aspectos críticos, consideraciones políticas, sociales, o científicas otras que el texto de la ley ²⁰.

Como afirma Ferrajoli, el derecho se muestra, en la actualidad, en su aspecto dogmático, como “una técnica burocrática de ejercicio del poder y de control social” que, la filosofía y la teoría del derecho deben superar. El constitucionalismo de nuestro Estado democrático y de Derecho implica tener que desarrollar un método que sustituya la actual vinculación fuerte a la ley positiva por una apertura a los principios constitucionales (lo que implica una apertura cultural de la dogmática) hasta el punto de poder garantizar la efectividad de esos principios ²¹.

Gény representa dentro de la cultura jurídica aquel que aportó de nuevo una visión abierta a las disciplinas socio-culturales del pasado para integrarlas con las del presente. Gény usará de todo el material cultural disponible para construir un nuevo método ²². En este sentido, Ramírez-García reivindica para nuestro tiempo, como parte necesaria para “recuperar la creatividad a la hora de afrontar problemas actuales” volver a la “lectura y al análisis de la literatura clásica” para abrirse a mayores datos y experiencias sobre los distintos modos (podemos decir metodologías) empleadas en el pasado para comprender el fenómeno humano y solucionar los problemas de la vida práctica ²³. Tal vez sea necesario replantear la metodología jurídica (incluido su método de enseñanza), y adoptar, como así lo propone Ramírez-García, un idea *humanista-realista* del derecho ²⁴ en el que Gény tendría plena cabida. Sobre todo, cuando la

²⁰ Cfr. SAAVEDRA, MODESTO y MARIANO MARESCA, *op. cit.*, pp. 168-173.

²¹ Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, “El futuro de la filosofía del derecho”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 39, 2016, pp. 255-263, p. 257, 261.

²² Véase la citación a Aulio Gelio. Cfr. GÉNY, FRANÇOIS, *Science et Technique en droit privé positif. Élaboration technique du droit positif*, Tomo III, Recueil Sirey, Paris, 1921, p. 63. O la referencia a Bossuet. Cfr. GÉNY, F., *Ultima verba*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1951, sec. VII. (traducción BERNUZ BENEITEZ, M. J., *La libertad en el derecho. Entre certeza e incertidumbre*, Comares, Granada, 2007, pp. 87-95). Además de las citas a científicos y filósofos de su época. Todo ello sin perjuicio de que, como apunta Salas, algunos autores niegan a la metodología social o jurídica la posibilidad de operar como un todo, como un sistema unitario e independiente. Véase SALAS, MINOR E., “La falacia del todo: clave para la crítica del holismo metodológico en las ciencias sociales y jurídicas”, *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, número 10, 2006/2007, pp. 33-52.

²³ Cfr. RAMÍREZ-GARCÍA, HUGO S., “Derecho y ética: convergencias para la formación jurídica”, *Dikaion*, número 17, 2008, pp. 49-69, p. 59. Es interesante observar, como muestra de una apertura multidisciplinar, que posteriormente a los trabajos de Hart, la mayoría de cultivadores de la teoría del derecho, en el mundo Anglosajón, tienen formación avanzada en filosofía. Cfr. BIX, B., *op. cit.*, p. 609.

²⁴ Con el “humanismo realista” se quiere reconocer la importancia de “la naturaleza humana como causa y medida del derecho” y la necesidad de que el derecho se caracterice por su fidelidad a lo real. Cfr. RAMÍREZ-GARCÍA, HUGO S., “Derecho y ética: convergencias para la formación jurídica”, *op. cit.*, p. 55.

dimensión técnica (dogmática) del derecho crece hasta imponerse sobre la ciencia del derecho ²⁵.

La ciencia del derecho, hoy en día, reducida a dogmática jurídica parece igualmente reducida a mero saber técnico, incapaz de progreso, adaptación y, sobre todo incapaz de cumplir el fin de la justicia. Podemos preguntarnos ¿Qué pasa si la técnica jurídica se resume a forzar la “construcción” de un modelo que limita la realidad a la comprensión que ciertas disciplinas positivas científico-sociales tienen de ella? ¿No es la técnica jurídica, la que debe estar al servicio de toda la realidad buscando exclusivamente la realización de la justicia? ¿Una técnica o un arte (sin abstracciones, sin excesos) y libre al servicio de la realización de la justicia?

La cuestión que se planteará Atienza a este respecto resulta ser, en gran medida, la que se planteó Gény y que ya resolvió, a saber, la distinción entre ciencia y técnica. Atienza concluye que la dogmática jurídica es un saber técnico basado sobre conocimientos científicos. Por lo que, la pregunta es saber qué conocimientos científicos (de qué ciencias o disciplinas) deben sustentar esta técnica ²⁶. Por lo que todo el reto de la ciencia jurídica consistirá en abrirse a otras disciplinas y traducir ese conocimiento en técnica jurídica. Será necesario analizar el conjunto de elementos “extra jurídicos” y ver cómo se combinan con elementos jurídicos “preexistentes” para hacer avanzar el pensamiento técnico-jurídico de conformidad con el progreso de la ciencia y la filosofía ²⁷. Se aborda así el complejo problema de reconstruir el derecho positivo con bases científicas y filosóficas partiendo del texto escrito de la ley (es decir, básicamente, de la dogmática) con el fin de hacerlo progresar y adaptarlo a nuevas situaciones y circunstancias.

La técnica jurídica (la dogmática jurídica) queda así necesariamente supeditada a conocimientos superiores. Pero en un contexto en el que predominaba la codificación como vía de creación del derecho y donde su aplicación se limitaba a una pretendida

²⁵ Véase ATIENZA, M., “Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a R. Vernengo”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 3, 1986, pp. 297-311.

²⁶ En puridad, todo conocimiento científico como no científico. Cfr. ATIENZA, M., *Introducción al derecho*, Barcanova, 1ª ed., Barcelona, 1985, p. 254. Véase igualmente ATIENZA, M., “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, *op. cit.*, pp. 180, 190.

²⁷ Véase DICKINSON, JOHN, “Le problème du cas non-prévu”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo II, Recueil Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 503-530, pp. 520-521.

deducción lógica, el pensamiento jurídico de Gény que afirmaba que el juez creaba derecho y contribuía a su evolución fue, a finales del siglo XIX, algo revolucionario ²⁸.

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, fue despertándose el interés de los iusfilósofos hacia los problemas técnicos referidos a la resolución de casos prácticos no previstos por la ley ²⁹. En los años sesenta se inició un proceso de rehabilitación de la filosofía práctica que buscaba depurar la praxis y criticaba la “malversación tecnocrática”. Esta tecnificación de la sociedad en su conjunto, generó en la praxis jurídica el problema de tener que lograr una cada vez más complicada “mediación” entre distintos “ámbitos profesionalizados” ³⁰.

Así nos encontramos en un panorama en el que la técnica jurídica se vuelve el elemento esencial a tratar por la teoría y filosofía del derecho debido a la importancia creciente de la tecnificación y tecnocratización que han supuesto un cambio de mentalidad y de paradigma filosófico y social que obliga a repensar el derecho por completo. Además, como bien observó Atienza, existen “elementos objetivos” (que no dependen de la “voluntad” de los jueces ni de la de los teóricos del constitucionalismo) que hacen que el poder de los jueces tienda en nuestros sistemas a incrementarse en relación con el de los legisladores ³¹.

La tecnificación de la sociedad que ha convertido el derecho, más que nunca, en una disciplina multidisciplinar y compleja, ha atribuido igualmente más poder creador a los jueces. No obstante, el esfuerzo desplegado por los iusfilósofos para la construcción de teorías y filosofías del derecho, así como la construcción de novedosas y actuales metodologías del derecho (como las teorías de la argumentación jurídica) que permitieran explicar las nuevas realidades socio-jurídicas, han sido ignorados por los jueces. Ningún trabajo de las recientes propuestas metodológicas ha sido citado (y por ende, podemos deducir, que no son tampoco usados) por los tribunales ³².

²⁸ Cfr. HUTCHESON, JOSEPH C. JUNIOR, “Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo II, Recueil Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 531-551, p. 531.

²⁹ Cfr. DICKINSON, JOHN, “Le problème du cas non-prévu”, *op. cit.*, p. 505.

³⁰ Cfr. CARABANTE, J. M., *op. cit.*, pp. 60, 65.

³¹ Cfr. ATIENZA, M., “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *op. cit.*, p. 215.

³² Como bien muestra el autor, la obra “Metodología de la Ciencia del Derecho” de Karl Larenz ha sido citado sólo dos veces por el Tribunal Federal alemán, y autores como Alexy o Habermas nunca han

Queda claro que nuestros jueces necesitan una teoría y metodología del derecho que supere el simple formalismo del texto legal y que les haga consciente de la complejidad del derecho y de su aplicación³³ y que la praxis jurídica se verá siempre influenciada por la concreta concepción del derecho que adopten los órganos encargados de ella (y en última instancia que se enseñe como la más conforme a derecho). Será, por tanto, importante no reducir la idea de derecho a la idea de Estado, es decir, a una disciplina autónoma y exclusiva a los órganos estatales (en su producción, interpretación y aplicación) si no queremos que el derecho se aleje de la vida de los ciudadanos hasta convertirse en un elemento extraño, ajeno e incluso en contradicción con la sociedad³⁴.

Todas estas cuestiones que se encuentran en la base de la obra de Géný y que hemos ido desarrollando a lo largo del presente trabajo son de plena actualidad. Pensamos que, en nuestras sociedades actuales extremadamente tecnificadas y centradas en la tecnología de la información y la ingeniería de datos, un profundo conocimiento del derecho positivo y de sus posibilidades y limitaciones, se presenta inevitablemente como la única vía capaz de procesar la ingente multitud de datos, informaciones y conocimientos técnicos necesarios para construir un sistema de derecho justo y ajustado a nuestro tiempo.

Por todo ello hemos creído importante releer la obra de François Géný con el fin de retomar en consideración las preguntas fundamentales sobre las limitaciones de los distintos positivismo jurídicos y sus peligros. Pretendemos también, humildemente, con la relectura de su obra, repensar adecuadamente, en pleno siglo XXI, los presupuestos del derecho natural sobre una fuerte base positiva en constante crecimiento

aparecido en ninguna jurisprudencia. Cfr. SALAS, MINOR E., “Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica...”, *op. cit.*, pp. 128-129.

³³ Cfr. RAMÍREZ LUDEÑA, LORENA, “Las teorías del derecho en la formación de los jueces”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 30, 2014, pp. 37-59, p. 44. Como dirá Géný “Pues ¡cuántos de nosotros, ayer aún, -agitados por las angustias que despierta todos los esfuerzos hacia el ideal, e inquietos por las infiltraciones de una ciencia que es demasiado positivista, - tendían a no ver la justicia más que a través de los organismos formales, destinados simplemente a afirmarla y realizarla!” (“*Or, combien de nous, hier encore, - émus des angoisses que suscite tout effort vers l'idéal, et troublés par les infiltrations d'une science trop lourdement positiviste, — tendaient à ne voir la justice qu'à travers les organismes formels, simplement destinés à l'affirmer et à la réaliser !*”). GÉNY, F., *Science et Technique en droit privé positif. Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible « droit naturel »)*, Tomo II, Recueil Sirey, Paris, 1927, p. VIII.

³⁴ Cfr. RAMÍREZ-GARCÍA, HUGO S., “Derecho y ética: convergencias para la formación jurídica”, *op. cit.*, pp. 53-54. Véase GROSSI, P., *La primera lección de derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

y evolución. Para esta tarea hemos pensado en la figura de François Gény que, a los ojos del mundo jurídico occidental, se ha consolidado como un pensador jurídico completo con una novedosa y atrevida combinación entre derecho positivo y derecho natural y que pensamos que puede mostrar un camino fructífero a seguir para la teoría y la filosofía del derecho en este nuevo siglo.

PRIMERA PARTE

**EL PENSAMIENTO JURÍDICO Y EL MÉTODO DE FRANÇOIS
GÉNY**

CAPÍTULO I

VIDA Y OBRA DE FRANÇOIS GÉNY

1. Contexto histórico

Es importante, antes de nada, resituar la obra de Gény dentro de los acontecimientos históricos acaecidos en Francia y en Europa en la época en la que vivió. La vida y la obra de Gény se desarrollaron, tras la derrota de Napoleón III, principalmente bajo la tercera república (1870 y 1940). Este régimen republicano traía consigo una crisis institucional permanente y debates incesantes sobre la Revolución³⁵. Es en una Francia convulsa, post revolucionaria, que Gény va a desarrollar su método.

Los últimos años del siglo XIX y los primeros del siglo XX marcan un periodo histórico confuso y complejo. Se van a imponer una serie de cambios y novedades, concretamente el asentamiento de la burguesía y del capital junto al progreso científico y tecnológico. El panorama económico se ve alterado por la industrialización y el panorama político por los ideales de la revolución³⁶. Comienza durante estos años, en Francia, un verdadero trabajo en “las esferas intelectuales”³⁷.

Se conoce el periodo de 1870 hasta el estallido de la primera guerra mundial como la “belle époque”. Esta época venía cargada con la renovación del espíritu crítico que desemboca en el economicismo, el cientismo, el evolucionismo y la fe ciega en el progreso³⁸.

Posteriormente, hacia 1890, surgen movimientos sociales contrarios al racionalismo y al progreso que intenta evadir la rutina burguesa y romper con la idea de

³⁵ Cfr. SARIS, ANNE, “La teneur de la norme selon Gény et son actualité en droit international privé”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 79-210, p. 199.

³⁶ Cfr. BERNUZ BENEITEZ, MARÍA JOSÉ, *François Gény y el Derecho. La lucha contra el método exegético*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 13.

³⁷ Cfr. PESET REIG, MARIANO, *La técnica jurídica fundamental en la obra de François Gény (Un estudio de metodología del derecho)* (Tesis Doctoral), Universidad de Valencia, 1966, p. 31.

³⁸ Cfr. OPPETIT, BRUNO, “François Gény et le droit naturel”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 20, número 1, 1991, pp. 89-117, pp. 90-91.

lo real. De allí surgen, movimientos dirigidos hacia lo irracional ³⁹. Se afirma un vitalismo contra el espíritu cientista, un clima de inquietud, un resurgimiento de tendencias espiritualistas ⁴⁰. En ese contexto, nace un movimiento católico reaccionario del que Gény formará parte. Un movimiento compuesto de un “modernismo religioso” contrario a los movimientos modernos que apuestan por la laicidad e incluso el anticatolicismo ⁴¹.

Se producirá una revolución doctrinal del derecho acorde a los valores republicanos, otorgando legitimidad al pueblo y la nación más que a la tradición ⁴².

Ese contexto de embellecimiento de Francia que comenzó en la década de 1870, afectó a todos los ámbitos culturales de Francia. Tanto la música, la literatura como la política se vieron renovadas.

Por último, mencionamos las dos guerras mundiales que sin duda golpearon las conciencias europeas e impactaron la visión del derecho y de la política, tanto en el ámbito internacional con la creación de la Sociedad de Naciones, como en el ámbito nacional.

2. Breve referencia a su vida

Esta parte no tiene por objetivo realizar una biografía exhaustiva del maestro, simplemente recordar momentos significativos de su vida que puedan ayudarnos a una mejor comprensión de su obra. Todo ello con el fin de conseguir alumbrar aquellos pasajes de sus textos que puedan resultar, a los ojos de un observador contemporáneo, algo extraños, anticuados o desfasados, ayudar a contextualizar su obra y abrir el camino hacia una relectura fecunda para nuestros días.

François Gény nace un 17 de diciembre de 1861 en un pueblo de Francia llamado Baccarat, en la región de Lorena, y fallece en la ciudad de Nancy el 16 de diciembre de 1959, a la edad de 98 años.

³⁹ Cfr. BERNUZ BENEITEZ, M. J., *François Gény y el Derecho...*, *op. cit.*, pp. 16-17.

⁴⁰ Cfr. OPPETIT, B., *op. cit.*, pp. 90-91.

⁴¹ Cfr. BERNUZ BENEITEZ, M. J., *François Gény y el Derecho...*, *op. cit.*, p. 19.

⁴² Cfr. CHAZAL, JEAN-PASCAL, “Léon Duguit et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique”, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 65, núm. 2, 2010, pp. 85-133, p. 85.

Según nos relata Auberger, desde su más tierna edad, el pequeño Gény es escolarizado como pensionista en el colegio jesuita de Amiens y su estancia formativa con los jesuitas “le abrirá horizontes que servirán de base para su investigación jurídica y la profundización en la fe”⁴³. Nos cuenta que las dos “grandes preocupaciones” de Gény a lo largo de su vida han sido “la fe” y la “ciencia”⁴⁴.

En cuanto al mundo propiamente jurídico, la familia Gény ha estado “impregnada” de práctica jurídica durante “numerosas generaciones” y es “originaria de una región donde el derecho consuetudinario es predominante”⁴⁵. Lo que, sin duda, para Baldus, influenciará a Gény en su apego y defensa del derecho consuetudinario y en la adquisición de “un sólido conocimiento histórico según los estándares de su época”⁴⁶.

Gény hará, de esa amplia formación, una fuerza, abriendo horizontes y expandiendo el conocimiento jurídico, lo cual no queda sin resonancias con su ámbito familiar, ya que allí Gény aprende a “poner en el mismo plano formación literaria y formación científica”⁴⁷.

Gény ingresará en la Facultad de Derecho de Nancy para estudiar esta disciplina hacia finales de 1878. Obtiene su licenciatura en 1882, su doctorado en 1885 con dos tesis, una en derecho romano sobre la fiducia y otra en derecho civil con el título “De la responsabilidad de los arrendatarios en caso de incendio de la cosa arrendada”. Es nombrado profesor de derecho por concurso público en 1887 encargándole la enseñanza de un curso de derecho francés. En 1889 se le encargan unas clases de derecho romano y en 1890 de derecho civil.

Seguidamente, en 1892, pasa a ser profesor en la Facultad de Derecho de Dijon hasta 1901. En 1901 es nombrado profesor de derecho civil en la Facultad de Nancy de la cual será nombrado Decano en 1919. Como profesor de derecho civil, se destaca de él

⁴³ Cfr. AUBERGER, M., “La vie de François Gény : la doctrine et son époque”, en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Gény*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 7-23, p. 10.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁴⁵ Cfr. AUBERGER, M., “Un autre regard sur François Gény et son œuvre”, *Revue trimestrielle de droit civil*, núm. 2, 2010, pp. 261-278, p. 261.

⁴⁶ Cfr. BALDUS, CHRISTIAN, “Les lectures de François Gény : la doctrine française et l’École des Pandectes”, en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Gény*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 37-49, p. 37.

⁴⁷ Cfr. AUBERGER, M., “La vie de François Gény...”, *op. cit.*, p. 21.

una simplificación del método con vistas a la enseñanza, limitándose a “frases breves” compuestas de “palabras usuales”⁴⁸.

Gény ha trabajado insistentemente los problemas teóricos del derecho. Escribió principalmente obras “de doctrina relativa a la teoría del derecho”⁴⁹. Una serie de acontecimientos relevantes en la vida de Gény⁵⁰ pueden explicar, en parte, por qué Gény insiste en la idea de derecho natural, en la necesidad de luchar por una idea de derecho superior a la del simple derecho positivo⁵¹.

A lo largo de toda su vida intelectual, Gény también ha desempeñado la labor de comentarista de decisiones jurídicas y no se ha limitado a abordar una sola temática o un solo campo del derecho ya que comenta treinta y cinco decisiones en derecho fiscal y de sociedades, doce decisiones en derecho de familia, de la persona y de donaciones, ocho decisiones en derecho de obligaciones, cinco decisiones en derecho procesal, cuatro en derecho comercial, tres en derecho de la propiedad intelectual, dos en derecho de bienes, una en derecho social, una en derecho administrativo, y otra en derecho rural y forestal⁵². Gény es un *arrêteste*, es decir, que comenta decisiones judiciales y junto a sus conocimientos sobre el derecho trata de lograr una “construcción práctica del derecho”⁵³.

Por último, como títulos honoríficos obtiene los siguientes: Doctor *Honoris causa* de la Universidad de Groningen en 1914, de Lovaina en 1927, de Bruselas y de Varsovia en 1929, de Ginebra en 1930, de Iași (Moldavia) en 1934, Lausana en 1935,

⁴⁸ Cfr. KAYSER, P., “François Gény, le Professeur et l’Homme”, en AA.VV., *Le centenaire du doyen François Gény*, op. cit *Le centenaire du doyen François Gény. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 2-11, p. 5.

⁴⁹ Cfr. MARTIN, MATTHIAS, “La conception du droit par Gény arrêteste”, en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Gény*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 113-125, p. 114.

⁵⁰ Gény pierde a su hijo mayor, de dieciocho años, en la primera guerra mundial y su cuñada es encarcelada durante tres años por “facilitar información” a los franceses sobre las tropas alemanas. Cfr. AUBERGER, M., “La vie de François Gény...”, op. cit., pp. 14-15.

⁵¹ Gény nos recuerda los nefastos acontecimientos de la primera guerra mundial. Véase, GÉNY, FRANÇOIS, *Science et Technique en droit privé positif. Rapports entre l’élaboration scientifique et l’élaboration technique du droit positif. (Le conflit du droit naturel et de la loi positive)*, Tomo IV, Recueil Sirey, Paris, 1924, p. 231.

⁵² Cfr. MARTIN, M., op.cit., pp. 116-117.

⁵³ *Ibid.*, p. 114.

Basilea en 1936 y Atenas 1937 y se le nombra miembro de honor extranjero de la Academia americana de las artes y de las ciencias de Boston en 1933 ⁵⁴.

Definitivamente, muere en Nancy, el 16 de diciembre de 1959, a las vísperas de su noventa y nueve cumpleaños dejando tras de sí un legado incalculable que pasamos a estudiar con la modestia con la que se puede entablar el contacto con los grandes maestros del pasado.

3. Breve referencia a su obra intelectual

3.1. El pensamiento de Géný: contexto histórico y críticas

François Géný es y ha sido una figura controvertida. Algunos defienden la calidad de sus aportes doctrinales considerándolos como significativos para la ciencia del derecho y casi revolucionarios. Tanto es así, que la doctrina francesa actual, según Gautier, sigue teniendo a Géný en alta estima, como un autor “importante y fundamental”, “una personalidad clave de nuestro derecho” ⁵⁵. Para Toutsakovitch, Géný es “uno de los más eminentes representantes de la ciencia jurídica” ⁵⁶. Según Hernández Gil, Géný es para la ciencia jurídica francesa y “la universal ciencia del derecho” lo que “para Alemania y para todos vienen a ser un Savigny o un Ihering” ⁵⁷.

Géný hace prueba de una gran erudición. Por un lado, la extrema amplitud de su trabajo que se caracteriza por “la abundancia de documentación y de referencias, tomadas de fuentes francesas y extranjeras, principalmente alemanas”. Por otro lado, tenía igualmente “la consciencia del alcance general de sus observaciones”, aplicables, con sus adaptaciones, a todas las ramas del derecho ⁵⁸, tanto de derecho privado, como

⁵⁴ Cfr. KAYSER, P., “La vie et l’oeuvre de François Géný”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 20., núm. 1., 1991, pp. 53-76, p. 54.

⁵⁵ Cfr. GAUTIER, PIERRE-YVES, “Réflexions sur François Géný : l’actualité méthodologique de Science et Technique”, en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Géný*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 49-57, p. 49.

⁵⁶ Cfr. TOUTSAKOVITCH, MIODRAG D., “Élaboration scientifique du droit positif dans la conception de François Géný” (Tesis doctoral), Pierre Bossuet, Paris, 1939, p. 12.

⁵⁷ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, p. 156.

⁵⁸ Cfr. DABIN, J., “François Géný, le savant”, en AA.VV., *Le centenaire du doyen François Géný. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 13-37, p. 15.

público, incluyendo el derecho administrativo⁵⁹. Las notas a pie de página de sus trabajos van desde el derecho francés, el derecho alemán, hasta las ciencias exactas y la sociología del siglo XIX⁶⁰. Todo ello acompañado con lecturas “marginalmente filosóficas”⁶¹. Hernández Gil no sabe si admirar más en Gény una sólida documentación, que se extiende mucho más allá del marco jurídico, o “la profundidad de sus juicios”, ya que, para él, hay “pocos espíritus más equilibrados” que el de Gény⁶².

Surge en esta época la reflexión importante de “lo social” frente a “lo individual”. Muestra Kennedy & Belleau que la escuela de la exégesis solo constituía una parte de las preocupaciones de los autores de la época y la otra parte consistía en criticar el presunto carácter individualista del Código civil⁶³. Nace, a principios del siglo XX, una “lucha por el método”, cuyo manifiesto más relevante será *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*. Se trata de elaborar un método que conecte el derecho con las realidades sociales. El método tratará de acercar el derecho, hasta ahora excesivamente abstracto, a la vida, es decir, a la realidad social mientras que la técnica tratará de *juridificar* lo social⁶⁴.

Se hace sentir en general en Francia la necesidad de una concepción más orgánica de la sociedad. Gény va a pretender, como indica Saris, construir un método apolítico para el derecho, fuera de toda ideología⁶⁵. Gény lo habrá conseguido gracias al hecho de haber basado su teoría del derecho en experiencias y no en ideologías⁶⁶. Por

⁵⁹ Cfr. SEUROT, LAURENT, “François Gény et le droit administratif: le droit administratif vu par un civiliste au début du XXème siècle”, en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Gény*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 201-215, pp. 202-203.

⁶⁰ Cfr. GAUTIER, P., *op. cit.*, p. 51.

⁶¹ Cfr. BALDUS, C., *op. cit.*, p. 40.

⁶² Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 167.

⁶³ Cfr. KENNEDY, DUNCAN y MARIE-CLAUDE BELLEAU, “François Gény aux États-Unis”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 1-397, p. 298.

⁶⁴ Cfr. AUDREN, FRÉDÉRIC, “Le « moment 1900 » dans l'histoire de la science juridique française. Essai d'interprétation”, *Editions Panthéon Assas Colloque cycles « Histoires des doctrines constitutionnelles » Centre de Droit Public comparé*, 2015, p. 70.

⁶⁵ Cfr. SARIS, A., *op. cit.*, p. 201.

⁶⁶ Cfr. OPPETIT, B., *op. cit.*, p. 107. Basado en VILLEY, MICHEL, *F. Gény et la renaissance du droit naturel, en Seize essais de Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1969, pp. 121 y ss. Si consideramos que las ciencias sociales no se escapan a las ideologías (Véase SAAVEDRA, MODESTO y MARIANO MARESCA, *op. cit.*, p. 152) entonces comprendemos que Gény haya construido un sistema de derecho en cuya cúspide sitúa una ciencia del derecho más bien metafísica (centrada en principios de razón y en ideales) y reserva las ciencias sociales para dominios más contingentes y variables como los de la técnica jurídica.

ello Gény no se muestra muy partidario del socialismo, como indica Jamín, pero pretende encontrar el “equilibrio social” y posee una “concepción orgánica de la armonía social” que lo alejan “de un cierto pensamiento liberal”⁶⁷. No obstante, Auberger ve en Gény una mayor preocupación por un “equilibrio” en el sentido “liberal”, “individualista” y “anti-intervencionista” que social⁶⁸.

En este debate entre una visión más individualista o más social del derecho en la doctrina de Gény, Toutsakovitch se posiciona afirmando que Gény sólo quiere aplicar las influencias de la ciencia a la vida social⁶⁹. Para Medina, la genialidad de Gény está en “afirmar la cualidad social de lo jurídico”⁷⁰. Para Hernández Gil, Gény está a la vez preocupado por lo individual y por lo social. Busca siempre una “armonía entre los elementos sociales y racionales del derecho”⁷¹ sin perder de vista la vinculación que tiene con lo individual y la importancia de este último⁷².

Pero esta supuesta actitud sincrética ha levantado sospechas. Concretamente, según Dissaux, Gény oculta “su conservatismo social a través de su modernismo metodológico”⁷³. Y para Tancelin, Gény se hace igualmente cómplice de las tragedias sociales de su época al reaccionar fríamente y mostrando su total desinterés a diferencia de sus contemporáneos⁷⁴.

Algunos ven igualmente en Gény la denegación de “los problemas jurídicos específicos de la economía política de su tiempo”⁷⁵. Pero, según Auberger, las relaciones de Gény con la economía política y sus mayores representantes en esa época

⁶⁷ Cfr. JAMIN, CHRISTOPHE, “François Gény, d’un siècle à l’autre”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d’interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 3-34, p. 24.

⁶⁸ Cfr. AUBERGER, M., “La vie de François Gény : la doctrine et son époque”, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁹ Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 150.

⁷⁰ Cfr. MEDINA, R., “Nota sobre François Gény”, *Anuario de filosofía del derecho*, número 17, 1974, pp. 225-232, p. 226.

⁷¹ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 24.

⁷² *Ibid.*, p. 169.

⁷³ Cfr. DISSAUX, NICOLAS, “L’influence de Bergson sur les idées du doyen Gény”, *Revue trimestrielle de droit civil*, número 3, 2008, pp. 417-429, p. 420.

⁷⁴ Cfr. TANCELIN, MAURICE, “Pour en finir avec la mythe de la modernité de Gény”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d’interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 373-380, p. 379.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 376.

(Léon Walras, Vilfredo Pareto, etc.) son innegables ⁷⁶. Gény sólo quería hacer del derecho “una ciencia humana” y viva ⁷⁷. No obstante, según Rolland, para alcanzar ese objetivo de “abrirse” a la realidad, “le han faltado medios” ⁷⁸.

3.2. Obras más importantes

Gény inicia un trabajo con fines de renovación del método jurídico, el cual, animado por Saleilles, acabará publicando en 1897, con el título de *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique, en vue d'une orientation nouvelle des études de droit privé*, en *Revue bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, tomo VII, 1897, pp. 307-362 y tomo VIII, 1898, pp. 119-165 y 253-263. Este trabajo será el punto de partida de la obra posterior y más conocida de Gény: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*.

En 1899 publica una de sus obras más conocida: “*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*” (Método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo) (en adelante *Méthode d'interprétation*). Auberger ve en la aparición de esta primera obra, el fruto de una reflexión sobre el desfase entre la “práctica jurídica de su familia” y el “método exegético enseñado en la Facultad” ⁷⁹. No obstante, se le ha criticado haber restringido sus investigaciones a la elaboración e interpretación del derecho y no haber tratado propiamente el problema de su realización o aplicación ⁸⁰. Sea como fuere, queda claro, como sostiene Frydman, que con esta obra Gény “firma el acta de defunción de la escuela de la exégesis” que reinó sobre todo el siglo XIX ⁸¹.

⁷⁶ Cfr. AUBERGER, M., “Un autre regard sur François Gény...”, *op. cit.*, pp. 262-263.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 263.

⁷⁸ Cfr. ROLLAND, LOUISE, “Les abstractions logiques et les pratiques juridiques comme sources de droit”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 161-178, p. 177.

⁷⁹ Cfr. AUBERGER, M., “Un autre regard sur François Gény et son œuvre”, *op. cit.*, p. 262.

⁸⁰ Cfr. OPPETIT, B., *op. cit.*, p. 111. Véase, MOTULSKY, H., *Principes d'une réalisation méthodique du Droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Sirey, Paris, 1948, p. 3.

⁸¹ Cfr. FRYDMAN, BENOÎT, “Le projet scientifique de François Gény”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 213-232, p. 218.

Tras la publicación de su primera obra *Méthode d'interprétation* en 1899 se han levantado muchas críticas que han llevado a Géný a tener que contestarlas en la reedición de la obra en 1919. Las principales críticas que Géný recibió, fueron relativas a su concepción de la costumbre, al papel secundario que otorga a la jurisprudencia, a la noción de la naturaleza de las cosas positivas, o la libre investigación ⁸².

Los reproches que ha recibido Géný son varios. Se le ha reprochado haber citado muchos autores al azar y haber olvidado autores o filósofos importantes ⁸³. Se le critica no haber dotado a su obra de una exposición filosófica sólida ⁸⁴. Ni tampoco haber desarrollado su filosofía del derecho natural trabajando las ideas de Hegel o la filosofía práctica de Aristóteles o Santo Tomás de Aquino ⁸⁵. Si hubiera que asignar alguna filiación iusfilosófica más cercana la podríamos encontrar, según Auberger, en el pensamiento de la nueva escolástica de Salamanca, concretamente por las cuantiosas citas de Suárez (diecinueve citas de *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, en total en *Méthode d'interprétation*) y por las ideas de igualdad y libertad, el derecho a la vida y a la propiedad, el derecho a la libertad de expresión y a la dignidad, y las ideas económicas liberales sobre la creación de riqueza por la libre circulación de bienes y persona, propias de esa escuela ⁸⁶.

Se le critica de querer preservar la moral y la tradición y preferir la creencia y la conciencia sobre la ciencia, además de querer convencer a sus contemporáneos que una “revolución conservadora” es posible sobre bases que califica de científicas ⁸⁷. Es decir, se le critica de ser tradicionalista, conservador y católico ⁸⁸. Además, se critica el estilo

⁸² Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*. Tomo I, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2a ed., Paris, 1919, p. XI de la advertencia hecha a la segunda edición.

⁸³ Cfr. OPPETIT, B., *op. cit.*, pp. 95-96.

⁸⁴ Cfr. VILLEY, MICHEL, “François Géný et la renaissance du droit naturel”, en AA.VV., *Le centenaire du doyen François Géný. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 39-56, p. 41.

⁸⁵ Cfr. OPPETIT, B., *op. cit.*, p. 97.

⁸⁶ Cfr. AUBERGER, M., “La vie de François Géný...”, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁷ Cfr. HAKIM, NADER, “La pensée de François Géný”, *Revue trimestrielle de droit civil. Thèmes et commentaires*, 2013, pp. 467-470, p. 467.

⁸⁸ Cfr. HAKIM, N., “Droit naturel et histoire chez François Géný”, *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit, Association Clio et Thémis*, vol. Juristes e, núm. 9, 2015, pp. 1-18, p. 4. Disponible en <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02135986>. Según Miguel Reale, Géný es el único iusfilósofo que ha podido mostrar la correlación entre la “crisis del derecho y la de sus fuentes” manteniendo siempre una posición equilibrada y prudente. Considera que los que tachan a Géný de conservador no han hecho más que una lectura superficial de su obra. Cfr. REALE, MIGUEL, “Géný na cultura jurídica brasileira”,

de Gény por ser “laborioso” y “pesado”, por perderse en los matices e imposibilitar una “lectura ordenada”⁸⁹, por estar lleno de vacilaciones y vueltas para atrás⁹⁰. Su estilo es una mezcla entre el “más riguroso razonamiento” y los altos “vuelos líricos que le lleva por caminos “que obscurecen o contradicen sus declaraciones”⁹¹. Aunque, como afirma Grossi, el estilo de Gény lo separa “del rebaño de una comunidad de juristas mal disciplinados”, “descuidados” o “insípidos”⁹².

Por último, se le critica su eclecticismo, sus posiciones intermedias “cómodas”, al “haber coqueteado” con el iusnaturalismo junto con el positivismo legalista y haber defendido la “necesidad de atender a la realidad social” mientras que abogaba por una interpretación literal de la ley⁹³.

Su obra más importante es, para De los Mozos, *Méthode d'interprétation* por ser la obra que ha tenido más impacto en la doctrina y trascendencia histórica⁹⁴. También es la obra más tempranamente traducida al español (en 1902) y muy citada en la “manualística española”⁹⁵.

Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, volúmen 20, número 1, 1991, pp. 351-365, p. 353.

⁸⁹ Cfr. DISSAUX, N., “L'influence de Bergson sur les idées du doyen Gény”, *op. cit.*, p. 418.

⁹⁰ Cfr. HAKIM, N., “Droit naturel et histoire chez François Gény”, *op. cit.*, p. 4.

⁹¹ Cfr. VANDERLINDEN, JACQUES, “Le juriste et la coutume : un couple impossible ? (bis) ou À propos de *Méthode d'interprétation* et sources, contrepoint au départ d'une image française de la loi et du juge”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 55-98, pp. 62-63.

⁹² Cfr. GROSSI, P., “Pagina introduttiva. (Ripensare Gény)”, *op. cit.*, p. 50.

⁹³ Cfr. BERNUZ BENEITEZ, M. J., *La libertad en el derecho. Entre certeza e incertidumbre*, Comares, Granada, 2007, p. 17.

⁹⁴ Es de destacar que, según el autor, dentro de la obra *Méthode d'interprétation*, el tomo primero ha tenido más impacto en la doctrina española que el tomo segundo. El tomo primero abarca los problemas del método exegético (método tradicional) y aborda el estudio de las fuentes formales (ley y costumbre), dejando para el tomo segundo el problema de la libre investigación científica del derecho. Por lo que, en la doctrina española, la libre investigación científica del derecho propuesta por Gény ha tenido menos impacto que el estudio que este llevara a cabo sobre las fuentes formales y el problema de su interpretación. Cfr. DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, “Algunas reflexiones a propósito de la teoría de la interpretación en la obra de François Gény”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 20, núm. 1, 1991, pp. 119-148, p. 122.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 119. Véase, VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO, *Tratado de Derecho civil*, Tomo I, Cuesta, 4a ed., Valladolid, 1935, pp. 102 y ss., 113 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil español común y foral*, Tomo I, Reus, 5a ed., Madrid, 1941, pp. 56 y ss. *Méthode d'interprétation* ve la luz, por primera vez, “en 1902 por fascículos mensuales, completándose la tirada y ofreciéndose como libro en 1903. Las obras de François Gény tardarán en ser recepcionada (pese a ser traducida). Hasta que “en el número décimo de la *Revista de Derecho Privado*, de 1914, se publica una reseña, que suscribe Francisco Candil, del primer volumen, aparecido el mismo año, de *Science et Technique en Droit privé positif* de Gény, « uno de los juristas más finos de la Francia contemporánea y que mejores garantías ofrecen para tratar el problema de la interpretación, pues casi toda su actividad la ha dedicado a tan

Según Chazal, encontramos en las primeras páginas de *Méthode d'interprétation*, una crítica implacable y actual de los métodos tradicionales de los juristas, es decir, la exageración del razonamiento legal y abuso de las abstracciones lógicas ⁹⁶. Según Kayser, resulta sorprendente que en la introducción a *Méthode d'interprétation* se presente el “problema del método” como un “problema de método en la enseñanza de las ciencias jurídicas” ⁹⁷. Esto tal vez se explique por la existencia en Francia, según sostiene Oppetit, de una tendencia a encerrar el derecho en un enfoque exclusivamente técnico, sin dimensión histórica o filosófica, abocado al conceptualismo y a la lógica y a enseñarlo de esta forma ⁹⁸.

De 1913 a 1924 Gény trabaja en su segunda obra más conocida: “*Science et Technique en droit privé positif*” (Ciencia y Técnica en derecho privado positivo) (en adelante *Science et Technique*) y publicada en 1924. Se distingue entre elementos científicos y técnicos. La ciencia se equipara a la filosofía del derecho y la técnica al lado más artificial del derecho, su parte de construcción, obra de voluntad destinada a la acción ⁹⁹. Reconoce Gény que, hasta ahora, no ha resuelto suficientemente el problema del método, que sólo ha ofrecido, soluciones vagas, incompletas, equívocas, incluso a veces contradictorias, tratando con los volúmenes de *Science et Technique*, de remediar aquella laguna ¹⁰⁰. *Science et Technique* es, como afirma Aubergier, “obra de consolidación” de su pensamiento ¹⁰¹. En el segundo volumen de *Science et Technique*, Gény trata de solucionar el problema del “fundamento del derecho” y en el primer tomo

interesante estudio, trazando el camino, hoy fecundo en resultados, en su hermosa obra *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif* »” lo que prueba la recepción definitiva de su obra en España. Cfr. CLAVERO, BARTOLOMÉ, “El método entre infieles o el Código en España”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 20, número 1, 1991, pp. 271-317, pp. 271-272, 308.

⁹⁶ Cfr. CHAZAL, J., “Léon Duguit et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique”, *op. cit.*, p. 88.

⁹⁷ Cfr. KAYSER, P., “François Gény, le Professeur et l’Homme”, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁸ Cfr. OPPETIT, B., *op. cit.*, p. 94.

⁹⁹ Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *Filosofía del derecho*, Bosch, 5a ed., Barcelona, 1979, p. 79.

¹⁰⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, Tomo I, Recueil Sirey, Paris, 1914, p. 10.

¹⁰¹ Cfr. AUBERGER, M., “De Méthode... à Ultima Verba... et au-delà”, en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Gény*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 227-244, p. 228.

“esboza el método apto para resolverlo”¹⁰². La preocupación principal de Gény no es otra que encontrar las reglas epistemológicas del derecho y someterlo a ellas¹⁰³.

Concretamente las fechas de publicación de los distintos volúmenes de *Science et Technique* son las siguientes:

- 1914, Volumen I: Situación actual del problema del derecho positivo y los elementos de su solución
- 1915, Volumen II (en primera tirada, habiendo una segunda tirada en 1927): Elaboración científica del derecho positivo (El irreductible “derecho natural”).
- 1921, Volumen III: Elaboración técnica del derecho positivo
- 1924, Volumen IV: Relación entre la elaboración científica y la elaboración técnica del derecho positivo (el conflicto del derecho natural y de la ley positiva).

Es de destacar también que en 1919 Gény ofrece al público una segunda edición de su obra *Méthode d'interprétation* en dos volúmenes, a la cual añade cuatro estudios:

- 1.- “El combate doctrinal por el método jurídico en Francia y Bélgica desde 1899”
- 2.- “Capricho de la jurisprudencia: el fenómeno Magnaud”. Contempla Gény al juez Magnaud desde una perspectiva crítica.
- 3.- “Los poderes del juez según el Código civil suizo de 10 de diciembre de 1907”. Gény toma al Código civil suizo como ejemplo de una visión abierta y superadora del método legalista de la interpretación del derecho.
- 4.- “El movimiento del “*Freies Recht*” (derecho libre) en los países austro-alemanes”.

Por último, destacamos una serie de publicaciones de François Gény que, dentro de toda su producción intelectual, completan y desarrollan los puntos esenciales de su

¹⁰² Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 12.

¹⁰³ Cfr. ATIAS, CHRISTIAN, "L'essai d'épistémologie juridique de François Gény: un chapitre oublié de "Science et Technique"", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 20, número 1, 1991, pp. 77-88, pp. 81-82.

doctrina jurídica expuesta en sus dos grandes obras maestras *Méthode d'interprétation y Science et Technique*.

Encontramos en Gény dos estudios fundamentales que tratan de aplicar las tesis contenidas en *Méthode d'interprétation*, concretamente en lo referido a las fuentes del derecho y la libre investigación científica del derecho. Por un lado, tenemos el estudio publicado en 1911 sobre “*Les droits sur les lettres missives*” (los derechos sobre las cartas misivas), en 2 volúmenes, en París, con la editorial Lesuro, y el artículo que lleva por título “*Risques et Responsabilité*” (Riesgos y Responsabilidad), publicado en la *Revue trimestrielle de Droit civil* en 1902.

En cuanto a la noción de ciencia del derecho (desarrollada en *Science et Technique*) tenemos el interesante discurso pronunciado con ocasión de la solemne apertura del año académico en la Universidad de Dijon, el 8 de noviembre de 1900, con el título *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle* (la noción de derecho positivo en las vísperas del siglo XX). Este discurso pone de manifiesto las nuevas perspectivas legítimas para construir un concepto de derecho positivo acorde a las exigencias científicas del nuevo siglo.

Más particularmente, refiriéndose a la noción de derecho natural (contenida dentro del amplio concepto de ciencia del derecho), tenemos dos publicaciones fundamentales que vienen a completar lo expuesto en *Science et Technique* y que llevan por título *Le conflit du droit naturel et de la loi positive* (el conflicto del derecho natural y de la ley positiva) y *La laïcité du droit naturel* (la laicidad del derecho natural), viendo la luz en 1930 y 1933 respectivamente.

En cuanto a cuestiones relacionadas con la técnica del derecho, Gény publica en 1904 un trabajo titulado *La technique législative dans la codification civile moderne* (la técnica legislativa en la codificación civil moderna) y en 1911 otro trabajo que lleva por título *Les procédés d'élaboration du droit civil* (procedimientos de elaboración del derecho civil), ambos portadores de las ideas esenciales que conformarán, más adelante, la obra *Science et Technique*.

Por último, Gény nos brinda en la postrimería de su vida una reflexión sobre la noción fundamental de la fuerza en el derecho que publica en 1939 con el título *Justice*

et Force. Pour l'intégration de la force dans le droit (Justicia y Fuerza. Para la integración de la fuerza en el derecho). Como no podía ser de otro modo, y de conformidad con su trayectoria intelectual, Gény aborda la noción con el firme propósito de que esta pueda servir de noción mediadora y reconciliadora entre la ciencia del derecho y la técnica del derecho.

No podemos tampoco olvidar el testamento intelectual de Gény publicado en 1951 con el título de *Ultima Verba* que recoge el sentir último de toda una larga y próspera vida dedicada a la reflexión sobre el derecho y apuntala las últimas indicaciones de una obra de por sí inmensa y destinada a irradiar sobre las futuras generaciones de juristas.

3.3. El problema del método jurídico

Tanto la noción de “método de interpretación” como la noción de “fuentes del derecho” expresan los intereses de los jurisconsultos del siglo XIX y la obra de Gény “rebate la hegemonía de estos conceptos, así como su valor científico”¹⁰⁴. A ello debe sumarse el “proyecto moderno” de la época que trata de “establecer una ciencia del derecho exacta” del cual participa Gény, el todo “guiado por el iusnaturalismo”¹⁰⁵.

Es importante destacar que todas las doctrinas jurídicas más importantes surgidas en el siglo XIX y XX, concretamente la jurisprudencia de conceptos, la jurisprudencia de intereses y la escuela del derecho libre, están de acuerdo en cuanto al método de aplicación del derecho y lo que les distancia es una cuestión de ontología jurídica, por lo que al hablar de método de interpretación del derecho se suelen referir a problemas de ontología jurídica¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Cfr. FRYDMAN, B., *op. cit.*, p. 213.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 216. Debe entenderse el proyecto de ciencia del derecho “exacta” como aquella tendencia en construir una ciencia del derecho más acorde a las realidades sociales.

¹⁰⁶ Como explica Hernández Marín, todas estas doctrinas consideran la ciencia jurídica como la encargada de “formular decisiones para casos concretos” y que en esas decisiones interviene la lógica deductiva, pero lo que las separa es el método para la formación de la proposición jurídica general aplicable al caso concreto, es decir, un problema de ontología jurídica. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., “Métodos jurídicos”, *Anuario de filosofía del derecho*, número 3, 1986, pp. 183-190, p. 187.

Gény atacará el método exegético desde varios ángulos (ontológico y aplicativo). Describirá la práctica jurisprudencial desde una visión sociológica o “realista”, emitirá un juicio “ético-político” sobre cómo debería ser la interpretación jurídica y destacará la necesidad de observación “neutral” del cambio social ¹⁰⁷. También declarará mantener una posición “decididamente personal”, asumiendo las consecuencias de su independencia, no queriendo ser mezclados con el ideario de otros juristas ¹⁰⁸

En cuanto a la científicidad de la obra de Gény existen opiniones divididas. Por un lado, Villey defiende que Gény mantiene un “culto exacerbado de la ciencia” ¹⁰⁹. Jamin entiende que Gény fortalece el discurso dogmático en un “sentido estrechamente cientista” ¹¹⁰ y Grossi reconoce a Gény una preferencia por filósofos-científicos como Poincaré o incluso Bergson, Ollé-Laprune, o Blondel, sobre iusfilósofos como Santo Tomás o Suárez (ambos citados por Gény) ¹¹¹.

Sin embargo, defiende Toutsakovitch que la empresa de Gény no se limita al cientismo, es decir, no lo reduce todo a la ciencia, sino que deja sitio para el espíritu ¹¹². Con un punto de vista más extremo, Serverin, afirma que el trabajo de Gény tiene poco de científico y es más bien una investigación iusnaturalista ¹¹³.

¹⁰⁷ Cfr. COSTA, PIETRO, “Interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 20, número 1, 1991, pp. 367-495, p. 373.

¹⁰⁸ Cfr. GÉNY, F., “Les procédés d’élaboration du droit civil”, en Mm. BERTHÉLEMY, GARÇON, LARNAUDE, PILLET, TISSIER, THALLER, TRUCHY y GÉNY, *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des Sciences Sociales en 1910*, préface de Paul Deschanel, Paris, Giard et E. Brière, 5^o ed., Paris, 1911, pp. 173-197, pp. 174-175.

¹⁰⁹ Cfr. VILLEY, M., “François Gény et la renaissance du droit naturel”, *op. cit.*, p. 48.

¹¹⁰ Cfr. JAMIN, C., *op. cit.*, p. 22.

¹¹¹ Cfr. GROSSI, P., “Pagina introduttiva. (Ripensare Gény)”, *op. cit.*, p. 24.

¹¹² Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 150. El cientismo o científicismo busca “la constitución de una ciencia que tiende a la instrumentalización técnica de toda realidad” y sin criterios de decisión para el ámbito jurídico-político. Cfr. CARABANTE, J. M., “El derecho: ¿objeto tecnificado o medio de tecnificación? la dualidad del proceso de racionalización jurídica en la obra de J. Habermas”, *op. cit.*, p. 65. Como dicen Atahualpa Fernández, Camilo José Cela-Conde y Marly Fernández, “Quienes creen que no existen principios objetivos del derecho suelen acusar de “cientificismo” a quienes los buscan”. Cfr. FERNÁNDEZ, ATAHUALPA, CELA-CONDE, CAMILO JOSÉ y MARLY FERNÁNDEZ, “Un modelo de discurso jurídico revisado”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, volumen 15, número 1, 2007, pp. 1-6, p. 1.

¹¹³ Cfr. SERVERIN, ÉVELYNE, “L’actualité de François Gény du point de vue de la méthode”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d’interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 363-372, p. 365.

El objetivo de Gény no es otro que construir *una filosofía de la ciencia jurídica*, cuya esencia depende de una teoría más general de conocimiento ¹¹⁴. Como veremos más adelante Gény se preocupará de fundar la ciencia del derecho en realidades objetivas, aunque estas tengan que ir más allá de lo estrictamente científico ¹¹⁵.

Según Dabin, esa filosofía de la ciencia jurídica consistiría en una “filosofía del derecho como crítica de la ciencia del derecho” ¹¹⁶. Todo ello sin adoptar una particular corriente filosófica ¹¹⁷ y sin definirse a sí mismo como filósofo ¹¹⁸. Ese intento, según Villey, debía conducir a Gény hacia la filosofía clásica del derecho natural ¹¹⁹.

En síntesis, Gény trató de conciliar dos métodos distintos: el intelectualismo con el intuicionismo bergsoniano. Por un lado, el intelectualismo como “pensamiento discursivo” y por otro el intuicionismo que sirve para jerarquizar entre sí distintos elementos, según su valor ¹²⁰. Gény encontrará en la naturaleza (en sentido amplio) todas las exigencias del derecho, su contenido y su forma ¹²¹.

Es un error clasificar a Gény dentro de las corrientes sociológicas o del sociologismo ¹²². Gény se opone a toda manifestación unilateral del derecho, sea esta formalista o sociologista ¹²³. Tampoco adopta la doctrina de la escuela del derecho libre

¹¹⁴ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 15.

¹¹⁵ En este sentido, indica Grossi que “las construcciones filosóficas” de Gény tienen al menos el mérito de abrir un horizonte extraordinariamente amplio a la ciencia jurídica (aperturas con el uso de la intuición, la consideración “de la totalidad del sujeto” y “de la vida”). Cfr. GROSSI, P., “Pagina introduttiva...”, *op. cit.* p. 26.

¹¹⁶ Cfr. DABIN, J., “François Gény, le savant”, *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁷ Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 99.

¹¹⁸ Cfr. AUBERGER, M., “Un autre regard sur François Gény...”, *op. cit.*, p. 261.

¹¹⁹ Cfr. VILLEY, M., “François Gény et la renaissance du droit naturel”, *op. cit.*, p. 41.

¹²⁰ Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 79.

¹²¹ Cfr. OPPETIT, B., *op. cit.*, p. 84.

¹²² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. VII. Por ejemplo, Bobbio incluye a Gény como formando parte de la concepción sociológica del derecho. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del Derecho*, traducción de Jorge Guerrero R., Temis, 2017, p. 33.

¹²³ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, pp. 142-168. El sociologismo cumple con “el requisito de toda ciencia según la teoría positivista, puesto que su fin es solo conocer hechos, sociales o jurídicos, sin ningún otro tipo de utilidad o aplicación práctica”. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ, *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 40. En todo caso se puede clasificar a Gény dentro de la escuela científica como lo hará Bonnacase. La escuela científica del derecho, surgida “con el siglo XX”, se ha propuesto combatir la escuela de la exégesis y estudiar la ciencia del derecho civil no con base exclusiva en la ley positiva siendo Gény uno de sus mayores exponentes. Cfr. BONNECASE, JULIEN, *Science du Droit et Romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*, Recueil Sirey, Paris, 1928, p. 266. Podemos ver la paradoja que pone de manifiesto la escuela científica que, por un lado, queda abierta a una renovación “científica” de los métodos jurídicos y a las ciencias sociales, pero que, según Hakim, por otro lado, pregona un “neo-clasicismo” que desconfía de la legislación republicana y que es proclive a mantenerse en un dogmatismo “tradicional”. Cfr. HAKIM, N.,

¹²⁴. Gény, a ojos de Larenz, se distingue, de la doctrina sociológica del derecho alemana e incluso de la primera jurisprudencia de intereses porque no pone el foco en los hechos sociales exclusivamente, sino que pide que estos se aprecien a la luz de principios obtenidos de la naturaleza moral del hombre ¹²⁵. Gény mostrará interés, como aprecia Castán Tobeñas, en conectar de nuevo los estudios sociológicos y los estudios filosóficos con los estudios jurídicos ¹²⁶. Es más, según Gaudemet, Gény ha hecho más que ninguno para la unión de los estudios de filosofía y sociología con los estudios jurídicos ¹²⁷.

En cuanto a la recepción de la obra de Gény fuera de sus fronteras, esta ha sido acogida y ha dejado huella en toda la doctrina europea y en la doctrina estadounidense ¹²⁸. No obstante, según Lacasta-Zabalza, en cuanto a la doctrina española, se ha producido una “débil recepción” del pensamiento de Gény en su momento histórico permaneciendo, todavía en la actualidad, mayoritariamente desconocido ¹²⁹. Aunque, como afirma De los Mozos, la manualística española citaría *Méthode d'interprétation* con “bastante generosidad” ¹³⁰, su influencia en la doctrina española ha sido casi nula ¹³¹.

“« La Belle Epoque de la pensée juridique française »”, en HAKIM NADER y FABRICE MELLERAY, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Dalloz, 2009, pp. 1-12, p. 4.

¹²⁴ Cfr. DE LOS MOZOS, J. L., *op. cit.*, p. 120. Gény criticará el movimiento del *freies recht*. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, pp. 379-403.

¹²⁵ Cfr. LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 75 nota 40.

¹²⁶ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho (metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo)*, Reus, Madrid, 1947, p. 51.

¹²⁷ Cfr. GAUDEMET, EUGÈNE, “L’oeuvre de Saleilles et l’oeuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo II, Recueil Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 5-16, p. 13.

¹²⁸ Cfr. FASSÒ, GUIDO, *Historia de la filosofía del derecho*, Tomo III, 5ª ed., Pirámide, Madrid, 1988, p. 174.

¹²⁹ Cfr. LACASTA-ZABALZA, JOSÉ IGNACIO, “François Gény: Algo más que un buen hermeneuta”, en BERNUZ BENEITEZ, M. J., *La libertad en el derecho. Entre certeza e incertidumbre*, Comares, Granada, 2007, pp. 109-125, p. 123.

¹³⁰ Cfr. DE LOS MOZOS, J. L., *op. cit.*, p. 119.

¹³¹ La presencia de Gény es más bien modesta. Los problemas de costumbre y la cuestión de la revalorización de la función judicial, tratados por Gény, ya vienen cubiertos por obras españolas. En este mismo periodo se publican obras de calado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (como, por ejemplo: *Las normas jurídicas y la función judicial*, en 1916, o *La Jurisprudencia*, en 1925, 1928 y 1933, entre otras) que hacen que la obra de Gény tenga dificultades para “hacer su entrada” en el panorama jurídico español. A ello, se suma la existencia de autoridades españolas bien presentes como Giner, Azcárate y Costa. Cfr. CLAVERO, B., *op. cit.*, pp. 305-306. Aunque posteriormente a 1914 vaya introduciéndose en la doctrina citas a la obra de Gény, no podemos afirmar que este se haya asentado en el pensamiento jurídico español. Por ejemplo, recuerda Lacasta-Zabalza que, a partir de 1941, Gény desaparece de las páginas de Castán Tobeñas para no volver. Cfr. LACASTA-ZABALZA, J. I., *op. cit.*, p.

No podemos negar la influencia que Gény ha tenido en Estados Unidos. Gracias a su obra, existe ahora en Estados Unidos, la tendencia a una interpretación más teleológica del derecho, un abandono del dogmatismo “en materia de legislación”¹³². Para Auberger, la obra de Gény atrae a muchos juristas americanos e “inspira” a juristas del “*Legal realism*”¹³³. Para Thomasset y Laperrière Gény ayudó a consolidar la *Sociological Jurisprudence* y el *Legal Realism*¹³⁴. Algunos afirman incluso la posibilidad de que Gény sea uno de los “precursores desconocidos” del realismo americano¹³⁵.

La obra de Gény ha servido, fuera de sus fronteras, para deshacer la rigidez del *Common Law* y de “su dogma de plenitud inmemorial”¹³⁶ y abrir la jurisprudencia anglosajona hacia un modelo más “social” hasta llegar, finalmente, a un modelo más “económico”, hasta el punto de que el juez puede interpretar las leyes según sean o no “dañinas en el plano económico”¹³⁷. No obstante, la repercusión de Gény en Estados Unidos, no podemos afirmar que Gény haya prestado una especial atención a la mayor o menor recepción y aceptación de su obra en las tierras del *common law*¹³⁸.

123. Por último, destacamos que Gény mencionará a pie de página, la existencia, en España, de un interés por la metodología jurídica que se prueba por la publicación de varias obras, incluida la suya. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Tomo I, *op. cit.*, p. VIII del avertissement pour la seconde édition.

¹³² Cfr. VILLEY, M., “François Gény et la renaissance du droit naturel”, *op. cit.*, p. 62.

¹³³ Cfr. AUBERGER, M., “La vie de François Gény...”, *op. cit.*, p. 17. No obstante, como bien indica el autor, la doctrina estadounidense se vio influenciada por la doctrina alemana (principalmente por Ehrlich como se puede deducir de los escritos de Pound), la cual fue recepcionada y adaptada al modelo de derecho estadounidense, así como por la doctrina francesa con autores como Duguit o Hauriou, y en menor medida, Gény. Cfr. PETIT, CARLOS, “« A contributor to the method of investigation ». Sobre la fortuna de Gény en America”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 20, número 1, 1991, pp. 201-269, p. 209. Gény tardará en ser plenamente recepcionado por la cultura jurídica norteamericana. Podemos encontrar una muestra de su consagración en Pound, en su escrito *Fifty Years of Jurisprudence* en el que Gény es mencionado como “máximo exponente de una difundida corriente neoescolástica que correspondía enfrentar, y con ventajas, a la orientación sociológica personificada en Duguit”. *Ibid.*, pp. 231-232.

¹³⁴ Cfr. THOMASSET CLAUDE Y RENÉ LAPERRIÈRE, “François Gény, la libre recherche scientifique et la nature des choses”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 251-292, p. 253.

¹³⁵ Cfr. JAMIN, C., *op. cit.*, p. 29. Véase, MAYDA, JARO, *François Gény and modern jurisprudence*, Louisiana State University Press, 1978.

¹³⁶ Cfr. WORTLEY, B.A., “L'influence de François Gény sur les juristes de Common Law”, en AA.VV., *Le centenaire du doyen François Gény. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 58-66, p. 62.

¹³⁷ Cfr. AUBERGER, M., “La vie de François Gény...”, *op. cit.*, p. 18.

¹³⁸ El autor piensa que se debe al uso casi inexistente de referencias bibliográficas en inglés lo que, según el propio autor, puede indicar una falta de manejo del idioma inglés que lo alejaría naturalmente de los debates doctrinales más allá del atlántico. Cfr. PETIT, C., *op. cit.*, p. 228.

4. Situación de la ciencia jurídica en la época de Gény

4.1. El método tradicional o exegético

La codificación tuvo un impacto considerable en los juristas de la segunda mitad del siglo XIX ¹³⁹. Consiguió modificar la concepción sobre el método hasta culminar en la formulación de Blondeau que no admite como fuentes de decisión jurídica más que la ley (eliminando así “los precedentes o autoridades, los usos no expresamente consagrados por la ley, el sentimiento de equidad, la idea de la utilidad general, los adagios jurídicos o los pretendidos axiomas tomados prestados de ciencias vecinas”). Es más, el propio Blondeau llega a la conclusión de que, en caso de laguna u oscuridad de la ley, el juez debe rechazar de plano la demanda por entenderse sin fundamento ¹⁴⁰. La codificación ha permitido sistematizar el derecho escrito con el fin de unificarlo, simplificarlo, popularizarlo y facilitar su aplicación ¹⁴¹ pero no por ello ha modificado la naturaleza ni la eficacia de la ley positiva ¹⁴².

Gény describe cómo partiendo del derecho primitivo se llega a la complejidad del derecho codificado. Es interesante ver como Gény hace nacer el derecho positivo del resultado de “luchas judiciales”, de decisiones de “árbitros” encargados de dirimir conflictos con la ayuda de “la interpretación de la naturaleza por medio de su razón subjetiva” y con el fin último de conformar el “ordenamiento social” según las ideas predominantes en ese momento. Gény usa la expresión de derecho “en el aire” al referirse a ese método de conformación/constitución del derecho positivo que observa en las épocas primitivas. No obstante, y avanzando en ese proceso de constitución del derecho positivo, el paso del tiempo añade decisiones judiciales creando todo un compendio de decisiones subjetivas que por la fuerza del tiempo se constituyen en una

¹³⁹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Tomo I, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 25.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 109 citando a SUMMER MAINE, H., *Le droit romain et l'éducation juridique, dans Études sur l'histoire du droit*, Thorin, Paris, 1889, p. 408.

¹⁴² *Ibid.*, p. 112. Para mayores desarrollos sobre la escuela de la exégesis véase BONNECASE, J., *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, De Boccard, 2ème ed., Paris, 1924.

“tradición firme” y por su acción en la vida práctica, acaban conformando la costumbre jurídica ¹⁴³.

La consolidación de la costumbre con el paso del tiempo consigue formar un “cuerpo” o un sistema y se plasma, a veces, en “proverbios populares”. La culminación de ese proceso de formulación de normas (o proverbios) se encuentra en la ley escrita, que nace de una “voluntad inteligente” (“*volonté réfléchie*”) plasmada formalmente (por escrito) por una autoridad social. La búsqueda de “homogeneidad” y unidad entre las decisiones judiciales (subjetivas) y las leyes (fragmentarias) culmina en lo que se conoce como codificación. De este modo se pasa de una justicia eminentemente subjetiva (en el derecho primitivo) a una justicia objetivada gracias a la ley, aunque no queda claro cómo se realiza este proceso ¹⁴⁴.

Sin embargo, los juristas, incluso abiertos a un espíritu más sistematizado y sintético, no buscaban ser más que comentaristas de los códigos. Génny trae a colación el lema de Bugnet: “No conozco del derecho civil, sólo enseño el Código Napoleón” ¹⁴⁵. Esta doctrina, como explica Hernández Gil, sitúa al jurista de la exégesis muy por debajo en método y en conocimiento del jurista romano o incluso del jurista del Renacimiento. El jurista de la exégesis cree que las consideraciones de prudencia, de sabiduría, la justicia o la filosofía moral deben ser atendidas por el legislador y no por el jurista ¹⁴⁶. Es de destacar, como lo hace Costa, que Génny ofrecerá una visión sobre la escuela de la exégesis hasta ahora nunca vista. Más que “describir” unas determinadas prácticas, Génny “establecerá” el método propio de la exégesis, explicando y aportando claridad y precisión analítica sobre el proceder exegético que permitirá una conciencia de ese método que supera la conciencia que de él tuvieron sus practicantes ¹⁴⁷.

Para los filósofos y los juristas, de la época de la exégesis, la interpretación del derecho positivo consiste en deducción pura ¹⁴⁸. Se reduce la idea de “interpretación del derecho” a la idea “interpretación de la ley”. La ley proporciona todas las soluciones jurídicas. El método se limita entonces a la “interpretación de las fórmulas legales” y la

¹⁴³ Cfr. GÉNY, F., *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle. Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l'Université de Dijon le 8 novembre 1900*, L. Venot, Dijon, 1900, pp. 3-4.

¹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 4-5.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 30.

¹⁴⁶ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 44.

¹⁴⁷ Cfr. COSTA, P., *op. cit.*, pp. 369-370.

¹⁴⁸ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 54-56.

“investigación de la voluntad legislativa”¹⁴⁹ para buscar soluciones jurídicas por vía de deducciones puras¹⁵⁰. El método exegético se presenta como una disciplina “meramente autoritativa” compuesta de “textos inquebrantables” y su cometido se limita a “reconocer” el contenido de dichos textos y a desarrollarlos “por vía de una lógica cuasi mecánica”¹⁵¹. De allí deduce Costa que la ideología de la codificación incluye “la idea de un orden inmanente al código, disponible para el intelecto del intérprete; el segundo es la idea de un legislador totalmente anterior, capaz de preparar un sistema de normas adecuadas para regular las más variadas relaciones sociales”¹⁵².

No obstante, GénY reconoce como ventaja del método exegético, el logro, gracias al conjunto de deducciones lógicas operadas sobre la base de los textos legislativos, de una apariencia de firmeza y fijación del derecho positivo que proporciona un sentimiento de seguridad jurídica y permite orientar inflexible y categóricamente al interprete encargado de aplicarlas¹⁵³.

Es importante comprender que el orden y la seguridad jurídica no son los fines últimos del derecho. Tener seguridad jurídica, según nos aclara Elías Díaz, no es sólo una cuestión de conocimiento de unas reglas legales, sino la exigencia de que esa

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 28-29.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 54-56. Para Bonnacase lo que caracteriza la escuela de la exégesis es el empleo del método deductivo mientras que la escuela científica emplea preferentemente el método inductivo. Cfr. BONNECASE, J., *Science du Droit et Romantisme...*, *op. cit.*, p. 273.

¹⁵¹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Tomo II, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, Paris, 1919, p. 231. Para Bonnacase, el racionalismo científico se distingue como opuesto a la escuela de la exégesis y al positivismo. El racionalismo científico se equipara al clasicismo jurídico. El racionalismo científico parte de la constatación científica de los datos experimentales y del elemento racional que va a permitir “elevar” esos datos hasta la noción de derecho. Esta noción de derecho permitirá distinguir entre lo bueno y lo malo y establecer las directivas que permitan realizar la “idea de orden”. Cfr. BONNECASE, J., *Science du Droit et Romantisme...*, *op. cit.*, pp. 466-467. En definitiva, El racionalismo científico “reviste una forma moderna” y puede pretender ser “la expresión actual del clasicismo jurídico”. *Ibid.*, p. 474.

¹⁵² Cfr. COSTA, P., *op. cit.*, p. 371.

¹⁵³ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 64. Es de destacar, como lo indica Bobbio, que el positivismo ha ido adaptándose a los ataques que ha recibido a su doctrina por parte de la escuela del derecho libre. Frente a estos ataques, el positivismo ha aducido la “teoría jurídica del espacio vacío” (con Bergbohm entre otros) que sostiene que si no existe norma positiva para regular un caso, ese caso se considera como jurídicamente irrelevante, o la “teoría de la norma jurídica exclusiva” (con Zitelmann entre otros) que sostiene que si un caso no viene regulado por una norma especial debe quedar subsumido en la norma general. En general, frente al surgimiento de la escuela libre del derecho, el positivismo ha cambiado su terminología, pasando a adoptar términos como “mandato” o “proposición prescriptiva”, como medio para deshacerse de la noción de “imperatividad” con el fin de hacer frente a las críticas de las corrientes sociológica y realista. Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, 13ª ed., México, 2014, pp. 62-63.

legalidad, realice “una cierta legitimidad”, es decir, un sistema de valores ¹⁵⁴. El orden, como imposición de fuerza, no es un valor suficiente para justificar unas reglas, las cuales encuentran su fundamento en el valor de la justicia ¹⁵⁵.

Así, como concluye Hernández Gil, el método de la exégesis resuelve el problema del concepto de derecho al reducirlo todo a la ley. Se pensó que todo el derecho podía hacerse, podía positivarse, y por ello acabó creyendo que todo el derecho estaba ya hecho ¹⁵⁶.

En cuanto al fundamento del derecho para el método de la exégesis, como bien describe Hernández Gil, este se encuentra en la propia ley escrita. Las leyes superiores, como, por ejemplo, las leyes naturales, sólo tendrán cabida en el derecho positivo cuando vengan “sancionadas por las leyes escritas” ¹⁵⁷. La codificación no sirvió para plasmar principios filosóficos en leyes escritas, sino que se limitó a recopilar el derecho escrito y vigente de su época para tratar de racionalizarlo ¹⁵⁸. El derecho que ya no encuentra su fundamento en Dios, lo encuentra en el hombre ¹⁵⁹. Y el dogma fundante de la exégesis, como recuerda Hernández Gil, radica en la “fe del hombre como portador de razón” y en la fe en el legislador como capaz de transformar la razón en ley escrita ¹⁶⁰. Paulatinamente se entendió que el fundamento del derecho positivo se encontraba en el legislador y no ya en la razón, por lo que el derecho natural presente en la exégesis y manifestado en la esencia de los códigos, según Fassò, “fue pronto olvidado, y después rechazado y escarnecido” ¹⁶¹. Así surge el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico positivo plasmado por la ley positiva.

Para Villey, esta idea proviene de las filosofías de la revolución francesa que encuentran sus antecedentes en Rousseau, Locke, y Hobbes que reducen el derecho a la

¹⁵⁴ Cfr. DÍAZ, ELÍAS, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1971, p. 47.

¹⁵⁵ *Ibid.*, 51. Como dirá Recaséns Siches, “Desde luego que con la certeza y la seguridad no basta, pues la certeza y la seguridad deben darse en normas justas”. Cfr. RECASÉNS SICHES, LUIS, *Tratado general del Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1970, p. 221

¹⁵⁶ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 47.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 46.

¹⁵⁸ Cfr. FASSÒ, G., *op. cit.*, pp. 18, 21.

¹⁵⁹ Véase TIMSIT, G., *Les noms de la loi*, Collection PUF, 1991, p. 11 y ss.

¹⁶⁰ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 43.

¹⁶¹ Cfr. FASSÒ, G., *op. cit.*, p. 24. Como recuerda López Hernández, el afán de la ilustración por plasmar en códigos normas jurídicas “basadas en principios objetivos, naturales, de justicia” llevó a un “fetichismo legislativo”, un rechazo del “iusnaturalismo” y, en última instancia, un rechazo a todo derecho natural. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 447.

voluntad popular, a la voluntad de los órganos legislativos del Estado ¹⁶². Según Fassò, la exégesis ha permitido sustituir el iusnaturalismo racionalista por una teoría filosófica totalmente basada en la voluntad del legislador, y, por tanto, en este aspecto, próxima al antiguo voluntarismo teológico, pero en su versión laica: El derecho, se reduce a la voluntad, no de una divinidad, sino del Estado ¹⁶³. Para Gény, divinizar la ley positiva, puesta por el legislador, es volver a caer en las mismas ilusiones racionalistas de finales del XVIII sobre la omnipotencia del legislador ¹⁶⁴.

Desaparece así, para Fassò, la necesaria exigencia de justificación (racional u otra) del derecho positivado por la autoridad y se convierte el derecho positivado en arbitrario ¹⁶⁵. Para Timsit, una doctrina, como la doctrina de la exégesis, que limita su estudio al derecho positivo necesariamente acaba eliminando toda referencia a los principios sobre los que “funda sus soluciones” ¹⁶⁶. Así, afirma Castán Tobeñas, que pretendiendo permanecer fiel a la ley, da rienda suelta “al subjetivismo más exagerado” ¹⁶⁷. Lo que contribuiría, como afirma Bernuz Beneitez, a imponer un método “artificial” y “subjetivo” y, posiblemente, “con resultados arbitrarios” ¹⁶⁸.

¹⁶² Cfr. VILLEY, M., “François Gény et la renaissance du droit naturel”, *op. cit.*, p. 43.

¹⁶³ Cfr. FASSÒ, G., *op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁴ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 255-256. El positivismo ideológico, según lo define Bobbio, es aquel derecho positivo, que por el mero hecho de existir, ya tiene un “valor positivo” ya sea porque es justo por el solo hecho de ser positivo o porque sirve para la obtención de fines valiosos como el orden, la paz, la seguridad, sin que por ello se juzgue el valor moral de sus reglas. Esta modalidad de positivismo jurídico sostiene que la regla positiva impuesta por el poder es también una regla justa. Se pasa de la simple observación y verificación de hechos (positivismo como estudio y como teoría) a la valoración de los mismos como justos. Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, *op. cit.*, pp. 53-54. Bobbio recoge ataques concretos dirigidos al positivismo como ideología (es decir, como una toma de posición sobre valores), concretamente Bonnacase (Véase BONNACASE, J., *La notion du droit en France au dixneuvième siècle*, De Boccard, Paris, 1919, particularmente el Prefacio) ataca la ciencia jurídica alemana y Gény (Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 241-254) que denuncia especialmente al jurista francés Carré de Malberg (Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 58 nota a pie de página número 2.). En general, los positivistas que han defendido el positivismo como ideología nunca han llegado al extremo de obedecer un derecho positivo de forma incondicional. La obediencia se impone como la actitud normal y ordinaria frente al derecho positivo, siempre y cuando las leyes positivas cumplan con el fin al que van destinadas (así lo establece por ejemplo Hobbes) o que no entre en conflicto con valores considerados como superiores (como la libertad o la dignidad humana entre otros). *Ibid.*, p. 59-60.

¹⁶⁵ Cfr. FASSÒ, G., *op. cit.*, p. 27.

¹⁶⁶ Cfr. TIMSIT, G., “Gény, le juge et le silence”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 20, núm. 1, 1991, pp. 149-158, p. 156.

¹⁶⁷ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho...*, *op. cit.*, p. 133.

¹⁶⁸ Cfr. BERNUZ BENEITEZ, M. J., *François Gény y el Derecho. La lucha contra el método exegético*, *op. cit.*, p. 57. Recuerda Bobbio que uno de los mayores representantes que atacaron la escuela de la exégesis, es decir, el fetichismo legislativo y el dogma de la plenitud es Eugen Ehrlich, en su libro *Die juristische Logic*, Tübingen, 1925. Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, *op. cit.*, p. 205. Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 49.

Concluye Fassò que la codificación había constituido así el puente involuntario entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico ¹⁶⁹. Géný será, según Villamor Morgan-Evans, el defensor e iniciador de un giro, podemos decir inverso, de ese positivismo jurídico particular a un iusnaturalismo nuevo ¹⁷⁰. Aunque, para Cayla, el esfuerzo de Géný para oponerse a la escuela de la exégesis, no habría culminado más que en la consecución de un “triste” iusnaturalismo moderno y kantiano, es decir, fundamentalmente “estático y axiomático” ¹⁷¹.

4.2. La escuela alemana para Géný: Friedrich Karl von Savigny y Rudolf von Ihering

En este apartado, vamos a tratar la relación de Géný con la “escuela alemana”. Es importante primero destacar que frente a Ihering (que afirma “la supremacía absoluta del Estado sobre el individuo”) Windscheid (que trata de “encontrar los principios fundadores del derecho romano”), Ehrlich (que basa la evolución del derecho en la sociedad) y Stammler, surge toda una escuela francesa compuesta por François Géný, Léon Michoud, Maurice Hauriou, Léon Duguit y Raymond Saleilles ¹⁷². Aun así, Géný no deja de ser un miembro muy *alemanizado* y de ello hace prueba el hecho de que en *Méthode d'interprétation*, como muestra Baldus, el veintidós por ciento de los juristas citados son alemanes y en *Science et Technique* “más o menos la mitad” son alemanes, con un fuerte predominio de Ihering, sobre todo en *Science et Technique* ¹⁷³.

Para denunciar la escuela de la exégesis, Géný partió de Ihering ¹⁷⁴. De una manera más general, Géný, como muestra Medina, construirá su método sobre la base de un espíritu más próximo al “espíritu organicista germano” ¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Cfr. FASSÒ, G., *op. cit.*, p. 27.

¹⁷⁰ Cfr. VILLAMOR MORGAN-EVANS, ELISENDA, "La libre investigación científica en el sistema jurídico continental: la teoría de François Géný", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2002, pp. 431-447, p. 439.

¹⁷¹ Cfr. CAYLA, O., "L'indicible droit naturel de François Géný", *Revue d'histoire des facultés de droit et de science juridique*, núm. 6, 1988, pp. 103-122, p. 104.

¹⁷² Cfr. AUBERGER, M., "La vie de François Géný : la doctrine et son époque", *op. cit.*, p. 13. Como explica Hakim, en la doctrina francesa, Géný y Saleilles se centran en el estudio del derecho civil, Esmein y Duguit construyen las bases del derecho constitucional y Hauriou la bases del derecho administrativo. Cfr. HAKIM, N., “« La Belle Epoque de la pensée juridique française »”, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷³ Cfr. BALDUS, C., *op. cit.*, pp. 40-41.

¹⁷⁴ *Ibid.*, pp. 46-47.

¹⁷⁵ Cfr. MEDINA, R., *op. cit.*, p. 226.

Savigny no ha pasado desapercibido a los ojos de Gény y es objeto de cita a lo largo de toda su obra. Pasamos a ver la influencia de Savigny en la doctrina del método de Gény.

Nos recuerda López Hernández que Savigny es “el primer teórico de la ciencia y metodología jurídica en la época contemporánea”. Con la escuela histórica se pretendía crear una ciencia jurídica que aunara tanto la dimensión teórica destinada a construir un sistema general del derecho, con la dimensión práctica “consistente en la interpretación de los textos romanos para su aplicación a los casos concretos”¹⁷⁶. Para Savigny, la ciencia del derecho tiene como tarea: crear e interpretar el derecho¹⁷⁷.

Para Savigny el derecho tiene verdaderas “fuentes” y no se fundamenta en simples normas hipotéticas¹⁷⁸. Concretamente, nos dice Gény, que para Savigny (y Puchta) esa fuente “última, íntima y única” del derecho positivo se encuentra en la conciencia popular no siendo la ley más que uno de sus derivados¹⁷⁹. La escuela histórica ha marcado la ciencia del derecho (aún pese a la fragilidad de sus postulados) y ha tenido, según Gény, la ventaja de “entrever la riqueza y la complejidad de la vida”, frente a “la impotencia de la razón subjetiva para captar por adelantado la totalidad de las relaciones que debe regir” y en consecuencia “la impotencia del verbo autoritario” para imponer el “orden necesario” a las relaciones de la vida social¹⁸⁰. La “conciencia social” del siglo XIX que ha marcado el devenir de la filosofía, la política, la ciencia y la economía ha desconfiado de la razón humana como instrumento válido para captar la inmensa variedad, complejidad y movimiento de la vida y para Gény, la escuela

¹⁷⁶ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., p. 33.

¹⁷⁷ Para Savigny, la creación del derecho se realiza por vía histórica y da lugar a un conocimiento práctico cuando se particularizan o crean reglas nuevas para los casos y a un conocimiento teórico cuando se comentan las decisiones judiciales ampliando “las reglas e instituciones precedentes”. La interpretación del derecho (que no es la dimensión sistemática de la ciencia del derecho) tiene una dimensión teórica cuando se interpreta el texto de la ley y una dimensión práctica cuando esa interpretación se aplica a un caso concreto. *Ibid.*, p. 34.

¹⁷⁸ Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 109.

¹⁷⁹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, op. cit., p. 258.

¹⁸⁰ “Or, ce qui en constitue le fonds durable et la valeur permanente, c'est qu'au travers de l'évolution du monde social, et sous l'action des puissances naturelles, Il entrevoit la richesse et la complexité de la vie, qu'il sent profondément l'impuissance de la raison subjective à embrasser d'avance la totalité des rapports à régir, et que, constatant l'insuffisance su verbe autoritaire pour leur imposer l'ordre nécessaire, Il fait appel à des forces plus obscures, mais plus souples, en vue d'assurer la pleine mission du Droit”. Cfr. GÉNY, F., *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle...*, op. cit., p. 20.

histórica es la adaptación de ese “pensamiento general” y de esa “conciencia social” del siglo XIX al derecho ¹⁸¹.

Como aclara Fassò, esas fuentes se encuentran en la historia, como creación espontánea de cada pueblo ¹⁸². Ese historicismo particular, ungido de conciencia popular y nacionalismo, es un movimiento cultural en reacción contra la razón como proceso de pensamiento abstracto que no resulta apto para entender y regular la vida política y jurídica de los individuos. Así, el historicismo pretende elaborar una “razón histórica”, un “método” histórico que permita desbrozar el significado actual de las instituciones jurídicas y su posible significado futuro en base a lo que fueron en el pasado. El historicismo, revaloriza “todo lo que en los pueblos hay de irracional y cambiante e infravalora “los ideales universalistas y racionalistas” lo que lo hace completamente contrario al iusnaturalismo racionalista ¹⁸³.

El legislador, nos dice Fassò, al reconocer esa historia (fundamento de todo el derecho) en sus leyes, reconoce todo el derecho en la ley positiva, convirtiendo la escuela histórica en más “positivista” que la propia escuela de la exégesis ¹⁸⁴. Como muestra Hernández Gil surge un personalismo en la investigación del derecho contra el que Gény luchará ¹⁸⁵. Gény denunciará de la escuela histórica de Savigny el haber olvidado que la actividad legislativa es principalmente una actividad consciente e inteligente del hombre ¹⁸⁶.

Más aún, con el historicismo, resalta Hernández Gil, falta una fundamentación filosófica durable y permanente de los conceptos de “espíritu del pueblo”, de “convicción jurídica” o de “conciencia jurídica nacional” ¹⁸⁷. Al fijar unos conceptos definitivos completamente ajenos a cualquier dimensión histórica, explica Fassò, la historia ha desaparecido de la investigación propia de la ciencia del derecho practicada

¹⁸¹ *Ibid.*, pp. 14, 18.

¹⁸² Cfr. FASSÒ, G., *op. cit.*, p. 51.

¹⁸³ *Ibid.*, pp. 43-44.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 53.

¹⁸⁵ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 174.

¹⁸⁶ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation et sources...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 263-264. Para la escuela histórica, como muestra López Hernández, primero se indaga sobre el propio derecho de un pueblo por vía de la historia y sólo una vez que el derecho “haya adoptado la forma de sistema podrá ser puesto por escrito en forma de legislación”. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁸⁷ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, pp. 72-73.

por la escuela histórica, y dichos conceptos juntos con sus deducciones lógicas, sumirían a la ciencia del derecho de la escuela histórica de Savigny, en la conocida “pandectística” que en su funcionamiento se acerca a la “escuela filosófica” de Thibaut¹⁸⁸.

Para Gény, Ihering posee grandes virtudes intelectual, concretamente, un “poder intenso de penetración de las instituciones jurídicas” y una “riqueza de la imaginación descriptiva”¹⁸⁹. Dentro de la ciencia jurídica alemana, Ihering (precursor de la jurisprudencia de intereses) y posteriormente P. Heck y E. Stampe (desarrolladores de la jurisprudencia de intereses) han sido los exponentes más claros de la tendencia más consistente y sólida dentro del movimiento de la “libre investigación del derecho” en la ciencia alemana¹⁹⁰. Queda claro en *Méthode d'interprétation*, como apunta Baldus, que Gény “se deja inspirar ampliamente por Rudolf von Ihering”¹⁹¹.

El primer Ihering, nos explica Larenz, considera que puede a través de la combinación de conceptos jurídicos obtenidos por vía de abstracción, obtener nuevas normas jurídicas. A diferencia de Puchta (jurisprudencia de conceptos), Ihering no parte de un concepto fundamental ya dado previamente al derecho positivo “sino que su procedimiento de formación de conceptos es exclusivamente inductivo”¹⁹². Puchta y la jurisprudencia de conceptos atribuyen a los conceptos jurídicos la necesidad de un

¹⁸⁸ Cfr. FASSÒ, G., *op. cit.*, pp. 27-57.

¹⁸⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 122.

¹⁹⁰ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 394-397. Ihering con la jurisprudencia de intereses puso de relieve la importancia de la consideración de los intereses como un elemento de trascendencia social y por tanto jurídica. Los intereses se plasman en los derechos subjetivos y para conocer adecuadamente esos derechos era necesario acudir a la sociedad, a la utilidad, al interés de los individuos. Surge en la jurisprudencia de intereses un psicologismo desarrollado por Heck que basa el “estudio del derecho” en el fin de las decisiones judiciales, es decir, dar satisfacción a las “apetencias” o “intereses” existentes en la “comunidad jurídica” (todo esto está en la línea de la idea de derecho subjetivo que propuso Ihering como un “interés jurídicamente protegido”). Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, *op. cit.*, p. 39. No obstante, para Bobbio, la elección entre la jurisprudencia de conceptos (jurisprudencia “formalista” e ideológicamente “más conservadora”) o la jurisprudencia de intereses (ideológicamente “más progresista”) dependerá del resultado que pretenda alcanzar el juez ya que ambas son útiles y son “legítimas según el fin que se quiera obtener”. Por lo que una vez definido el fin, la “disputa” no es ya más metodológica sino ideológica (sobre el fin elegido). Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁹¹ Cfr. BALDUS, C., *op. cit.*, p. 37.

¹⁹² Cfr. LARENZ, K., *op. cit.*, p. 46.

“contenido mínimo”, un “sentido ético” que los separa de la tesis del positivismo y de Ihering ¹⁹³.

No obstante, la jurisprudencia de conceptos basada en una metodología “racionalista, abstracta y deductiva” ya no eran satisfactorias según “las nuevas corrientes epistemológicas”. Auguste Comte declaró que sólo era ciencia la investigación de objetos de la “experiencia”, los “datos empíricos”, “lo positivo”. Este giro “determinó seguramente” el paso de Ihering de una jurisprudencia conceptual a una “jurisprudencia pragmatista” basada en “los conceptos de interés, utilidad y fin” ¹⁹⁴.

El segundo Ihering decidirá introducir en el derecho positivo la idea de fin ¹⁹⁵. No obstante, la idea de “fin” en el derecho es una idea puramente formal y en sí, insuficiente para dar a la investigación científica del derecho elementos “sólidos y fecundos”. Su aplicación supondría dar por sabido el fin “supremo” hacia el que se dirige la humanidad, además del hecho de que Ihering, no deja apuntado en su obra cuál

¹⁹³ Larenz explicará que es inexacto “equiparar simplemente Jurisprudencia de conceptos y positivismo, como frecuentemente sucede”. “También los conceptos establecidos por el propio legislador han de derivar su legitimación de conceptos del sistema; con lo cual, por consiguiente, la Jurisprudencia de conceptos se presenta en agudo contraste con el positivismo”. La concepción de sistema en la jurisprudencia de conceptos de Puchta es una idea fundamental y permite trascender la idea equivocada, según Larenz, de atribuir a la jurisprudencia de conceptos las notas exclusivas de logicidad y formalismo en el más estricto sentido del positivismo legalista y no atribuir las notas de eticidad o el reconocimiento de unos principios fundamentales iusfilosóficos. “Los conceptos supremos del sistema indican justamente aquel 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 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. Esta suposición, ciertamente, sólo tiene sentido pleno en tanto los principios supremos del sistema no puedan, a su vez, ser ellos mismos derivados -inductivamente- del material de experiencia de la materia legal positiva, sino que puedan hacerse inteligible”. Por lo que en tanto “a modo de ejemplo, no se incluya en el contenido de conceptos jurídicos tales como persona, responsabilidad, imputabilidad, algo acerca del sentido ético de estos conceptos, o en tanto el “sujeto de derecho” no se piense solo, [...] como un punto formal de referencia, [...] sino que se le atribuyan cualidades de contenido, no desaparece totalmente la vinculación de la Ciencia del Derecho con la Filosofía”. *Ibid.*, p. 43. El cambio de posición de Ihering frente al derecho para poner en su centro ya no a los conceptos jurídicos abstractos inducidos de las normas del legislador, sino al fin de las normas jurídicas que no es otro que “garantizar las condiciones de vida de la Sociedad” no fue lo suficientemente radical como para superar el dogma del positivismo legalista sobre la preeminencia de la ley como fuente de todo derecho y convirtió al Estado en el determinante del derecho y por tanto de los fines de la sociedad, no pudiendo superar el limitado marco del positivismo legalista de su época. *Ibid.*, pp. 68-69.

¹⁹⁴ No obstante, Ihering expuso una teoría para la ciencia jurídica que lo hizo situarse en un “terreno ambiguo” que le llevó desde el “conceptualismo formalista” hasta el “sociologismo finalista”. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., pp. 37-39.

¹⁹⁵ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, op. cit., p. 39.

puede ser ese fin ¹⁹⁶. Ihering habría sido un “vulgar utilitarista” a la hora de fijar su fin supremo del derecho ¹⁹⁷.

Así, según Gény, Ihering se ha quedado como el explorador y el artesano de la técnica jurídica ¹⁹⁸. Ihering no ha sido capaz de aventurar una idea de “fin” satisfactoria en el derecho positivo, pero sí una idea de “fines intermediarios”. Los “fines intermediarios” serían en sí la base de las instituciones jurídicas y el fundamento último de las reglas jurídicas ¹⁹⁹. Pero los “fines intermediarios” al no poder converger en un “fin supremo” (ya que este es de momento desconocido para Ihering) no pueden entonces servir como base firme del derecho ni de las instituciones jurídicas y sólo pueden resultar útiles a efectos de facilitar los resultados obtenidos por la “intuición” o “el razonamiento”. Los fines intermediarios se reducen a un simple procedimiento ²⁰⁰. Lo que convierte el trabajo de Ihering en algo “incompleto y discutible”, demasiado “limitado al círculo estrecho a la Roma antigua” ²⁰¹. Para Larenz, Ihering no ha podido superar el limitado marco del positivismo legalista de su época ²⁰². Aun así, como opina Baldus, “el razonamiento antiformalista” de Ihering dirigido hacia un cierto “legalismo” le resulta útil a Gény para su batalla contra el “legalismo exegetico de Francia” ²⁰³.

Además, siguiendo a López Hernández, vemos en Ihering una distinción interesante que puede aproximarse a la distinción de Gény entre ciencia y técnica. En Ihering existe un derecho real, auténtico y verdadero y un derecho formulado, como expresión lingüística, en “cuanto es conocido” ²⁰⁴. Esa distinción recuerda sobremanera a la distinción entre ciencia y técnica de Gény y que analizaremos más adelante.

¹⁹⁶ *Ibid.*, pp. 40-41.

¹⁹⁷ Gény agradece a Kohler que este haya situado en “la cúspide de la investigación jurídica”, un ideal de “cultura” (*Kultur*) que, aun siendo algo vago, permite superar el “vulgar utilitarismo” con el que se conforma Ihering. *Ibid.*, p. 124. Larenz criticará a Ihering que su “nuevo fundamento jurídico-teórico que intentó establecer lo erigió sobre un terreno no consistente: el del positivismo sociológico”. Cfr. LARENZ, K., *op. cit.*, p. 66.

¹⁹⁸ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 42.

¹⁹⁹ *Ibid.*, pp. 42-48.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 48.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 124.

²⁰² Cfr. LARENZ, K., *op. cit.*, pp. 68-69.

²⁰³ Cfr. BALDUS, C., *op. cit.*, p. 47.

²⁰⁴ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Introducción histórica a la filosofía del derecho contemporánea*, Universidad de Murcia, 2005, p. 40.

CAPÍTULO II

LA CIENCIA DEL DERECHO DE GÉNY: LA ELABORACIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO.

1. Las deficiencias del método exegético como método de elaboración del derecho

El método de la exégesis se presenta como el método jurídico clave que ha dominado el pensamiento de Gény y sobre el cual ha desarrollado toda una teoría para superarlo. Nos indica Jamin que Gény aborda la crítica del método de la exégesis cuando los juristas ya habían superado el escollo de las abstracciones lógicas basadas sobre textos legislativos²⁰⁵. No obstante, para Toutsakovitch, la forma de proceder exegética seguía presente como excusa metodológica, principalmente para reducir la metodología a los argumentos de autoridad exclusivamente legislativos que han estado de moda “debido a un hábito perezoso del espíritu y por el deseo de rechazar toda discusión”²⁰⁶. El jurista, como muestra Gény (y también vio Savigny), gracias al método exegético, puede justificar sus opiniones personales como provenientes del legislador por el simple hecho de haberlas formulado sobre la base de su texto, lo que en sí no constituye un problema siempre y cuando se reconozca el carácter subjetivo de ese proceder²⁰⁷. Así, como muestra Jamin, Gény critica no tanto el método de la exégesis sino el uso que hacen de él sus practicantes²⁰⁸. Gény pretende, en palabras suyas, “combatir los excesos” de ese método jurídico, lo que no significa abandonarlo por completo, sino depurarlo²⁰⁹.

Para Gény, si se quiere establecer un método para el derecho, se debe aceptar cualquier idea, por muy intrépida que resulte, si con ella se explican más profundamente

²⁰⁵ Cfr. JAMIN, C., *op. cit.*, p. 21.

²⁰⁶ Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 13.

²⁰⁷ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 67. Dirá Timsit que interpretar un texto siempre consiste en atribuir un sentido a los términos que lo componen y ese sentido es el fruto de elecciones del propio intérprete, por lo que la interpretación siempre es subjetiva. Cfr. TIMSIT, G., "Gény, le juge et le silence", *op. cit.*, p. 158.

²⁰⁸ Cfr. JAMIN, C., *op. cit.*, p. 17.

²⁰⁹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 60.

las cosas y se alcanza más “de lleno” la idea de justicia. Por ejemplo, tener que modificar la jerarquía tradicional asignada a los órganos y a los procedimientos habituales, y tener que supeditar la ley, como elemento técnico, a otros principios ²¹⁰.

El método exegetico (tradicional) ha presentado dos problemas fundamentales. El primer problema impone que toda solución jurídica debe quedar vinculada a la ley positiva. Pensar que las reglas jurídicas obtenidas de códigos o deducidas de la legislación pueden por sí solas dar satisfacción a los intereses vitales que tratan de regular y tratar de resolver en justicia todos y cada uno de los casos sometidos a su juicio, no es realista ²¹¹. Es el modo de “estancar el derecho y parar de golpe todo viso de ideas nuevas” ²¹².

El segundo problema, derivado del primer problema, impone la obtención de la solución jurídica por vía del uso exclusivo del método lógico-deductivo aplicado sobre la ley positiva y basado en unas concepciones abstractas ²¹³. Se emplean “concepciones puras” que son consideradas como instrumentos necesarios para obtener soluciones de los textos legales o elaborar ideas jurídicas independientes. Esas ideas independientes son desarrolladas por una lógica abstracta, que “se introduce por todas las partes del sistema jurídico” ²¹⁴. En lugar de considerar esas concepciones como puramente subjetivas, se consideran dotadas de realidad objetiva. Esto implica reducir todo el sistema de derecho positivo a un número limitado de categorías lógicas, predeterminadas e inmutables, incapaces de adaptarse a las exigencias variadas de la vida ²¹⁵.

²¹⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 16-17.

²¹¹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 69. Véase LOMBARD, PAUL, *Discours sur le Code civil allemand*, Séance d'inauguration de l'Université de Nancy, 19 de noviembre de 1896, p. 22.

²¹² Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 65. Sobre el método tradicional, Saleilles critica en mayor medida el hecho de no buscar una interpretación más allá de la voluntad del legislador, más que el hecho de suponer ingenuamente que todo el derecho está contenido en la legislación. *Ibid.*, p. XIV del prefacio de Saleilles.

²¹³ *Ibid.*, pp. 68-69.

²¹⁴ *Ibid.*, pp. 124-125, 127.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 129.

1.1. Excesivo peso de la ley

Gény se pregunta sobre la verdadera misión y el peso de la ley y de la voluntad legislativa dentro del derecho ²¹⁶. Para ello, Gény va a analizar las principales reglas de la interpretación del método exegético. En otras palabras, Gény va a tratar de averiguar la visión que debe guiar al intérprete a lo largo del proceso de interpretación.

Lo que es aceptado por Gény, y es completamente conforme con las doctrinas de la escuela de la exégesis es mantenerse leal al texto de la ley. Se trata de “leer” el texto de la ley atribuyendo el sentido usual a los términos y solo en los casos confusos optar por una interpretación más “técnica”, más conforme al “fin de la norma” ²¹⁷.

No obstante, la escuela de la exégesis profesa que la ley es todo el derecho, lo que supone el olvido de la costumbre (y también de la tradición y de los antecedentes) como de la equidad. Así, para la exégesis, tanto la costumbre como la equidad sólo son legítimamente aplicables cuando así lo permita expresamente la ley, mientras tanto el intérprete puede usar de la analogía para interpretar la ley (ratio iuris, argumento a contrario, argumento *ad maius*, etc.) ²¹⁸.

Lo que denuncia Gény es la ficción que supone esa concepción de la interpretación jurídica. Los propios exégetas no reconocen formalmente la existencia de otras fuentes que no sean la ley, pero las usan para interpretar el derecho (por ejemplo, usan la costumbre). Desafortunadamente, ese rechazo dogmático de toda otra fuente que no sea la ley impide elaborar una teoría completa que se adecue a la realidad de la interpretación del derecho. Reconocer el peso relativo de la ley y el papel de las demás fuentes, permitiría obtener un sentido “más legítimo, objetivo y ajustado” del texto legal ²¹⁹. Se trata de que las “otras” fuentes positivas aparte de la ley dejen de ser usadas

²¹⁶ “¿No hemos desnaturalizado, con el pretexto de profundizarlo, el pensamiento del legislador? ¿No hemos exagerado su misión y poder, ya sea limitando arbitrariamente nuestras fuentes de investigación o disminuyendo el papel del intérprete, erudito o juez? ¿No hemos cedido, demasiado a menudo, a la seducción de una lógica decepcionante, para olvidar las realidades de la vida y sus exigencias?” (*“N'avons-nous pas dénaturé, sous prétexte de l'approfondir, la pensée du législateur ? N'avons-nous pas exagéré sa mission et sa puissance, soit en limitant arbitrairement nos sources d'investigation, soit en diminuant le rôle de l'interprète, savant ou juge ? N'avons-nous pas, trop souvent aussi, cédé à la séduction d'une logique décevante, pour oublier les réalités de la vie et leurs exigences ?”*). *Ibid.*, p. 6 de la introducción.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 31.

²¹⁸ *Ibid.*, pp. 36-40.

²¹⁹ *Ibid.*, pp. 40-42.

como “cajón de sastre” para explicar la “voluntad del legislador” (Gény recalca que es imposible fundar una relación “directa y demostrable” entre la voluntad del legislador y las circunstancias extrínsecas a la ley)²²⁰. Por lo tanto, el intérprete debe concluir que otras fuentes aparte de la ley son necesarias, no porque el legislador las haya tenido en cuenta o no (no lo sabremos al menos que lo exprese), sino porque el derecho, independientemente de la voluntad legislativa, requiere de esas herramientas²²¹. Igualmente, y de forma general, el método jurídico debe derivarse de la naturaleza de las cosas y no de legislaciones positivas²²². La ley escrita no puede regular su propia competencia, ni puede tener el poder de decidir el futuro de las fuentes del derecho²²³. Por lo que, el legislador no puede regular sobre la libre investigación científica, ni sobre una determinada concepción de la ley natural²²⁴. No obstante, Gény reconoce la posibilidad al legislador positivo de fijar ciertas reglas de interpretación que sólo pueden tener valor de explicación anticipada y general de la ley²²⁵.

Ahora bien, es necesario saber mantener la ley “dentro de los límites naturales asignados a cualquier voluntad humana”. La ley proviene de la inteligencia y de la voluntad humana²²⁶ y como toda voluntad humana, la ley es necesariamente incompleta²²⁷. Según Gény, al acercarnos a la ley desde el terreno racional, observamos que “el sistema de la ley escrita” presenta lagunas “necesarias e inevitables”²²⁸.

No podemos pretender “extraer” del texto de la ley “algo distinto de lo que contiene”²²⁹. Por ello, la *laguna de ley* debe ser suplida por un procedimiento vinculado

²²⁰ *Ibid.*, p. 43.

²²¹ *Ibid.*, p. 47.

²²² *Ibid.*, p. 106. Como veremos más adelante, la noción de “naturaleza de las cosas” desempeña un papel importante en la doctrina de Gény. Baste ahora señalar que dicha noción viene siendo usada, como lo muestra Villey, desde siempre en Occidente. Encontramos su uso en la pandectística (que recoge el término del derecho romano), en Savigny, o en Larenz; igualmente en filósofos del derecho más modernos como Bobbio o Morra; más atrás, en Montesquieu o en autores de la Escuela del derecho natural moderno; en los escolásticos españoles del siglo XVI, sobre todo en Molina; en la edad media e incluso ya en la Antigua Grecia con Aristóteles. Cfr. VILLEY, M., “La nature des choses dans l’histoire de la philosophie du droit”, *Droit et Nature des Choses. Travaux du colloque de philosophie du droit comparé. Extrait des annales de la faculté de droit et sciences économiques de Toulouse*, Dalloz, Paris, 1965, pp. 69-89, pp. 70-71.

²²³ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d’interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 231.

²²⁴ *Ibid.*, p. 233.

²²⁵ *Ibid.*, p. 232.

²²⁶ *Ibid.*, p. 116.

²²⁷ *Ibid.*, p. 117.

²²⁸ *Ibid.*, p. 69. Véase LOMBARD, P., *Discours sur le Code civil allemand, op. cit.*, p. 22.

²²⁹ *Ibid.*, p. 123. Es más, Gény constata que el legislador de su época se limita a resolver problemas limitados y concretos sin querer consagrar principios abstractos ni teorías generales, lo que reduce aún

al texto legislativo, desarrollando su contenido por vía de una lógica estricta²³⁰ sin pretender adaptar o ajustar el texto al momento y la particular contingencia en el que se quiere aplicar, ni buscar la voluntad racional del legislador sino simplemente suplir una ausencia o una falta de claridad manifiesta del texto. En ningún momento se pretende averiguar lo que el legislador “habría decidido, si su pensamiento se hubiera centrado en un objeto determinado”²³¹.

Queda entonces pendiente saber a quién remitir la competencia para solucionar las lagunas de la ley y cómo solucionarlas. Para remediar a las deficiencias de la ley se trató de establecer en Francia instituciones como el *référé législatif*. Esta institución buscaba reducir la interpretación judicial (entendida como interpretación doctrinal *in concreto*) a una estricta interpretación y aplicación de la ley, y resultó, tras un tiempo, ser un fracaso²³². Se ha reconocido, incluso por los redactores de la codificación, la necesidad de una autoridad independiente al legislador que supla las deficiencias de la ley²³³.

Según Dabin, el modo en que Géný ha abordado las lagunas (principalmente con su visión de la ley y de la libre investigación del derecho), no ha tenido buena acogida entre la doctrina. Muchos autores han preferido el método de Saleilles al de Géný²³⁴. Esta pobre acogida puede explicarse si entendemos que la laguna de ley, como lo hace Legaz y Lacambra, es una noción de orden axiológico y no simplemente de orden lógico²³⁵.

Podemos decir que, con Géný, las lagunas de ley, deben ser resueltas por medio del propio texto de la ley, mientras que las lagunas de derecho, remiten a un problema

más el alcance de su voluntad y reenvía al trabajo de los intérpretes. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 104-105. Segura Ortega entiende la ley como una fuente más que trata de dar respuesta concreta y contingente a un número limitado de casos. Cfr. SEGURA ORTEGA, MANUEL, "El movimiento del Derecho libre", *Anuarios de filosofía del derecho*, 1993, pp. 423-455, p. 428.

²³⁰ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 53.

²³¹ *Ibid.*, p. 301.

²³² *Ibid.*, pp. 77-78 y 118. En ese contexto, Géný se dedica a exponer la evolución histórica del tribunal de casación francés. *Ibid.*, n. 40-45. Según el propio Géný, la restricción de las funciones judiciales (por vía del *référé législatif*) que sufrió el tribunal de casación se debía al ideal utópico de una legislación plena y autosuficiente grabado en el estandarte revolucionario. Esto llevó a considerar el tribunal de casación como un derivado del poder legislativo y se manifestó en el transcurrir de los años como un error. *Ibid.*, pp. 77-88.

²³³ *Ibid.*, p. 118.

²³⁴ Cfr. DABIN, J., "François Géný, le savant", *op. cit.*, pp. 23-24.

²³⁵ Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 55.

que va más allá de la ley y afectan a la noción misma del derecho, sus fuentes y su interpretación ²³⁶.

1.2. El abuso de abstracciones lógicas

Nos recuerda Gény que las abstracciones lógicas (“concepciones *a priori*”, categorías lógicas) surgieron como necesarias en países con legislaciones fragmentarias con el fin de poder construir teorías jurídicas y a partir de ellas, por vía de una lógica estricta y razonamientos abstractos, reducir todo a categorías lógicas ²³⁷. No obstante, Gény sostiene que la creación de concepciones abstractas, combinada con una lógica jurídica extrema, junto a la asunción de la idea de que exclusivamente la ley es el derecho positivo, han acabado por corromper definitivamente la ciencia jurídica ²³⁸.

Ahora bien, elaborar una construcción jurídica (basada sobre la ley), sobre la base de una concepción *a priori*, y de la cual debieran obtenerse consecuencias lógicamente necesarias, sólo quedaría justificado si el derecho fuese una ciencia exacta ²³⁹. Entonces, si las construcciones jurídicas “se abstraen de su contexto, que constituye su atmósfera vital y necesaria” para “transformarse en ideas puras”, pierden todo contacto con lo real, y desaparece su “eficacia práctica” ²⁴⁰. Igualmente, esta desconexión con la realidad las convierte en “entidades” independientes que “se mueven en la abstracción pura”. Al no tener ningún soporte real, estas construcciones jurídicas son necesariamente subjetivas ²⁴¹.

Concretamente Gény muestra los peligros de las abstracciones lógicas. Usando la regulación del Código civil francés de la época respecto de la institución del *nasciturus*, Gény, nos advierte del peligro de una interpretación en un sentido “excesivamente estricto” que puede desvirtuar el propósito del derecho. En nuestro

²³⁶ En este sentido el texto de recuerda que en Gény las soluciones a las lagunas de ley también pueden obtenerse del derecho objetivo. Cfr. MAZZARELLA, FERDINANDO, “La « Escuela social del derecho » entre Europa y Brasil. Encuentros y desencuentros ante las transformaciones de fin de siglo”, en AA.VV., *Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Dykinson, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 157-203, p. 191.

²³⁷ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 125.

²³⁸ *Ibid.*, p. 126.

²³⁹ *Ibid.*, p. 131.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 132.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 144. Basado en IHERING, RUDOLF. VON, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1885.

caso, se parte de la idea de que todo derecho supone un sujeto que no puede ser sino una persona. De ahí se elabora, por la dogmática, la construcción jurídica de “sujeto jurídico” (o sujeto de derecho) que, como construcción es necesariamente subjetiva, pero que se considera como objetiva por esa misma dogmática y deduce por vía de una lógica imperiosa que toda persona debe ser necesariamente “persona existente” (de pleno derecho o como *nasciturus*)²⁴².

No obstante, Gény denuncia que el concepto de “sujeto jurídico” (o sujeto de derecho), como construcción jurídica subjetiva, no debe verse limitado por razonamientos puramente lógicos y debe servir principalmente a los intereses reales existentes en las relaciones que se discuten, como proporcionar al hombre la satisfacción de sus necesidades, la salvaguarda de sus intereses y contribuir al logro de sus objetivos vitales²⁴³ y no constituirse como una ficción jurídica, objetivamente necesaria, y por tanto inquebrantable. Debe, por tanto, admitirse la posibilidad de constitución de derechos a favor de una persona futura no existente²⁴⁴.

El modo de solucionar el abuso de estas construcciones jurídicas consiste en “mantenerlas dentro de sus límites”. Es decir, dada su naturaleza subjetiva e ideal, sólo serán válidas como hipótesis cuando esta contribuya a una adaptación del derecho a las exigencias de la vida²⁴⁵.

Con esa afirmación, si tuviéramos que fijar las bases de un nuevo método inspirado en su análisis, concederíamos como elemento fundamental las “exigencias de la vida” en las cuales estaría incluido el “fin práctico” perseguido. Hemos visto que toda construcción de conceptos jurídicos abstractos está viciada por la subjetividad de su autor. Sin cuestionar la utilidad que tal concepción jurídica abstracta pueda tener, proceder a derivar por vía de la lógica pura soluciones jurídicas resulta peligroso.

²⁴² *Ibid.*, pp. 135-137.

²⁴³ *Ibid.*, p. 135 citando en pie de página a IHERING, R. VON, *El espíritu del derecho romano*, Tomo IV, 4a ed., 3a ed. francesa traducida por Meulenaere, 1888, p. 328 in fine.

²⁴⁴ Gény muestra con la aportación de excepciones previstas por el propio legislador (en la sustitución fideicomisaria o en general el contrato a favor de tercero) que es posible la asignación de derechos privados que proteja a una “persona” aún ni siquiera concebida. *Ibid.*, pp. 135-137.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 146. En cuanto al abuso de abstracciones lógicas, encontramos un ejemplo cuando Gény habla de cómo debe prevalecer, para los derechos reales y de crédito, la visión teleológica sobre un entendimiento puramente racional de los mismos que exagere la sistematización de los elementos patrimoniales esenciales que han llevado a concebir esta distinción. *Ibid.*, p. 139.

La lógica sigue siendo indispensable para el derecho, pero para que le sea útil, debe operar por vía de una “doble operación en sentido inverso”. Hay que remontar desde la regla legal al principio y de esta derivar consecuencias²⁴⁶. Los procedimientos lógicos se reducen entonces a dos: la deducción y la inducción. La deducción que se presenta como el procedimiento que obtiene de un principio dado todas sus consecuencias sin poder añadir nada que no estuviera antes en el principio mismo. La inducción (científica) que sobre la base de ciertos resultados extrae un principio general que los explica y permite generar otros resultados nuevos²⁴⁷. Para Gény los procedimientos lógicos podrán ser usados para aplicar las reglas jurídicas, para la interpretación de la voluntad legislativa o de los particulares, o de principios obtenidos de la naturaleza de las cosas²⁴⁸. La voluntad legislativa es un acto psicológico abstraído en fórmulas legales. La condición particular de ese “acto psicológico” implica igualmente una lógica propia²⁴⁹.

Será mejor buscar los fundamentos de las soluciones jurídicas en las “exigencias de la vida”, los “fines prácticos”, o en la equidad u otro fundamento objetivo y hacer uso de las concepciones jurídicas en la medida en que esta sea útil a nuestros fines²⁵⁰. Las concepciones jurídicas abstractas, nos dice Gény, deben ser concebidas como meros instrumentos técnicos. Su utilidad se mide por su capacidad a proporcionar los efectos deseados y por tanto a dar satisfacción a las realidades objetivas (como los principios de justicia y utilidad social)²⁵¹.

El intérprete deberá entonces ser consciente, por un lado, de lo que no es más que hipótesis y producto de su pensamiento subjetivo con el fin de poder abordar los elementos objetivos de la vida social y explotarlo con su lógica peculiar (mezclada de imperativos de justicia, creencia, aspiraciones, etc.)²⁵².

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 23.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 198.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 83.

²⁴⁹ *Ibid.*, pp. 284-285

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 168.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 186.

²⁵² “cuando permanece libre frente a las realidades objetivas, debe separar cuidadosamente de las realidades objetivas lo que son los productos de su pensamiento puro, no sea que olvide la subjetividad de sus conceptos, convierta las hipótesis en principios, las aproximaciones en certezas, y desatienda esa verdad esencial, que la única lógica segura y fecunda para la jurisprudencia positiva se deriva de los elementos objetivos de la vida social, por la armonía de creencias y deseos que suscita, por la aplicación del imperativo categórico de la justicia, y de las aspiraciones tan complejas de utilidad general”

2. Nueva metodología jurídica: la superación del método exegético

2.1. La ciencia y el método

2.1.1. Nuevas perspectivas

Gény observa que se ha producido una crítica de las ciencias matemáticas y físicas que no ha quedado sin consecuencias para las demás ciencias. Esa renovación provocada por una nueva crítica ha afectado incluso a las ciencias que se complementan con la creencia²⁵³. Recordamos que para Gény, la ciencia es una disciplina del espíritu que capta “las relaciones generales entre los fenómenos y busca obtener de ellos las leyes o determinar las reglas que imponen”²⁵⁴. La ciencia no pretende más que descubrir los engranajes de la realidad, es una “actitud” a adoptar para averiguar los fines necesarios o la satisfacción natural de las aspiraciones humanas²⁵⁵.

Se pueden reconocer dentro de la ciencia dos procedimientos dotados de carácter universal y que son aplicables a toda ciencia: el análisis y la síntesis²⁵⁶. De allí se deriva “la noción de hipótesis, de teoría, de sistema, de analogía” sin embargo parece que su valor propio queda reservado a “las ciencias de la naturaleza física”²⁵⁷. Las ciencias matemáticas proceden por deducción, las ciencias físicas y biológicas proceden por inducción, las ciencias naturales proceden, de forma particular, por la observación y la clasificación, la historia se limita a una “crítica del testimonio”, la psicología individual usa de los procedimientos de las ciencias de la vida física, y las ciencias

(“lorsqu'il reste libre en face des réalités objectives, il doit tenir soigneusement séparés de celles-ci les produits de sa pensée pure, de peur d'oublier la subjectivité de ses concepts, de transformer des hypothèses en principes, des approximations en certitudes, et de méconnaître cette essentielle vérité, que la seule logique, sûre et féconde, pour la jurisprudence positive, se tire des éléments objectifs de la vie sociale, par l'harmonie des croyances et des désirs qu'elle suscite, par la mise en oeuvre de l'impératif catégorique de justice, et des aspirations si complexes de l'utilité générale”). Ibid., p. 192.

²⁵³ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 3. Para Vasilescu, “lo que los filósofos, los sociólogos, los lógicos, han realizado en la metodología y el positivismo de las ciencias sociales, François Gény lo ha realizado en la metodología y el positivismo del derecho”. VASILESCU, P., “L'œuvre de M. François Gény et ses résultats”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo II, Recueil Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 48-61, p. 49.

²⁵⁴ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 70.

²⁵⁵ Ibid., pp. 172-173.

²⁵⁶ Ibid., p. 167.

²⁵⁷ Ibid., p. 168.

morales usan de la deducción, aun partiendo sobre “principios inciertos” y de la inducción, aun partiendo de “observaciones imprecisas y conjeturales”²⁵⁸. Aun así, la ciencia sólo puede ser una y no múltiple, por lo que debe mantenerse la “unidad de método”²⁵⁹ ante todo, pero se observa que en toda ciencia intervienen, en distinto grado, todos los procedimientos metódicos (deducción, inducción, hipótesis, etc.)²⁶⁰ pero sólo algunos procedimientos constituirían el “instrumento específico” de ciertas ciencias²⁶¹. Igualmente, se produce una degradación o pérdida de firmeza y seguridad progresiva en los resultados obtenidos por ciencias derivadas de otras ciencias²⁶².

Gény concluye que los especialistas de cada ciencia son, entonces, los más cualificados para abordar su crítica²⁶³. El derecho positivo no figura como ciencia y, sin embargo, parece requerir de un tratamiento especial²⁶⁴. Es una disciplina, sea o no considerada como científica, que por su complejidad requiere de métodos precisos, rigurosos y especiales. No obstante, se ha venido practicando la ciencia del derecho aplicando preceptos de forma mecánica o realizando abstracciones y generalizaciones por vía de instinto²⁶⁵. Hasta la fecha, las investigaciones intelectuales se han centrado en los campos de la política, de la economía social, de la ciencia histórica del derecho, de la filosofía del derecho, pero no en el campo del derecho positivo²⁶⁶.

²⁵⁸ *Ibid.*, pp. 168-171.

²⁵⁹ En cuanto a la idea de “unidad de método”, es interesante resaltar que esta idea fue sostenida por A. Comte (con el positivismo filosófico) y por Stuart Mill (con el empirismo), hasta ser retomada por el positivismo lógico del Círculo de Viena (Schlick y otros, bajo la influencia de Wittgenstein). En definitiva, se afirma que “el método científico es el mismo para todas las ciencias” factuales, es decir, empíricas, como, por ejemplo, las ciencias sociales. Cfr. MORESO, JOSÉ JUAN, “Ciencia jurídica y dualismo metodológico”, *Anuario de filosofía del derecho*, número 7, 1990, pp. 291-313, pp. 293-294.

²⁶⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 172-175.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 168.

²⁶² *Ibid.*, pp. 175-176.

²⁶³ *Ibid.*, pp. 4-8.

²⁶⁴ No se ha asignado al derecho positivo ninguna posición definida, ya sea como una disciplina distinta de la ciencia o como una ciencia social o moral, cuando hubiera merecido una posición especial. “la especificidad del derecho positivo hubiera parecido merecer una consideración especial, que no ha tenido” (“*la spécificité du droit positif eût paru mériter une considération spéciale, que l'on n'y trouve pas*”). Esta situación vendría justificada, según Gény, debido a que el derecho positivo se ha considerado como un “arte un tanto empírico”. En palabras suyas, “Esta laguna puede explicarse, si no justificarse, por la estrechez del horizonte, en el que el derecho positivo ha sido considerado durante mucho tiempo no viendo en él más que un arte algo empírico” (“*Cette lacune s'explique - si elle ne se justifie pas - par l'étroitesse de l'horizon, sous lequel on a considéré longtemps le droit positif, en n'y voyant guère plus qu'un art quelque peu empirique*”). *Ibid.*, p. 171.

²⁶⁵ *Ibid.*, pp. 9-10.

²⁶⁶ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 18 de la introducción. En realidad, como bien explica López Hernández, la aportación a la filosofía del derecho ha sido de dos clases a lo largo de la historia: 1) un aporte “material” que consiste en fijar los “principios morales en los que

Gény constata que, entre los jurisconsultos franceses o belgas, habita la necesidad de un horizonte más abierto de la metodología del derecho, de una profundización mayor ²⁶⁷. Como recuerda Saleilles, hasta ahora el método había olvidado que la ciencia del derecho es principalmente una ciencia social que debe ofrecer soluciones prácticas adecuadas a la vida social ²⁶⁸. Incluso, como muestra Frydman, la “revolución científica” acabó encerrando el método en la voluntad del legislador, rompiendo con ese carácter científico supuestamente emancipador ²⁶⁹.

Para Gény, no hay dudas de que las ciencias sociales desempeñan un papel en la ciencia del derecho (creación, interpretación y aplicación del derecho) ²⁷⁰. Las ciencias morales o sociales presentan la dificultad de la complejidad de los fenómenos que estudian. No sólo observan la problemática de la actividad del hombre, sino que deben acordar sus conclusiones con el conjunto variado y siempre nuevo de elementos que produce la vida en sociedad ²⁷¹. Por lo que las ciencias sociales no se adaptan a ningún procedimiento metódico concreto. El que más se le acerca es el procedimiento

debería basarse todo derecho positivo”. 2) aporte “formal” que consiste en “conceptos técnico-jurídicos (equidad, analogía, clases de justicia, concepto de ley, de derecho subjetivo)” destinados a “explicar” y “a mejor aplicar el derecho vigente”. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 343. Gény ha realizado un aporte más bien formal y ha “intentado” asentar las bases del aporte material. Cuando Gény se refiere a que han existido estudios sobre filosofía del derecho pero no sobre derecho positivo entendemos que se refiere a que no se ha estudiado, hasta el momento en el que escribe, el problema de la fundamentación del derecho positivo por “medio” del propio derecho positivo, es decir, buscar en el propio derecho positivo una base filosófica (como lo pretendió la llamada Teoría General del Derecho o filosofía del derecho positivo) y una base empírica (como lo pretendieron las ciencias sociales y más concretamente la sociología general y la sociología del derecho). Igualmente, Gény ha tratado de llevar la filosofía hasta la práctica judicial (jurisprudencia positiva) con los esfuerzos puestos en la definición y explicación del ámbito técnico del derecho y sus interrelaciones con el ámbito científico del derecho. Gény ha tratado de revivir prácticas anteriores a lo existente en su época. En este sentido, Lacretelle, antes que Gény, ha tenido “(...) la feliz idea de llevar la filosofía a la jurisprudencia, y la literatura a la elocuencia judicial. Impresionado por el brillo y la importancia que esta unión de la filosofía, las letras y las leyes dio al antiguo orden de los abogados, afligido al ver que el orden de los abogados modernos se limitaba tímidamente a la discusión de las causas privadas que debía defender y de las leyes positivas cuya aplicación invocaba”. LACRETELLE, PIERRE LOUIS, *Oeuvres de Pierre Louis Lacretelle Ainé*, Tomo I, Bossange Frères Librairie, Paris, 1823, p. 19.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 11.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. XVIII prefacio por escrito por Raymond Saleilles. Alguno, como Saleilles, conciben la ley humana no tanto como la voluntad arbitraria del soberano sino como un producto sociológico. La ley vendría a ser “una traducción móvil y maleable de un estado social determinado” que emana de una voluntad formal pero que tiene “vida propia e independiente” y que, “evoluciona y se modifica con el mundo del cual es parte integrante”. Cfr. GÉNY, F., *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle...*, *op. cit.*, p. 22. Véase el Prefacio de Saleilles en GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. VII-VIII y XI-XII. Como afirman Saavedra y Maresca, “sin una teoría de la sociedad no se comprende el derecho, así como tampoco sin una crítica de la economía política y sin una teoría crítica del Estado”, SAAVEDRA, MODESTO y MARIANO MARESCA, *op. cit.*, p. 164.

²⁶⁹ Basado en FRYDMAN, B., *op. cit.*, p. 215.

²⁷⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 69-70.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 177.

deductivo, pero este tendrá que operar sobre la base de principios inciertos. Por lo que una vez obtenidos los resultados por deducción se tendrá que proceder seguidamente a corroborar esos resultados con la observación y la experimentación ²⁷². Las ciencias sociales presentan un carácter tan impreciso, con procedimientos metodológicos vagos que podría discutirse hasta su carácter científico ²⁷³.

Desde luego, se presenta a nosotros la problemática aguda de los hechos sociales y del modo en que hay que abordarlos científicamente.

Nos dice Gény que, en la ciencia del derecho, el campo destinado a buscar las leyes naturales de los fenómenos sociales recibe a veces el nombre de sociología ²⁷⁴. Gény deja claro que los postulados de la escuela sociológica son claramente inaceptables ²⁷⁵ y reitera en el prefacio del cuarto volumen de *Science et Technique* que su investigación no puede reducirse a la escuela sociológica ni a ser evaluada según su mayor o menor adecuación con los postulados de E. Durkheim ²⁷⁶. Todo ello hasta el punto de contestar a las críticas que se han realizado a su obra desde el “ideal sociológico”, ya que él no ha pretendido “realizar” ese ideal en ningún momento ²⁷⁷.

Según Fassò, la sociología es “una forma de conocimiento de los fenómenos sociales”, es una ciencia positiva de la sociedad, fundada exclusivamente en la observación de los hechos, lejos de toda ideología metafísica ²⁷⁸. Para Hernández Gil, no busca “principios superiores de la razón” que puedan determinar las leyes a las que responden los hechos ²⁷⁹. Es también, según Larenz, una ciencia que supera las palabras

²⁷² *Ibid.*, p. 179.

²⁷³ *Ibid.*, pp. 170-171.

²⁷⁴ *Ibid.*, pp. 2-3.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 91. Gény critica que Hauriou, teniendo en consideración elementos sociológicos, lejos de constituir una doctrina sociológica sólida, los ha tratado de manera dispersa y poco rigurosa. Por ello, según Gény, Hauriou no ha conseguido obtener de esos datos una ley dotada de “unidad lógica”. Para extraer alguna utilidad del caos de datos que proporciona la observación sociológica es necesario hacer intervenir la razón. Hauriou, persuadido como Hegel que todo lo real es racional, “no discute las tendencias sociales que observa”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 108-110.

²⁷⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. VI.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. VII.

²⁷⁸ Cfr. FASSÒ, G., *op. cit.*, p. 135. Según lo que expone Auguste COMTE en su *Cours de philosophie positive*.

²⁷⁹ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 182.

ya que se fija exclusivamente en los hechos. Si en alguna parte vemos claramente la influencia del concepto positivista de ciencia, “es aquí”²⁸⁰.

Para el método de la escuela sociológica toda moral queda fuera de “principios metafísicos” y puede ser conocida, al igual que la “naturaleza física”, por la vía estricta de procedimientos científicos²⁸¹. Lo que implica renunciar al carácter normativo de la moral y reducirla a una “moral práctica”, empírica, es decir, puramente contingente basada en observaciones sociales²⁸².

Sin embargo, para Géný, el derecho positivo no puede limitarse a obtener las “leyes naturales o reales de las relaciones humanas y sociales”, constatación de realidades, sino que es una disciplina normativa, que tiende a dirigir la voluntad y las acciones de los hombres; por ello tampoco podemos reducir el derecho positivo al ámbito exclusivo de “los métodos de investigación propiamente científicos” ya que lo condenamos a no ser más que puro empirismo y faltar así a su misión²⁸³.

Para Géný el método sociológico no puede proporcionar los “fines universales” de la “conducta social”; en otras palabras, no se pueden explicar los hechos sociales por los propios hechos sociales²⁸⁴. Aunque Géný no tiene problema en reconocer los aportes útiles de la escuela sociológica y en definitiva de todo conocimiento estrictamente científico sobre la naturaleza moral, no deja de criticar su falta de principios superiores que permitan interpretar las observaciones sociales²⁸⁵.

²⁸⁰ Cfr. LARENZ, K., *op. cit.*, p. 86. No obstante para Saavedra y Maresca, las ideologías, presentes en la sociedad moderna, “impiden desarrollar una lógica de las ciencias sociales al margen de una teoría de las ideologías”. Cfr. SAAVEDRA, MODESTO y MARIANO MARESCA, *op. cit.*, p. 152.

²⁸¹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 89-90.

²⁸² *Ibid.*, pp. 90-91.

²⁸³ *Ibid.*, pp. 179-181.

²⁸⁴ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.* pp. 82-83. Como bien explica Bobbio, el positivismo filosófico consiste en la teoría que pretende conocer los hechos por aplicación del método científico positivo. En este sentido, el positivismo filosófico es común con el positivismo jurídico entendido como “modo de aproximarse al estudio del derecho”, es decir, acercarse al estudio del derecho como hecho histórico y social, sin toma de posición valorativa. Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, *op. cit.*, pp. 90-91. Podemos afirmar que Géný es positivista en cuanto al método de estudio del derecho o del fenómeno jurídico, lo que no significa que es positivista para definir qué es el fenómeno jurídico (definición de derecho).

²⁸⁵ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 92-93. En este sentido, Géný ve la sociología (y por extensión las ciencias sociales) desde el monismo metodológico (un solo método explicativo para todas las ciencias) y no desde el dualismo metodológico nacido con la filosofía neokantiana y que atribuye a las ciencias naturales la tarea de *explicar* la realidad que observa, mientras que las ciencias del espíritu tienen como propósito *comprender* los fenómenos individuales, como puede

Queda claro que el derecho, para Gény, no puede ser conocido exclusivamente por vía de elementos sociológicos. Como observa Thomasset, el jurista debe volcarse sobre la realidad cotidiana de los hechos sociales tratando de captar su facticidad para enseguida preguntarse por el porqué y el cómo de las reglas jurídicas²⁸⁶. Como apunta Romero Sánchez, la importancia de los hechos sociales radica en su utilidad para la aplicación concreta de “principios de carácter metafísico” o de doctrinas (como la doctrina utilitarista inglesa)²⁸⁷. Igualmente, Larenz constata que la observación y generalización a la que proceden los juristas no se realiza exclusivamente desde la perspectiva de las *ciencias naturales* en la búsqueda de esa imparcialidad “en el espíritu científico”²⁸⁸.

Así, para poder descubrir “la ley de la actividad moral y social del hombre”, debemos acudir a “fuerzas auxiliares del intelecto”, distintas de los procedimientos metódicos que “reposan sobre una base intelectualista”, compuesta de “análisis por vías de conceptos” y “razonamiento abstracto” y operante por el pensamiento. Esas fuerzas auxiliares componen un “espíritu” o “ambiente” que será necesario considerar junto al uso de los procedimientos metódicos²⁸⁹.

Esas fuerzas auxiliares presentan dos problemas filosóficos: el problema del conocimiento y el de la acción. No obstante, sería demasiado arriesgado basar todo el derecho sobre un concreto sistema filosófico, pero es necesario, para cualquier obra del espíritu humano, basarse sobre una filosofía y, para Gény, la que conviene mejor para el derecho, es la “filosofía del sentido común” (“*philosophie du sens commun*”)²⁹⁰.

ser, comprender el sentido de las acciones humanas. Véase para la distinción entre monismo y dualismo metodológico MORESO, J. J., “Ciencia jurídica y dualismo metodológico”, *op. cit.*, pp. 293-295.

²⁸⁶ Cfr. THOMASSET, CLAUDE, “Epilogue : l’actualité de François Gény et son œuvre”, *Revue trimestrielle de droit civil*, número 2, 2010, pp. 279-284, pp. 279-280.

²⁸⁷ Cfr. ROMERO SÁNCHEZ, CÁNDIDO, “El concepto de “libre investigación científica” de F. Gény: una teoría de la interpretación jurídica entre el positivismo y la sociología del derecho”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, número 6, 1994, pp. 235-244, p. 241.

²⁸⁸ Cfr. LARENZ, K., *op. cit.*, p. 87 basado en Ehrlich, *Fundamentos de Sociología del Derecho*.

²⁸⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 181-182.

²⁹⁰ En cuanto a la “filosofía del sentido común” tenemos que hacer dos observaciones. La primera observación recae sobre la noción de “filosofía” que es entendida por Gény como “un conjunto de ideas y opiniones, relativamente estables, a partir de las cuales ordenamos el contenido de la experiencia”. Gény aclara que no podemos construir un sistema de derecho positivo sobre un único sistema filosófico, dado que todo sistema filosófico no tiene más que un valor subjetivo, si no queremos poner en peligro toda la construcción que se vería así fácilmente derrotable. *Ibid.*, p. 73. Es importante poner de relieve, como lo hace Carpintero Benítez, que las teorías que se elaboran, sobre todo en el ámbito de la moderna ciencia y filosofía, parten de unas bases (hipótesis) que ellas mismas producen con su propia técnica y que

Gény no entiende por “sentido común” (“*sens commun*”) un sentido “fijo, inmutable”, sino más bien un “sentido común” “vivo y progresivo” que se enriquece de los logros de la filosofía general, “queda abierto a todas las nuevas influencias que puedan rectificar los prejuicios antiguos o esclarecer las concepciones corrientes” y buscar integrar constantemente los resultados de la experiencia colectiva ²⁹¹. Esta filosofía se basa sobre un realismo moderado que no niega “el valor de la idea”, pero mantiene la existencia de “entidades externas al espíritu” por lo que, según Gény, se asemeja a la *philosophia perennis* de Leibniz. Trabaja de continuo en “flexibilizar” esas “verdades fundamentales, sobre las cuales siempre la humanidad ha descansado y trabajado” ²⁹².

dependen en última instancia de la posibilidad que esas bases (hipótesis) puedan alcanzar el resultados deseado. El riesgo de este proceder radica en “la exclusión de algunas notas o caracteres de la realidad que ha de ser estudiada” porque el estudio siempre habrá “de cargar con el peso de lo que él suprime”. Cfr. CARPINTERO BENÍTEZ, F., “Métodos científicos y método del derecho: una historia superada”, *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, número 62, 2010, pp. 29-58, pp. 32-33. Por ello Gény, en su ánimo de integración de toda la realidad (tanto física como moral) no puede limitarse por ninguna teoría (ni filosofía) exclusivamente científica o modernista. Como dirá Gaudemet, la obra de Gény es ya por sí misma una filosofía. Cfr. GAUDEMET, EUGÈNE, “L’oeuvre de Saleilles et l’oeuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit”, *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Gény*, Tomo II, Recueil Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 5-16, p. 13. La segunda observación es relativa a la noción de “sentido común” (“*sens commun*”). Gény asemeja la idea de “sentido común” (“*sens commun*”) a la idea de “buen juicio” (“*bon sens*”). Se refiere a pensadores como Ollé-Laprune, y Brunschvicg. Como veremos un poco más adelante, Gény asemeja la “filosofía del sentido común” a la “*philosophia perennis*” de Leibniz. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 72-73. Pensamos que la idea de “sentido común” a la que alude Gény se aproxima a la idea de *Sensus communis* de los Romanos que incluía no sólo lo que entendemos hoy día por “sentido común”, sino la idea de “humanidad” y “sensibilidad”. Cfr. VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, le chasseur abstrait, edición de 2005, entrada: Sens commun. Por ello no somos de la idea de Dissaux que quita rigor al pensamiento filosófico de Gény al criticarle preferir el “simple” “sentido común” a un particular sistema filosófico concreto. Véase DISSAUX, N., *op. cit.*, p. 419. Como dirá Ollé-Laprune, no se trata de restringir la filosofía a un “fácil y mediocre comentario del sentido común”. Hay varios tipos y grados de sentido común. Se trata de buscar “simplemente”, “ingenuamente” y “sin maldad” la idea de las cosas. Se distingue un “sentido común adquirido” es el que proviene del conocimiento de la cultura, es decir, de la religión, la legislación y costumbres, las artes, la literatura, y las ciencias a lo que se incluye la “experiencia de la vida” y un “sentido común primitivo” que se refiere a las ideas que residen en todos los espíritus, que se encuentran en el “fondo de las cosas” y en el “fondo del espíritu”. Cfr. OLLÉ-LAPRUNE, LÉON, *La philosophie et le temps présent*, Belin Frères, 3ª ed., Paris, 1898, pp. 188-191, 373.

²⁹¹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 73-74. Incluso Gény acuñará, en el Tomo IV de *Science et Technique*, el término de “filosofía del sentido común progresivo” (“*philosophie du sens commun progressif*”). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 146.

²⁹² Esas verdades son: -Realismo moderado que acepta el valor de la idea, pero reconoce la existencia de objetos externos a la idea o al espíritu. -Dualidad entre sujeto cognoscente y objeto conocido, -Objetividad del conocimiento por la coincidencia de las representaciones en los seres pensantes, -Principio de identidad y de no contradicción que sostiene una lógica infalible, -Principios indispensables para un conocimiento racional: Principio de razón suficiente (todo lo que es o se hace tiene una razón de ser), Principio de causalidad (todo lo que comienza a existir tiene una causa). Principio de las leyes (en las mismas circunstancias, las mismas causas producen los mismos efectos), Aspiración hacia un fin

Para aplicar esa filosofía del sentido común, Gény se basa en la “filosofía nueva”, una corriente de ideas reciente que Gény incorpora a su análisis a título individual por el hecho de que dicha corriente de ideas todavía no goza de un consenso colectivo ²⁹³.

Según Gény, las ciencias sociales (morales) normativas postulan necesitar de esa combinación entre la “intuición profunda” de la realidad y la voluntad, como “acción reguladora” “capaz de influir sobre la realidad”, puestas de manifiesto por la corriente de la “filosofía nueva” ²⁹⁴. Así el proceder metodológico del derecho positivo puede resumirse como sigue:

1) Primero debemos observar las realidades físicas, psicológicas, morales, políticas, económicas, sociales, e incluso las realidades jurídicas (entendidas como el conjunto de construcciones previas) que intervienen en una situación de hecho dada ²⁹⁵.

2) Seguidamente debemos analizar esas realidades, apoyados en investigaciones históricas y en todos los procedimientos metódicos, añadiendo el sentimiento profundo (la creencia) para afinar la observación, y proceder a su síntesis “para mantener la cohesión de las realidades” bajo la intuición (que nos permite la “penetración profunda”) ²⁹⁶.

3) Por último obtenemos como resultado esa “fórmula de vida social” que hay que adaptar a unos determinados hechos, teniendo en cuenta la problemática de la acción y en vista de la consecución del fin buscado ²⁹⁷.

En definitiva, el derecho positivo necesitará, para su estudio metódico, de los procedimientos científicos obtenidos por la razón más los elementos de investigación revelados por la “filosofía nueva”, concretamente la creencia, la intuición y la técnica

inteligible capaz de dar un sentido al mundo, Principio del deber (basado en la distinción del bien y del mal que ofrece la conciencia que dirige la voluntad del hombre, el cual se considera como libre). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 73-74.

²⁹³ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 75.

²⁹⁴ *Ibid.*, pp. 184-185. Las ciencias sociales, denominadas normativas, en las que Gény incluye tanto la moral como el derecho, requerirán de postulados “aptos para determinar la conducta de los hombres”, con una puesta en práctica particular, distinta de la científica. *Ibid.*, p. 70.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 189.

²⁹⁶ *Ibid.*, pp. 190-191.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 192.

(entendida como adecuación de los medios a los fines)²⁹⁸. Es más, como bien observa Segura Ortega, la verdadera pregunta radica en saber, hasta qué punto más allá de los principios de razón que ilustran la ciencia, puede intervenir el principio de la voluntad, como elemento que empuja a la creación²⁹⁹.

Pasamos ahora a ver con más detalle las nociones de creencia y de intuición como elementos de la *filosofía nueva*.

2.1.2. La filosofía nueva: creencia e intuición

2.1.2.1. La intuición

La filosofía nueva es una filosofía que nace como “reacción necesaria al hiperracionalismo”, basada en una unión entre pensamiento y acción³⁰⁰. Gény parte de la teoría evolucionista y constata (aceptando) que “las cosas del mundo” sujetas a la idea de duración, están en movimiento, en una variación constante³⁰¹. Así, esa “filosofía nueva” se presenta como necesaria para “corregir” la rigidez del intelecto que fragmenta y disocia el concierto natural de las cosas. Esa rigidez se corrige por la intuición. La intuición se presenta como “un modo de conocimiento más sutil que el intelecto puro que se instala en el corazón mismo de la realidad, la penetraría desde dentro y, dejándose llevar por ella, la seguiría en ese movimiento incesante”. En esta filosofía, la idea de movimiento y acción son fundamentales³⁰².

No obstante, la intuición sigue siendo una facultad misteriosa. No conocemos todavía su mecanismo ni hemos observado de “forma tangible y decisiva su puesta en práctica”. Y aunque la “descomposición esquemática” y los procedimientos intelectuales (conceptos, palabras, etc.) pueden no ser suficientes, son los únicos instrumentos que poseemos para captar lo real por vía del espíritu y no podemos

²⁹⁸ *Ibid.*, pp. 186-187.

²⁹⁹ Cfr. SEGURA ORTEGA, M., *op. cit.*, p. 440. Basado en las ideas de Kantorowicz.

³⁰⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 75-76.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 80.

³⁰² *Ibid.*, pp. 80-81.

sacrificarlos completamente a favor de la intuición³⁰³. Trataremos de reajustar los procedimientos intelectuales aplicando “buena voluntad” y una “cierta destreza” con tal de evitar los resultados nefastos de una penetración en la zona peligrosa de especulación pura donde se procede a aplicar de modo exclusivo los procedimientos de “descomposición esquemática” y de “análisis”³⁰⁴.

Según Gény, la intuición trata de abordar las cosas en toda su “complejidad moviente” que no pretende el análisis sino más bien la constitución integral de la realidad huidiza, una “experiencia integral”³⁰⁵. Se presenta como un acto intelectual *sui generis* que reacciona frente a “las tendencias del espíritu de disociar y fijar las cosas” y se aplica a todos los problemas jurídicos, incluido los más prácticos (estudio de jurisprudencia, el examen de expedientes, el análisis de actas, formularios, etc.)³⁰⁶. Situaremos la intuición en dos momentos distintos, uno “antes de la descomposición esquemática, para dirigir su conducta” y otro “después de esta operación, para concentrar los resultados bajo un punto de vista unitario”³⁰⁷.

Bergson juega un papel importante en la comprensión que Gény va a tener de esa *intuición*. Para Fraguiero, y según Toutsakovitch, la “ciencia” en la doctrina de Gény corresponde exactamente al *intuicionismo* o la idea de *intuición* de Bergson³⁰⁸ y la técnica corresponde a la idea de *inteligencia*³⁰⁹. A este respecto, pensamos que el concepto de “intuición” en Gény, se “inspira” de la filosofía de Bergson, pero en ningún

³⁰³ *Ibid.*, p. 84. Aclarando, sucintamente, el alcance de la idea de “intuición” de Bergson y como esta difiere de la “intuición intelectual” o de un conocimiento metafísico, podemos, en primer lugar decir que la intuición de Bergson es aplicable exclusivamente al conocimiento de las realidades físicas lo que la distingue de otro tipo de “intuición” aplicable al conocimiento de las realidades trascendentales o metafísicas. La filosofía de Bergson se limita a una filosofía del conocimiento científico-empírico que supera el racionalismo. Sin embargo, no aborda el problema de la ciencia metafísica. Véase sobre este punto a GUÉNON, RENÉ, *La crise du monde moderne*, Paris, 1927, concretamente su Capítulo III titulado “conocimiento y acción”. Véase igualmente GUÉNON, RENÉ, *Le règne de la quantité et les signes des temps*, Paris, 1945, particularmente el Capítulo XIII titulado “los postulados del racionalismo” y el Capítulo XXXIII titulado “el intuicionismo contemporáneo”.

³⁰⁴ *Ibid.*, pp. 141-142.

³⁰⁵ *Ibid.*, pp. 143 y 183.

³⁰⁶ *Ibid.* pp. 144-145.

³⁰⁷ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 86.

³⁰⁸ Para Bergson, la intuición es sobre todo un instrumento de conocimiento. Véase BERGSON, HENRI, “L’intuition philosophique”, *Conférence faite au Congrès de Philosophie de Bologne*, 1911.

³⁰⁹ Según la exposición que hace Toutsakovitch de Fraguiero, Alfredo, Profesor suplente en la Universidad de Córdoba (Argentina), que ha escrito un artículo llamado: “El intuicionismo Bergsoniano en la filosofía del derecho”, en *Recueil en l’honneur de Bergson*, pp. 158-178. Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, pp. 78-79.

momento se limita a este³¹⁰. El error de Fraguero, según Toutsakovitch, es que la ciencia no se aprehende exclusivamente por la intuición ni la técnica es obra exclusiva de la inteligencia³¹¹. La inteligencia para Gény se resume en las operaciones del intelecto y el intelecto debe ir destinado a la búsqueda de la verdad jurídica (que define Gény como la adecuación entre la cosa y el concepto que la conoce)³¹². Para Toutsakovitch la intuición no es una simple impresión “confusa y vaga que se desprende del contacto con lo real”³¹³. Es un verdadero conocimiento de lo real. Por lo que la intuición deberá acompañar a la inteligencia pura³¹⁴. La inteligencia pura observa la realidad y la intuición ayuda a recomponer un todo³¹⁵. Así conseguimos ampliar el campo de acción del intelecto y acercarlo más a la verdad jurídica³¹⁶.

Aunque es cierto, como afirma Dissaux, que la toma de conciencia filosófica de la vida y del tiempo es un fenómeno propio del espíritu de la época en la que escribe Gény y no procede en exclusiva de Bergson. Pero Gény ha usado la idea de intuición de Bergson, que se presenta sobre todo como “un instrumento de conocimiento” con el fin de “acreditar la objetividad y la científicidad de su empresa” al acercar su pensamiento al de un filósofo reconocido y de este modo “espantar el monstruo del voluntarismo”³¹⁷.

Es más, según Dissaux, la idea desestructurada e inaprensible de intuición que tiene Gény, junto a la movilidad de los conceptos en el que necesariamente se encierra toda realidad positiva nueva observada, lleva al intérprete a darse sus propios conocimientos sobre el derecho (sus propios “datos”), no quedando sujeto más que a su

³¹⁰ Gény adopta, pero con reservas, el movimiento de la “filosofía nueva” ya que este, aun siendo incipiente, no ha sido confirmado por el paso del tiempo. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 75. Es más Gény es clasificado como un “neoescolástico” lo que entendemos que lo aleja significativamente de la filosofía bergsoniana. Véase FRANKLIN, MITCHELL, “M. Gény and juristic Ideals and Method in the United States”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo II, Recueil Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 30-48, p. 33 y PETIT, CARLOS, “« A contributor to the method of investigation ». Sobre la fortuna de Gény en America”, *op. cit.*, pp. 231-232.

³¹¹ Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 89.

³¹² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 160 y 162.

³¹³ Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 91.

³¹⁴ *Ibid.*, pp. 54-55.

³¹⁵ Basado en las ideas de Bergson. *Ibid.*, p. 50.

³¹⁶ El concepto de intuición no es tan extraño al mundo jurídico. Mayda observa “la gestación del concepto de “intuición”, desde el glosador Bartolo, pasando por, entre otros, el canciller Kent, Büllow, Bergson (inspirador de Gény), Kantorowicz, Ehrlich hasta el “sentimiento disciplinado” del juez Frankfurter”. Cfr. MAYDA, J., “Gény and the common-law world: Thirty years later”, *op. cit.*, p. 197.

³¹⁷ Cfr. DISSAUX, N., *op. cit.*, p. 419.

propio sistema³¹⁸. No obstante, Gény recuerda que la crítica de las ciencias, lejos de haber concluido sobre la realidad definitiva de los axiomas, hipótesis y teorías que las conforman, ha resultado en afirmar su carácter convencional y las ha aceptado por su comodidad y eficacia para dirigir los espíritus de manera uniforme³¹⁹. Gény se preocupa de fundar una ciencia del derecho positivo conforme a su objeto, aunque para ello deba reconocer “postulados” proveniente de la creencia y la intervención de la intuición para hacer de la investigación algo objetivo de conformidad con la naturaleza del objeto estudiado. Si todas las facultades del hombre se mantienen dentro de su rango de acción propio, se podrá asegurar el carácter científico de los resultados³²⁰.

2.1.2.2. La creencia

Gény reconoce que el derecho es una combinación de ciencia y de creencia³²¹. Tanto la ciencia como la creencia son necesarias para “marcar el camino de la voluntad humana”³²². El hombre actúa en el mundo haciendo uso de todas sus facultades, incluida la creencia³²³.

La razón pura sólo puede revelar principios abstractos que resultan insuficientes para regular la vida social³²⁴. Debe apoyarse sobre la conciencia moral³²⁵. Así la conciencia moral (o la razón práctica) sugiere una serie de preceptos morales revelados por la creencia³²⁶. Todos estos preceptos de orden moral, religioso, político o

³¹⁸ *Ibid.*, p. 419.

³¹⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 82-84.

³²⁰ *Ibid.*, pp. 8-9.

³²¹ Gény recoge en este pasaje cuatro ideas claves que intervienen para definir la noción de derecho: la creencia, la intuición, la razón y la naturaleza. En palabras del propio Gény: “(...) para mí, el derecho, según se obtiene de la ciencia y la creencia, sigue siendo esencialmente una construcción racional, basada en elementos proporcionados por la naturaleza” (“(...) *pour moi, le droit, tel que le peuvent dégager la science et la croyance, demeure essentiellement une construction rationnelle, établie sur des éléments fournis, par la nature*”). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 419.

³²² *Ibid.*, p. 421.

³²³ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 44.

³²⁴ *Ibid.*, p. 187.

³²⁵ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 99.

³²⁶ Esa creencia permitirá guiar al hombre hacia el cumplimiento de su destino. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 187.

económico se manifestarán en el “seno de la vida social” bajo la forma de la creencia³²⁷.

Se observa claramente que la creencia forma parte de las realidades psicológicas del hombre y es distinta de las “cosas sensibles”, concretamente, se encuentra por encima de ellas y se aplica sobre ellas³²⁸.

En cuanto al ámbito propio del derecho, la creencia aparece en toda investigación jurídica y se sitúa en sus inicios, como la “creencia en la justicia”³²⁹. A ella se le suma el resto de preceptos de la conciencia moral, todavía vagos. Estos preceptos se concretarán por vía deductiva, no por deducción científica (que opera guiada por el concepto de identidad), sino por una deducción “temperada” (guiada por el concepto de analogía³³⁰), es decir, una deducción basada en analogías y “observaciones”³³¹.

Así a las “reglas de orden lógico” (axiomas obtenidos de las ciencias no morales) deberán completarse con las “reglas de orden moral” (postulados obtenidos de la conciencia moral) reveladas por la creencia y de esto modo se establece una regla de derecho que puede “satisfacer la razón”, “orientar” y “mover” la voluntad³³².

Para Toutsakovitch, la creencia provendría de la “síntesis entre razón y voluntad”³³³. Para Magnon, sin embargo, entre ciencia y creencia existe una “diferencia de intensidad” para llegar a la verdad. Lo que les diferencia son los instrumentos que usan para llegar a la verdad³³⁴.

³²⁷ *Ibid.*, p. 141.

³²⁸ *Ibid.*, p. 111.

³²⁹ *Ibid.*, p. 190.

³³⁰ Como explica Gény, “el procedimiento metodológico parece estar dominado por el concepto de identidad, a veces degradado y degenerado en el de la analogía” (“*la procédure méthodologique semble dominée par le concept d'identité, parfois dégradé et comme dégénéré en celui d'analogie*”). *Ibid.*, p. 174.

³³¹ *Ibid.*, p. 190.

³³² *Ibid.*, pp. 187-189.

³³³ Cfr. Toutsakovitch, M. D., *op. cit.*, p. 61 nota a pie de página núm. 119.

³³⁴ Cfr. MAGNON, XAVIER, “Commentaire sous la méthode de la libre recherche scientifique de F. Gény”, *Les grands discours de la culture juridique*, 2017, pp. 1-12, p. 8. Sobre la problemática de la suficiencia de los instrumentos epistemológicos de la ciencia para aprehender la totalidad de lo real. ver GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 80-85.

2.2. Epistemología jurídica

Gény va a tratar de hacer una “teoría del conocimiento aplicado al derecho” o una “epistemología jurídica”³³⁵. Se trata de esclarecer las problemáticas de la abstracción y de la generalización, de la lógica y los modos de conocimiento del derecho, de las concepciones y las construcciones intelectuales. Todo ello ya esbozado en *Méthode d'interprétation*³³⁶. Para Peset Reig, la epistemología de Gény trata del “modo de aplicar las facultades intelectuales”, “una reflexión acerca de la marcha del entendimiento en el derecho”, en definitiva “una lógica de estilo clásico con aditamentos de psicología fundamental inspirada en Henri Bergson”³³⁷.

Gény pretende mostrar las operaciones del pensamiento, fijar su papel y determinar las condiciones de su eficacia en la elaboración del derecho con el fin de invitar a los jurisconsultos, que quieran tener plena conciencia de las cosas, a acoger, como se merece, dentro de sus preocupaciones e investigaciones sobre el derecho, el problema planteado por la distinción entre ciencia y técnica. Hasta el momento en el que escribe Gény, no se han hecho estudios serios sobre la distinción entre ciencia y técnica del derecho³³⁸. Gény pretende ofrecer una epistemología jurídica que sea de aplicación tanto para la elaboración científica como técnica del derecho³³⁹.

El derecho se sitúa fuera de la esfera sensible y aunque pretenda actuar en ella, se forja primero en el pensamiento, por operaciones intelectuales, como idea racional³⁴⁰. Los juristas deberán partir del análisis de las operaciones intelectuales, llevado a cabo en las demás áreas del saber, inspirándose del trabajo de sus predecesores y

³³⁵ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 103.

³³⁶ *Ibid.*, p. 107.

³³⁷ PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 528.

³³⁸ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 107.

³³⁹ *Ibid.*, p. 100. Sobre la base de la epistemología jurídica podrá nacer tanto una metodología para la ciencia del derecho como una metodología para la técnica del derecho. En este sentido, afirma Sánchez Zorrilla, que la metodología es “la parte técnica” de la epistemología. Cfr. SÁNCHEZ ZORRILLA, MANUEL, “Apuntes para una metodología jurídica: la idea de marco teórico”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, número 13, 2010, pp. 297-310, p. 298.

³⁴⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 110.

partiendo siempre de la idea de que cada disciplina se hace su propio método³⁴¹. En el caso del derecho, se necesitará hacer uso de todas las facultades intelectuales³⁴².

Los procedimientos intelectuales aportan al conocimiento un “mínimo de eficacia” y contribuyen a conseguir la unidad, la simplicidad y la inmovilidad propia a todo conocimiento. Permiten “simplificar” y “regularizar” el trabajo del espíritu sobre una realidad que es “variada, compleja y movediza”³⁴³. Es normal que la filosofía de la ciencia tenga dudas sobre el valor epistemológico de los procedimientos intelectuales del conocimiento³⁴⁴. Más allá de la cuestión de la utilidad posible de esos procedimientos para operar en el ámbito de la metafísica, y sin querer profundizar en el problema teórico de delimitar su valor en vista a la obtención de un conocimiento objetivo³⁴⁵ de la realidad, podemos creer, que esos procedimientos aplicados al conocimiento científico, permiten obtener un conocimiento objetivo³⁴⁶.

En el mundo de la elaboración científica del derecho, los procedimientos intelectuales funcionan como modos de conocimiento. Van destinados a obtener el conocimiento de las cosas. Pero en la elaboración técnica del derecho, como veremos más adelante, esos procedimientos intelectuales irán destinados a la acción y vendrán moldeados por la voluntad. Se volverán más útiles y fecundos y permitirán conseguir el fin que se propone el derecho³⁴⁷.

2.2.1. Etapas del entendimiento: noción, regla, sistema, construcción.

Primera etapa: la noción jurídica

Existe en el jurisconsulto la necesidad de plasmar ciertos aspectos de la realidad que se manifiestan ante él por vía de representación en una “entidad ideal”. Esta entidad

³⁴¹ *Ibid.*, p. 108.

³⁴² *Ibid.*, p. 102.

³⁴³ *Ibid.*, pp. 126-127 y 135.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 126.

³⁴⁵ Gény muestra que esa objetividad puede fundarse en el “subconsciente”, en la “convicción”, o en el reconocido éxito de la ciencia en la práctica. *Ibid.*, pp. 127-130.

³⁴⁶ *Ibid.*, pp. 127-128.

³⁴⁷ *Ibid.*, pp. 162-164.

ideal no sería más que la “idea general del objeto”. Gény se apoya, para explicar ese proceder intelectual, en el término alemán *Begriff*. Este término se traduciría en los términos de noción o concepto. La noción representaría “la entidad ideal” y el concepto representaría el modo de conseguirla ³⁴⁸.

El concepto, como medio, trata de extraer la esencia lógica por vía de comparación con otras ideas previas, con lo “ya conocido”. Vemos que la “virtud del concepto reside fundamentalmente en la analogía que manifiesta” con el resto de las cosas ³⁴⁹. El concepto no deja de ser un revestimiento lógico sobre las cosas para hacerlas aprehensibles al espíritu y bajo el cual aparece el fondo material (la cosa) que trata de conocer ³⁵⁰.

La primera etapa, en la progresión de las operaciones intelectuales se encuentra en la noción jurídica como resultado del concepto. La noción jurídica se manifiesta como esa “entidad ideal” que trata de captar el objeto del derecho, es decir, una “representación en ideas de los intereses, que se desprenden de las realidades psicológicas”. Las realidades psicológicas son el conjunto de emociones, sentimientos, deseos, inclinaciones, pasiones, creencias, hábitos, que son distintos y superiores a las cosas sensibles, y penetran en nuestro espíritu por vía de imágenes, que, poco a poco, se transforman en ideas ³⁵¹. Las realidades psicológicas forman el sustrato de todo problema jurídico y la representación en ideas de esas realidades está a la base de la elaboración del derecho positivo ³⁵².

Segunda etapa: la regla de derecho

Esas ideas representadas deben posteriormente equilibrarse ³⁵³. Para ello, en una segunda etapa, esas mismas ideas deben enjuiciarse, según “una relación de

³⁴⁸ *Ibid.*, pp. 146-147.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 148.

³⁵⁰ *Ibid.*, pp. 148-149.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 110.

³⁵² *Ibid.*, p. 136.

³⁵³ *Ibid.*, p. 110.

preponderancia o equivalencia” para plasmar el resultado en una proposición enunciativa de esa relación, llamada “regla de derecho”³⁵⁴.

Por último, una vez obtenida la regla de derecho, la jurisprudencia positiva y la legislación, deberán organizar la aplicación de esa regla de derecho por vía de procedimientos técnicos, buscando “la realizabilidad formal del derecho”³⁵⁵.

Tercera etapa: el sistema de derecho

En una tercera etapa, sobre la base del “examen individual”, el estudio de casos particulares, la comparación entre especies, se obtienen nociones que, por vía de abstracción y generalización, se elevarán a ideas independientes, esquemáticas y generales que buscan alcanzar la unidad de conocimiento. Este proceso se acompaña de los procedimientos formales de las palabras, las definiciones, las divisiones, las clasificaciones, las categorías y se complementan por “los principios directores de todo conocimiento: inducción, deducción, análisis, síntesis, comparación, analogía”. Todo ello con el fin de constituir un sistema de derecho. El sistema de derecho busca obtener del conjunto de esas ideas, una sistematización de nociones y reglas, es decir, un todo coherente y adecuadamente ligado “según las exigencias más profunda de nuestra naturaleza”³⁵⁶.

Queremos hacer mención en este punto a los principios jurídicos. Gény no los clasifica como parte de los procedimientos intelectuales, pero estos intervienen en la elaboración científica y técnica del derecho. Los principios jurídicos se incluyen dentro del sistema de derecho, según la definición de este último.

Para Gény, los principios jurídicos son reglas universales construidas sobre la base de soluciones individuales, casos particulares, por vía de abstracción y generalización. Son “entidades reales con valor objetivo porque provienen de la

³⁵⁴ La regla de derecho se define como la “afirmación de una relación de preponderancia o equivalencia entre los intereses, derivados de las realidades psicológicas, arriba reconocidas, y previamente traducidos en ideas” (“*affirmation d’un rapport de prépondérance ou d’équivalence entre les intérêts, issus des réalités psychologiques, ci-dessus reconnues, et précédemment traduits en idées*”). *Ibid.*, pp. 111-112.

³⁵⁵ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d’interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 189-190.

³⁵⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 112-113.

naturaleza de las cosas” (aunque puedan existir varias clases de principios)³⁵⁷. Los principios jurídicos se expresan como un precepto por fórmulas más o menos artificiales, pero “netamente definido y formulado en términos lógicos” que debe contener una “síntesis de realidades” que “traduce una idea general, más que un resultado”³⁵⁸. Estos principios son síntesis de realidades “con el mínimo indispensable de revestimiento conceptual”³⁵⁹.

Cuarta etapa: la construcción jurídica

Por último, de ese conjunto de elementos que conforman el entendimiento (noción, regla, sistema) y que parten de la observación de la realidad de la vida, el espíritu se desprende del peso de la realidad y de las circunstancias concretas para elaborar “nociones puras”, organizadas según su propia naturaleza, imponiendo conceptos separados de toda realidad que se combinan con otros conceptos para formar una construcción jurídica, puramente abstracta³⁶⁰.

La construcción jurídica es un “esfuerzo del pensamiento” frente a las reglas jurídicas, para fijar una institución por vía de una combinación de “conceptos, palabras, definición, clasificaciones, razonamientos” que tiene el valor de una hipótesis (en su acepción científica)³⁶¹.

La construcción jurídica abstracta se presenta como la última etapa, dentro de las operaciones intelectuales de elaboración del derecho positivo, y mediante el uso del razonamiento lógico, solidifica y estanca el resultado de las operaciones intelectuales y

³⁵⁷ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 188. El principio se extrae de las exigencias sociales de una determinada época. Esas exigencias sociales varían de época en época. *Ibid.*, p. 188 nota a pie de página nº 3. Podemos pensar también en principios superiores a los hechos sociales (y sus exigencias) que conformarán también el sistema de derecho. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 156.

³⁵⁸ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 45. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 124.

³⁵⁹ Gény, tomando como ejemplo el derecho sucesorio, trae a colación algunos principios expresados en reglas (como aquel que insta a llamar en primer lugar a los herederos testamentarios sobre los herederos de sangre, el principio que establece el orden jerárquico entre los herederos *ab intestato*, etc.). En esos principios Gény “no ve más que síntesis de realidades con el mínimo de revestimiento conceptual” (“*Car, en tout cela, nous ne voyons que des synthèses de réalités avec le minimum indispensable de revêtement conceptuel*”). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 138-139.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 113.

³⁶¹ *Ibid.*, pp. 158-159.

transforma el sistema de derecho en un “vasto esquema” lleno de compartimentos estancos e impermeables ³⁶². Varias construcciones jurídicas permiten obtener una sistematización del derecho ³⁶³.

Se extrae, como resumen, de esa progresión de las operaciones intelectuales, un caminar desde realidades (éticas, económicas) hacia elemento lógicos ³⁶⁴.

2.2.2. *Procedimientos intelectuales generales: palabra, definición, división, clasificación. Lógica.*

Palabra, definición, división, clasificación

Para operar en el intelecto el concepto debe traducirse en palabras y fórmulas para fijarse de un modo suficiente y así poder ser eficaz. La palabra expresa “el concepto en su unidad y simplicidad” y la fórmula es el resultado de la combinación del concepto con otros conceptos ³⁶⁵.

Así, las palabras y las fórmulas (el lenguaje) van a permitir dar la seguridad y la precisión que requiere el derecho. Pero el lenguaje no puede ser asimilado con las concepciones ni con las realidades subyacentes. No es más que un instrumento que vehicula representaciones y facilita la comunicación. La precisión del lenguaje (de la semántica) será cosa de técnica más que de ciencia ³⁶⁶.

³⁶² Como indica Gény más detalladamente: “En esta última etapa de la elaboración intelectual del derecho positivo, que se encuadra dentro de la construcción abstracta, el razonamiento lógico sigue siendo el único medio de aplicación de las concepciones, las cuales organiza con vistas a teorías. Las realidades han desaparecido, las ideas tienden a fijarse en palabras, y los juicios se convierten en fórmulas. El sistema de derecho se erige en un vasto esquema con muchos compartimentos rígidos, separados por tabiques estancos. El espíritu jurídico ha vencido la materia social y la somete, imperiosa y caprichosamente incluso, a sus exigencias” (“*A ce dernier stade de l'élaboration intellectuelle du droit positif, se marquant dans la construction abstraite, le raisonnement logique reste seul metteur en oeuvre des conceptions, qu'il organise en vue de théories. Les réalités ont disparu, les idées tendent à se figer en mots, les jugements passent en formules. Le système du droit s'érige en un vaste schéma aux compartiments nombreux, rigides, séparés par des cloisons étanches. L'esprit juridique a vaincu la matière sociale et la soumet, impérieusement, capricieusement même, à ses exigences*”). *Ibid.*, p. 114.

³⁶³ *Ibid.*, p. 158.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 114.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 150.

³⁶⁶ *Ibid.*, pp. 151-152.

La definición aparece como la forma de precisar el significado de las palabras (es por tanto elemento técnico), y por ende de precisar el concepto. Se procederá por el procedimiento general del conocimiento, concretamente, se conecta el objeto a definir a un “género próximo” (previamente establecido) para poder extraer de allí la diferencia específica que va a caracterizar ese objeto que se quiere definir. La definición jurídica será entonces una mezcla entre una “definición geométrica” (como construcción a priori del espíritu) y una definición empírica (deducida *a posteriori* y siendo válida en la medida en que se conforma con las cosas), por lo que siempre estarán sujetas a variación ³⁶⁷.

La división aparece como la “prolongación” de la definición principal. Supone un desmembramiento de esta para proceder a su “desarrollo metódico” y constituir así definiciones subordinadas. La división, llevada a cabo de una forma racional y lógica, se convertirá en una clasificación ³⁶⁸ con la advertencia perpetua de que debe prevalecer una visión teleológica de las divisiones sobre un entendimiento racional que exagera la sistematización de los elementos esenciales que han podido llevar a concebir esta distinción (como ha sucedido con las divisiones entre derecho real y de crédito) ³⁶⁹.

La lógica: abstracción, generalización, inducción, deducción.

Una vez que la abstracción y la generalización se elevan hasta un punto donde quedan desconectadas de lo real, ya no pueden servir de instrumentos para el conocimiento científico del derecho y solo pueden servir, en su caso, como “instrumento técnico para adaptar el derecho a la práctica conforme a las exigencias de la vida” ³⁷⁰. Con el uso de la abstracción siempre existe el riesgo de alejarnos de las realidades ³⁷¹. La abstracción y la generalización llevadas al extremo, es decir,

³⁶⁷ *Ibid.*, pp. 153-154.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 154.

³⁶⁹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 139.

³⁷⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 136.

³⁷¹ Ver ejemplos sobre los excesos producidos por las abstracciones en GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 135 y ss., 138 y ss., 141 y ss., 149 y ss.

completamente separadas de la realidad, operan como instrumentos “que giran en el vacío”³⁷².

El modo de rectificar el rigor de la abstracción y de la generalización pasa por “una orientación complementaria que es, a la vez, acto de sentimiento, de inteligencia y de voluntad, es decir, obra del hombre entero, que se sitúa frente a la realidad viva”. Esta orientación complementaria, puede llamarse, intuición. La intuición deberá operar cuanto mayor sea la abstracción y la generalización³⁷³.

A la luz de la naturaleza objetiva de las cosas, la lógica formal (que lleva a abstracciones) no se impone como exclusiva para comprender la relación que une las cosas³⁷⁴. Las soluciones que se deducen directamente de la ley por vía de la lógica formal son arbitrarias. Las nuevas soluciones de derecho no pueden deducirse de una regla de derecho positivo. Sólo pueden deducirse de un principio³⁷⁵.

El jurisconsulto puede partir de dos clases de principios. Unos principios superiores obtenidos ya sea por fuentes externas a los hechos (fuentes formales), o preguntando directamente a la “razón y la conciencia”. En este caso, necesitará usar la deducción para obtener, de esos principios, soluciones concretas. O puede partir de unos principios obtenidos por inducción de los hechos. Aun en este caso, la vía para obtener soluciones concretas pasará por la deducción de los principios obtenidos por inducción. De allí que el razonamiento más importante en derecho sea el de deducción que permitirá desarrollar los principios jurídicos³⁷⁶.

No obstante, Géný nos pone sobre aviso: una aplicación lógica, rigurosa y estricta de algunos principios puede llevar a contrariar otros principios, a chocar el sentimiento de equidad o a ser inconciliable con las exigencias de la vida práctica³⁷⁷. No por ello la lógica formal deja de operar para deducir consecuencias de derecho³⁷⁸. La lógica formal obtiene resultados seguros cuando es empleada para desarrollar

³⁷² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 133.

³⁷³ *Ibid.*, pp. 132-133.

³⁷⁴ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 134.

³⁷⁵ *Ibid.*, pp. 44-45.

³⁷⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 156-157.

³⁷⁷ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 46.

³⁷⁸ *Ibid.*, pp. 45 y 188.

principios jurídicos que estrictamente sintetizan realidades ³⁷⁹. Pero la complejidad de la “realidad de la vida jurídica” no puede contenerse en unas cuantas formulaciones de principios. Así, cuando los principios resultan insuficientes por su formulación, por la inexactitud de sus nociones, y deben ceder ante ciertas circunstancias de hecho, entonces se debe proceder a la llamada “deducción temperada” de los mismos, distinta de la deducción estrictamente lógica pura ³⁸⁰. Igualmente, la analogía, como razonamiento de “lo semejante a lo semejante” ³⁸¹, permitirá obtener soluciones al adaptar para el mundo del derecho, la idea de “identidad”, propia de la lógica ³⁸².

Por un lado, tenemos que reconocer, como indica Fassò, la existencia de una *lógica formal*, principalmente demostrativa caracterizada por “una mentalidad racionalista, matemática, tendente a la generalidad y a la abstracción de los conceptos”, mientras que, por otro lado, se presenta una *lógica retórica* como lógica más abierta, más amplia, relacionada con el concepto antiguo y medieval de “nueva retórica”, y cuyo fin no es demostrar sino persuadir y se caracteriza más bien por ser “empirista e historicista, tendente a la individualidad y a la concreción” ³⁸³. Ahora bien, es cierto que, en cuanto a la lógica, en el derecho ha prevalecido la visión de la lógica pura con todo lo que ello implica (preeminencia de conceptos abstractos, uso de un silogismo estricto limitado por los conceptos de deducción e inducción, etc.) dejando de lado la *lógica retórica* ³⁸⁴.

³⁷⁹ Se parte del supuesto que pueden consagrarse como principios jurídicos, principios que no son “dignos de ese nombre” porque no responden a una síntesis de realidades. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 137.

³⁸⁰ *Ibid.*, pp. 124-125.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 180.

³⁸² *Ibid.*, p. 158.

³⁸³ Cfr. FASSÒ, G., *op. cit.*, pp. 283-284.

³⁸⁴ Es también importante la citación que Gény hace de Bossuet en GÉNY, F., *Ultima verba*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1951, sec. VII. (traducción BERNUZ BENEITEZ, M. J., *La libertad en el derecho...*, *op. cit.*, pp. 87-95), ya que este fue figura no sólo del catolicismo sino de la elocuencia y de la retórica, lo que, de nuevo, nos lleva a que la idea de retórica no fue un pensamiento completamente ajeno a Gény. Como dice Bernuz Beneitez: “De manera que este derecho racionalista que se encuentra detrás del “derecho codificado”, así como – a mayor abundamiento- el recurso al racionalismo abstracto como método de estudio del derecho, va a echar por tierra la importancia de la tópica y la retórica en el derecho”. BERNUZ BENEITEZ, *François Gény y el Derecho. La lucha contra el método exegetico*, *op. cit.*, p. 39. Radbruch recordará que no cabe duda que el origen de la lógica “en general” se encuentra en la “retórica de los sofistas”. Cfr. RADBRUCH, GUSTAV, “Modes d’interprétation”, traducción de Jean Spach, *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Gény*, Tomo II, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 217-226, p. 222.

3. Reconstitución de la teoría de las fuentes y del método jurídico

3.1. Fuentes formales

Nos dice Géný que bajo el conjunto variado de opiniones sobre cuestiones de derecho siempre se halla el ánimo de querer descubrir el derecho dentro de las realidades sociales, desde donde nace, y usar para ello de todos los medios por vía de los cuales se pueden dictar o sugerir normas que ordenen (u organicen) las conductas de los hombres con sus semejantes ³⁸⁵.

Según Géný, se trataría de averiguar, en el estado actual de civilización cuáles son las fuentes imperativas del derecho, cómo debemos interpretarlas, cómo se deben desarrollar y qué margen de maniobra dejan a la actividad libre e independiente. De forma general, tendríamos dos tipos de fuentes, por un lado, las que fijan radicalmente el derecho para el juez, eliminando toda posible valoración o decisión de su parte y, por otro lado, tenemos las que se refieren a elementos sociales de orden general u otros conceptos generales que requieren de una valoración acudiendo a la “naturaleza de las cosas” ³⁸⁶.

Otra distinción, más cercana a las habitualmente practicadas, consistiría en indicar que las fuentes del derecho se pueden encontrar en la ley, la costumbre (como la prueba de la existencia de unas prácticas sociales entendidas como justas y dotadas de un cierto fundamento ideal), la tradición y la libre investigación ³⁸⁷.

Como veremos, Géný tratará de reposicionar la ley frente a la ciencia del derecho. La ley desempeña un papel importante en el derecho y se trata de saber hasta qué punto la ley puede imponer una metodología a la ciencia del derecho, forzar el intérprete a seguir sólo un determinado método o un conjunto de reglas para interpretar el derecho ³⁸⁸.

Es importante conservar en mente que las fuentes no son más que “modos contingentes de expresión de una realidad permanente”. Por ello, es difícil encontrar

³⁸⁵ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 284-285.

³⁸⁶ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 221-222.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 415 *in fine*.

³⁸⁸ *Ibid.*, pp. 225-226.

unanimidad sobre su alcance. Por un lado, están los que quieren desarrollar la ley sobre la base de las realidades que regula, otros que quieren someter todo el derecho positivo por vía de una jurisprudencia progresiva basada en los movimientos sociales contemporáneos, otros que quieren hacer predominar la ley por sí misma, o incluso otros que pretenden introducir una libre investigación. Queda claro que el problema de las fuentes del derecho es un verdadero problema y no ha sido tratado con detalle. De ahí que, hasta la fecha, las fuentes formales se hayan mantenido a la cabeza de las investigaciones sobre el método ³⁸⁹.

Según Gény las fuentes formales del derecho positivo son los mandatos que provienen de autoridades externas y que van destinados a revelar de forma inmediata una regla jurídica. Es necesario que estén “competentemente formados” ³⁹⁰. Esto se debe a que son “modos de expresión”, “reducido a unas cuantas palabras” que quedan desvinculados de las “razones profundas” que las justifican ³⁹¹. En otras palabras, las fuentes formales son “medios técnicos” destinados a hacer pasar “el contenido del

³⁸⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 40-41.

³⁹⁰ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 237. Hakim recuerda que algunos autores como Boistel o Beudant, confunden fuente del derecho y fundamento del derecho. Gény procederá a distinguir entre fuente y fundamento del derecho y vulgarizará la expresión “fuente formal”, hasta entonces poco usada. Cfr. HAKIM, N., *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXe siècle*, LGDJ, Tomo 381, parte 2, 2002, pp. 282-283, particularmente p. 284 nota a pie de página 159.

³⁹¹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 14-15. Para Del Vecchio, fuente del derecho, en general, es la naturaleza humana de donde se deducen los “principios inmutables de justicia”, mientras que la idea de fuentes “en sentido técnico” se refiere al derecho histórico o positivo. Cfr. DEL VECCHIO, GIORGIO, *Filosofía del Derecho*, Bosch, 6a. ed., Barcelona, 1953, p. 379. Es interesante que Del Vecchio defina también las fuentes en sentido técnico como “los modos de manifestación de [la] voluntad social predominante [en un pueblo]”. *Ibid.*, p. 381. Cfr. BONNECASE, J., *Science du Droit et Romantisme...*, *op. cit.*, p. 267. Bonnecase establece la distinción entre fuentes reales (“*sources réelles*”) y fuentes formales (“*sources formelles*”). Las “fuentes reales”, para Bonnecase, vendrían a componer la ciencia del derecho mientras que las fuentes formales vendrían a componer la técnica del derecho. Cfr. BONNECASE, J., *Supplément au Traité théorique et pratique du Droit civil DE BAUDRY-LACANTINERIE et de ses collaborateurs*, Tomo I, Recueil Sirey, Paris, 1924. Para Bonnecase, las fuentes reales (que se incluyen dentro de la ciencia del derecho dejando las “fuentes formales” como parte de la técnica del derecho) se componen de un elemento experimental, representado por “los datos variables del entorno social” así como los datos “tangibles” y “permanentes” que ofrece la naturaleza humana, y de un elemento racional entendido como la noción misma de derecho. Esa noción “racional” de derecho implica ver el derecho como una representación de un orden (elemento propio de la humanidad) obtenido por los “esfuerzos de la razón” y adaptado a cada tiempo y lugar que impone siempre el “respeto”, la “protección” y la “organización de la personalidad humana”. Cfr. BONNECASE, J., *Science du Droit et Romantisme...*, *op. cit.*, pp. 267-268. Desde luego, para Monereo Pérez, el “dado” de Gény revela las “fuentes reales” del derecho. Cfr. MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, *El pensamiento científico jurídico de Gény, estudio preliminar a Gény, F, Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Comares, Granada, 2000, p. 49.

derecho en la vida práctica” y su autoridad se limita a su carácter “de procedimiento técnico”³⁹².

En el primer puesto de las fuentes formales se sitúa, en nuestro estado de civilización actual, la ley. En un segundo puesto se encuentra la costumbre³⁹³.

Ese conjunto de fuentes formales y de métodos de interpretación del derecho positivo, conforma un todo del que se va a ofrecer soluciones jurídicas. No obstante, habrá que distinguir en cada regla jurídica la influencia respectiva de una fuente u otra, de un método u otro, para pronunciarse sobre el “valor efectivo” de esa regla³⁹⁴. Gény deja claro que toda regla de derecho puede “aspirar a la positividad” y será más o menos positiva dependiendo de la fuente de la que emana³⁹⁵.

En caso de conflicto entre fuentes, este deberá solucionarse atendiendo a la distintita naturaleza de cada una de ellas. La regla jurídica se compone de una combinación de elementos (imperativos categóricos, consideraciones de utilidad social, etc.) participando en grados distintos. Se tratará de medir estos elementos según el origen del que provienen. Esta tarea, es asumida en la práctica, por la Corte de casación que determinará el valor respectivo de cada método de interpretación del derecho positivo y fijará el criterio unitario de interpretación jurídica³⁹⁶.

Es cierto que, como apunta Jestaz, la teoría de las fuentes de Gény se inspira en la tradición alemana, pero no considera la *common law*, quedando así su teoría

³⁹² Cfr. GÉNY, F., *Des droits sur les lettres missives : étudiés principalement en vue du système postal français : essai d'application d'une méthode critique d'interprétation*, Tomo I, Sirey, Paris, 1911, pp. IX-XI.

³⁹³ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 238. Para Gény la costumbre es fuente formal del derecho positivo. Si bien es cierto que la dificultad doctrinal para acabar de confirmar la costumbre como fuente formal lo podemos apreciar cuando Gény habla de la costumbre como fuente de derecho objetivo. *Ibid.*, pp. 231, 238, 326, 347, 424 y 445. Aunque Gény intente redefinir las fuentes del derecho, según Hakim, “no logra ir más allá del legalismo de sus predecesores”. Cfr. HAKIM, N., *L'autorité de la doctrine...*, *op. cit.*, p. 307 nota a pie de página 280.

³⁹⁴ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 192.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 192 nota a pie de página núm. 3.

³⁹⁶ *Ibid.*, pp. 194-195.

exclusivamente pensada para Francia y el derecho privado ³⁹⁷. Aun así, Géný conseguirá fijar “la teoría de las fuentes para cien años al menos” ³⁹⁸.

Defiende Vanderlinden una posición muy interesante sobre las fuentes formales. Vanderlinden es más propicio a considerar las fuentes formales como “formulaciones predictivas del derecho”, es decir, manifestaciones incompletas del poder que necesitan concretarse o “actualizarse” “en la vida de los individuos” ³⁹⁹. Sigue explicando Vanderlinden que “el derecho no existiría antes de imponerse al sujeto cuyo comportamiento viene regido por el derecho” ⁴⁰⁰.

Si intentamos comprender a Vanderlinden, y su lectura de las fuentes formales del derecho positivo en Géný, podemos entender el sujeto como ente estructurante del derecho. Como veremos, en Géný la noción de persona (individuo) juega un papel importante.

3.1.1. La ley y su interpretación

A efectos de fijar el método de interpretación de la ley, es suficiente con asumir que, según sus condiciones objetivas, la ley vale como expresión de la voluntad de ciertos hombres, condensada ⁴⁰¹, a la luz de su inteligencia ⁴⁰², en una fórmula escrita, y que se impone a todos en virtud del poder que ostentan sus autores ⁴⁰³. Se manifiesta

³⁹⁷ Cfr. JESTAZ, PHILIPPE, "François Géný : une image française de la loi et du juge", en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Géný, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 37-54, p. 40.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 41.

³⁹⁹ Visión muy cercana al realismo jurídico del juez Oliver Wendel Holmes que ve en el derecho una “*formulación predictiva*” y, en general, en el realismo americano y su “*método del caso*”. Cfr. VANDERLINDEN, J., *op. cit.*, p. 91. Para Kocourek, la vinculación entre Holmes y Géný es clara. El primero se expresará veinte años antes que Géný y a diferencia de este, preferirá exponer sus pensamientos de forma concisa, describiendo la actividad judicial, más que con un estilo de tratadista, propio de Géný. Cfr. KOCOUREK, ALBERT., “La libre recherche en Amérique”, traducido por Jules Hella, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný*, Tomo II, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 459-502, p. 466.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 92.

⁴⁰¹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 265.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 405.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 243.

como “todo acto de una autoridad social, regularmente constituida y competente para promulgar reglas jurídicas generales, en forma de mandatos obligatorios”⁴⁰⁴.

La ley, en cuanto a su alcance, es el instrumento de la soberanía nacional por lo que se aplica al territorio y a la comunidad nacional. No obstante, puede tener que convivir con leyes particulares provenientes de otras comunidades que gozan de autonomía⁴⁰⁵. Se plantea entonces el problema de una posible pluralidad de voluntades (pluralismo jurídico). Para Gény queda claro que el derecho positivo moderno surge dentro del Estado y que en nuestro estado de civilización actual no se encuentran colectivos suficientemente organizados para dictar reglas de derecho positivo fuera de todo marco estatal, a excepción, nos dice Gény, de la Iglesia católica. Gény recuerda que, aunque el derecho positivo emana del Estado, todo el derecho no se reduce al Estado y existe un derecho superior e independiente de él⁴⁰⁶. Para Macdonald, Gény reconoce una “pluralidad del derecho en sí mismo” fuera del Estado, reconociendo normatividad a las familias, las profesiones, las religiones, etc.⁴⁰⁷. Así, Macdonald llega a la conclusión de que en el pensamiento de Gény, el derecho es “confuso” y complejo, que no puede definirse por las “normas formales del Estado”⁴⁰⁸.

Más aun, según Thomasset, en nuestras sociedades actuales, caracterizadas por la diversidad y la multiculturalidad (o pluriculturalidad), por ser “complejas” y “planetarias”, la cuestión sobre la legitimidad de los sistemas jurídicos que hemos heredado y la forma en la que los empleamos es más que necesaria y justamente Gény nos invita a tener un ojo avizor, estar siempre alertas y atentos a los cambios sociales, políticos, económicos y culturales para poder incluirlos en el derecho⁴⁰⁹.

Es más, dice Gény que el signo característico de la ley, no reside en su naturaleza ni en su origen, sino en la forma que le asigna la autoridad de la que emana⁴¹⁰. Por lo que no es difícil comprender que, para Gény, “la fuerza obligatoria de la ley

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 248.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 244.

⁴⁰⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 57-59.

⁴⁰⁷ Cfr. MACDONALD, RODERICK A., "Quelle modernité? Quels enjeux?", en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 351-362, p. 356.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 357.

⁴⁰⁹ Cfr. THOMASSET, C., *op. cit.*, pp. 279-280.

⁴¹⁰ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 240-241.

se encuentra exclusivamente en su fórmula, siendo la fórmula la expresión auténtica de la voluntad jurídica de la autoridad legislativa”⁴¹¹. No obstante, la fuerza obligatoria de la ley no supone un carácter “imperativo” que anule el lugar propio de las otras fuentes del derecho y de todos los procedimientos de investigación⁴¹².

La forma que adopta la ley, la única forma, es la fórmula escrita. En esa fórmula escrita deberemos buscar el “contenido de la voluntad legislativa”⁴¹³.

Gény advierte de no caer en las ilusiones racionalistas de finales del XVIII que consideran la ley, y sus fórmulas escritas, como una manifestación divina y, por tanto, perfecta⁴¹⁴. Tampoco hay que caer en el error de la escuela histórica que prefiere asignar a la ley una supuesta “conciencia colectiva” en vez de querer obtener el sentido que puedan derivarse de las fórmulas escritas⁴¹⁵. El problema de la escuela histórica consiste en renunciar de antemano a considerar la ley como una “actividad consciente e inteligente del hombre en la formación del derecho” y para Gény la ley es obra consciente e inteligente al igual que la interpretación que busca su sentido⁴¹⁶.

Con la codificación se busca precisar, aclarar y simplificar las fórmulas escritas. Es una “depuración” legislativa que busca simplificar y expresar, en unas pocas palabras, con precisión y concisión la voluntad del legislador⁴¹⁷. La ley traduce ese ideal de precisión lo que lleva a muchos jurisconsultos a confundir la ley (y sus fórmulas escritas) con el derecho positivo⁴¹⁸.

Una vez aclarado que la ley y la interpretación de ella que debe hacerse se limita al sentido del texto, surge la pregunta de saber si las concepciones jurídicas que han inspirado la voluntad del legislador deben tener la misma fuerza obligatoria que las

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 251.

⁴¹² Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 250.

⁴¹³ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 265.

⁴¹⁴ *Ibid.*, pp. 255-256. Como recuerda Hakim, también observa Gény que la creencia en un derecho natural puramente racional conduce a la exageración del elemento legal, que estigmatiza constantemente como una característica del método de sus predecesores. Cfr. HAKIM, N., *L'autorité de la doctrine...*, *op. cit.*, p. 278 nota a pie de página 129. Véase GÉNY, F., *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle...*, *op. cit.*, p. 15. Como dirá Voltaire, la ley no es más que el producto del hombre y como tal es imperfecta. Se establecen en los Estados “por la necesidad del momento, la ignorancia y la superstición”. Cfr. VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, le chasseur abstrait, edición de 2005, entrada: Lois, Sección I.

⁴¹⁵ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 258.

⁴¹⁶ *Ibid.*, pp. 263-264.

⁴¹⁷ *Ibid.*, pp. 277-278.

⁴¹⁸ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 34.

soluciones positivas, puestas en fórmulas escritas en la ley⁴¹⁹. Para Géný, los posibles efectos (o reglas positivas) obtenidos por deducciones derivadas de esas concepciones jurídicas, deben tener la misma fuerza jurídica que las soluciones legales, con sus mismos límites. Se añade, para la obtención de esas soluciones, la cautela del uso adecuado del procedimiento deductivo y de la lógica⁴²⁰. Deben también considerarse, sólo a los efectos de “penetrar” o conocer la voluntad del legislador, todos aquellos principios y concepciones que, con independencia de su valor objetivo, se imponen por su prestigio⁴²¹.

Si la ley es un producto inteligente, entonces, dentro del acto psicológico de la volición legislativa se encuentran igualmente todas las deducciones racionales que pueden derivarse del aquel y la lógica va a permitir devolver toda la sustancia al acto psicológico⁴²². Del mismo modo la inducción sobre la base de preceptos legislativos (voluntad subjetiva) no puede proporcionar un concepto jurídico dotado de suficiente regularidad para aplicarse a situaciones no contempladas por el legislador. Debemos recordar que, en el ámbito de las ciencias sociales o morales, la inducción es imperfecta porque se fundamenta en observaciones imprecisas y conjeturales, estadísticas incompletas y dudosas, respecto de “hechos no susceptibles de constatación objetiva, de medición o de cálculo, imbricados y expuestos a la arbitrariedad de la libertad” y es incapaz de justificar sus conclusiones con un determinismo riguroso⁴²³.

Géný advierte sobre las construcciones jurídicas realizadas por la doctrina en base a códigos. La doctrina, para elaborar la construcción jurídica acude no sólo a varios artículos de un mismo texto de ley sino, con frecuencia, a varios textos (como ejemplo cita Géný la necesidad de acudir a preceptos del Código civil, del Código de comercio y

⁴¹⁹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 278.

⁴²⁰ *Ibid.*, pp. 280-282.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 291.

⁴²² *Ibid.*, pp. 284-285. En este sentido, Del Vecchio afirma que la ley posee una “fuerza de expansión lógica” que le es “natural” “por el hecho de que esta es un pensamiento y que el pensamiento es dialéctico por su naturaleza”. Así deducimos un pensamiento lógico- dialéctico propio de la ley. Cfr. DEL VECCHIO, G., “Les principes généraux du droit”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný*, Tomo II, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 69-84, p. 70.

⁴²³ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 170-171. Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 198-199. Para Fassò, hay que distinguir la aplicación del método positivista para la obtención de conceptos y teorías a partir de datos suministrados por la observación de los hechos y la obtención de conceptos y teorías por vía de la observación de las normas de los concretos ordenamientos de derecho “positivos”; en los dos casos observamos datos, pero en uno los datos se obtienen de hechos (que consideramos como jurídicos) y en el otro se obtienen de normas vigentes con independencia del “hecho de su efectiva observancia”. Cfr. FASSÒ, G., *op. cit.*, p. 151.

del Código de procedimiento civil a la misma vez) lo que quita rigor a la construcción si pensamos que cada código puede responder a finalidades distintas, posee una sistematización interna, y ser promulgados en momentos históricos o temporales distintos ⁴²⁴.

Queda pendiente por analizar la relación entre el contexto social y la voluntad legislativa. El legislador promulga su ley en un determinado contexto social. Lo importante es que el contexto social en el que el legislador promulga su ley es también elemento extrínseco de esa ley que ha sido considerado en mayor o menor medida para su formulación. De allí, que la historia sea útil, pero sólo para mostrarnos “el contexto histórico del legislador, en la medida en que ha podido determinar su voluntad” ⁴²⁵. Igualmente son útiles los trabajos preparatorios que se convierten en una herramienta fundamental para averiguar la voluntad del legislador ⁴²⁶.

Gény es consciente de que la ley escrita sobrevive a la autoridad que la promulga y subsiste indefinidamente hasta que una ley contraria la derogue ⁴²⁷. Pero considerar la ley como un producto “inmediato y directo del contexto social” actual es desnaturalizarla porque es confundirla con un “derecho espontáneo” o un “derecho consuetudinario” ⁴²⁸. Por lo que se puede distinguir la interpretación de la ley, en sentido estricto, que equivaldrá a encontrar el sentido del texto de la ley mediante la búsqueda exclusiva de la voluntad del legislador (interpretación auténtica) de la interpretación que busca adaptar la ley al entorno social en el que debe de ser aplicada ⁴²⁹. Esto último proviene de una “ley sociológica ineluctable” que marca el paso del tiempo para un texto que se degrada con su uso hasta poder cambiar su sustancia ⁴³⁰.

Observa Saleilles, en el prefacio que escribe a *Méthode d'interprétation*, que el legislador sólo interviene cuando quiere poner fin a un hecho claramente determinado.

⁴²⁴ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 286.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 290.

⁴²⁶ No obstante, Gény advierte que la interpretación de la ley por vía de los trabajos preparatorios debe realizarse siempre con base en el texto de la ley, pudiendo rectificarlo pero nunca negarlo. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 293. Sin embargo, en *Science et Technique*, Gény parece retractarse y condena la interpretación por vía de trabajos preparatorios calificándola de “inducción temeraria” debiéndose buscar la voluntad del legislador exclusivamente en el texto de la ley. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 91.

⁴²⁷ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 249.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 265.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 259 y ss.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 264.

En ese momento, lo contenido en la nueva ley, será válido “en la medida en que se aplica a los abusos que se trataba de destruir”⁴³¹. Para Saleilles, esa respuesta del legislador es siempre “concreta” y “sumaria”⁴³². Entendemos que se dificulta así que un sistema jurídico contenga leyes actualizadas y generales. Esto sitúa al legislador como recolector asistemático e imperfecto de la realidad social cuya labor consistiría en formalizar de forma concreta y resumida una realidad social en momentos de crisis y convulsión social para darle entrada en un sistema complejo como es el derecho. Defiende Dabin, para esta situación, que sólo en el caso excepcional en que exista una “revuelta de los hechos contra el Código” y sólo hasta que el legislador revise “él mismo sus textos”, se permitiría la interpretación sociológica⁴³³.

En definitiva, entendemos que para Saleilles, el legislador se presenta como un interviniente fáctico que reacciona a destiempo para solucionar *a posteriori* una realidad social juzgada abusiva o injusta, con la consagración de fórmulas lingüísticas destinadas a la consecución de unos objetivos sociales concretos. Si, además, sumamos a esto que, como ha denunciado Géný, la forma de actuar habitual del legislador es más bien reacia a la formulación de teorías generales y usa excesivamente de la casuística para elaborar sus premisas⁴³⁴, se reduce drásticamente el alcance sistemático de su texto y por tanto se limita enormemente el peso de la legislación dentro del derecho.

Es cierto, como muy bien observa Cayla, que la ley positiva fija una serie de reglas no siempre claras y quedan limitadas a la contingencia que el legislador percibe y quiere regular, por lo que, frente a la movilidad infinita y permanente de los hechos y las “aspiraciones sociales”, la ley nunca puede abarcar la totalidad del derecho y es a causa de este movimiento que el jurista “debe inevitablemente interpretar otra cosa que la ley positiva”⁴³⁵.

Pero Géný deja claro, como apunta Chazal, que es contrario a la teoría de la interpretación legislativa preconizada por Raymond Saleilles, que “consiste en interpretar un texto en función de las necesidades de la sociedad en la que se aplica”⁴³⁶.

⁴³¹ *Ibid.*, p. XVI del prefacio de Saleilles.

⁴³² Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 22.

⁴³³ Cfr. DABIN, J., "François Géný, le savant", *op. cit.*, p. 19.

⁴³⁴ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 104-105.

⁴³⁵ Cfr. CAYLA, O. *op. cit.*, pp. 105-106.

⁴³⁶ Cfr. CHAZAL, J., *op. cit.*, p. 93.

Según Rolland, a la hora de interpretar la ley, Gény elimina toda influencia externa, incluidas las “modulaciones adaptativas o evolucionistas” de la “conciencia colectiva” u opinión pública que pueden desviar o corromper al intérprete ⁴³⁷. Evidentemente, entendemos que este rechazo se produce porque estamos hablando de interpretación de la ley y no de interpretación del derecho.

La ley, como nos recuerda Vagost, nace en un espacio socio-temporal concreto en el que figuran unas “circunstancias económicas”, unas “relaciones sociales” y todo un “contexto social” particular ⁴³⁸.

La ley positiva nace en un contexto social y queda vinculada a ese contexto. Sin embargo, esa ley deberá ser aplicada en un contexto social que puede ser diferente para el que ya no posee ninguna legitimidad. Si queremos que la ley positiva conserve su virtud como instrumento capaz de ofrecer soluciones de derecho fijas, seguras e invariables, Gény nos impone tener que interpretarla exclusivamente según una reconstrucción lo más pura y fidedigna posible de la voluntad del legislador que la creó ⁴³⁹. Si la ley escrita no puede, por sí sola bastar a todas las exigencias de la organización de derecho positivo ⁴⁴⁰, entonces debemos buscar, “por encima y fuera” de la ley un principio o un conjunto de ellos que permita suplir las lagunas de la ley ⁴⁴¹. Todo ello es suficiente para justificar y dirigir las investigaciones hacia ese “desconocido reconocido” como necesario ⁴⁴². La ley entonces no tiene más que una dimensión exclusivamente técnica como expresión de una voluntad ⁴⁴³.

⁴³⁷ Cfr. ROLLAND, L., *op. cit.*, p. 175.

⁴³⁸ Cfr. VAGOST, ESTELLE, "François Gény et l'adaptation du droit aux périodes de crise", en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Gény*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 215-227, p. 218.

⁴³⁹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 264.

⁴⁴⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique en droit privé positif...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 39. En cuanto a la aplicación de un método que supera la estrecha visión legalista y que permite ofrecer soluciones precisas a las lagunas de la ley escrita, véase la Tesis doctoral de Eugène Gaudemet (alumno de Gény y Saleilles). Véase *Titre I : L'influence de l'oeuvre de Gény dans ce domaine d'études* en el *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo II, Recueil Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), p. 2) titulada *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, A. Rousseau, Paris, 1898 y más particularmente el estudio que Gény le dedica. Cfr. GÉNY, F., “Une théorie française du transport de dettes d'après un livre récent”, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XLVIII, Tomo XXVIII, 1899, pp. 450-478.

⁴⁴² *Ibid.*

⁴⁴³ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 37. Hablando sobre Magnaud, Gény nos recuerda un pasaje suyo en el que afirma que el legislador sólo puede tener como pensamiento soberano la consecuencia de la justicia y que, por tanto, nunca ha querido que en la aplicación de sus leyes se produzcan desigualdades y otras inequidades o injusticias, por lo que claramente el juez, en caso de

3.1.2. La costumbre

Para Gény la costumbre es “derecho no escrito” que surge de la “conciencia jurídica colectiva” y que se traduce en “usos reconocidos y aceptados”⁴⁴⁴. La costumbre se presenta como “la obra inconsciente o subconsciente” de un grupo social⁴⁴⁵ que acepta unos usos que expresan su sentimiento jurídico⁴⁴⁶. Aunque no sea defendible (en la Francia de esa época) la existencia de una costumbre “general” válida para toda la nación francesa por las dificultades prácticas que existen para conformar una voluntad jurídica homogénea, sería viable, según Gény, pensar en costumbres jurídicas más “especiales” nacidas de prácticas particulares fácilmente diferenciables por ser prácticas pertenecientes a una clase social, oficio o grupo de individuos identificables e identificados como son las prácticas del comercio, de la industria, de la agricultura, etc.⁴⁴⁷. Es interesante ver como Gény augura a la costumbre un futuro poco esperanzador

observar injusticias en la aplicación general de la ley deberá emprender el camino de la equidad o de la búsqueda de la justicia debida por la ley. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 300. Según el propio Leyret: “(...) que el juez, respetando la ley, sólo debe interpretarla basándose en esta idea, que nunca el legislador, cuyo pensamiento sólo puede ser elevado y soberanamente justo, ha querido que su texto condujera a una desigualdad o a una iniquidad” (“(...) que le juge doit, tout en se conformant à la loi, ne l'interpréter qu'en se pénétrant bien de cette idée, que jamais le législateur, dont la pensée ne peut être que haute et souverainement juste, n'a voulu que son texte pût aboutir à une inégalité ou à une iniquité”). Véase, LEYRET, HENRI, *Les jugements du président Magnaud. Réunis et commentés par Henry Leyret*, P.V. Stock, Paris, 1900, p. 180. No obstante, Gény criticará duramente el proceder, poco científico, del juez Magnaud que incita a más subjetivismo sin remitir a elementos objetivos de decisión. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 287-307. Véase igualmente el estudio de TANZI, ARISTIDE, *François Gény tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 153-163. No obstante, para Weyl, Magnaud no es un juez libre de todo apego a la ley, al revés, interpreta la ley, pero lo hace con una marcada influencia marxista por lo que queda lejos del simple empirismo o subjetivismo que se le atribuye. Cfr. WEYL, ROLLAND ET MONIQUE, “Socialisme et justice dans la France de 1895: le « bon juge Magnaud »”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 3-4, número 1, 1974-1975, pp. 367-382, p. 382.

⁴⁴⁴ “La costumbre, derecho no escrito, basado en el asentimiento universal, que surge, por así decirlo, de sí mismo, de la conciencia jurídica colectiva de los interesados, y que se traduce, para cada nación, en los usos reconocidos y aceptados, la tradición en sus mil formas, las autoridades y los precedentes judiciales” (“la coutume, droit non écrit, fondé sur l'assentiment universel, se dégageant, pour ainsi dire, de lui-même, de la conscience juridique collective des intéressés, se traduisant, pour chaque nation, dans les usages reconnus et acceptés, la tradition sous ses mille formes, les autorités et les précédents judiciaires”). GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 241.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, pp. 323-324.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 326.

debido al peso que en nuestro Estado moderno va adquiriendo cada vez más la legislación ⁴⁴⁸.

Hay que diferenciar la costumbre del uso. El uso no es más que “un hecho social” “puramente fáctico” porque no implica “ninguna coerción legal”, como, por ejemplo, el modo en que se “firma” o se hace una firma ⁴⁴⁹. Los “usos convencionales” referidos a la vida de los negocios, del comercio o de la vida cotidiana (la “*vie courante*”) son percibidos como “voluntarios” por las partes y pueden actuar como sustitutos de una voluntad de las partes mal expresada o poco clara, pero no pueden convertirse en costumbre jurídica ⁴⁵⁰. Los usos convencionales, aun no constituyendo costumbre, pueden aplicarse y tienen efectos jurídicos. Para ello, como explica Gény, el “uso convencional” deberá probarse que era conocido de las partes o al menos se tendrá que poder deducir de los actos de las partes que estas querían someterse al “uso convencional” para que se convierta en derecho para las partes ⁴⁵¹.

El uso constituirá el corpus o “*substratum*” de la costumbre y podrá convertirse en costumbre cuando, siendo “largo” y “constante” obtenga la *opinio necessitatis*, es decir, la consideración de regla imponible merecedora de sanción pública. Así la costumbre se compone de un uso y del fenómeno psicológico de la *opinio necessitatis* que le debe acompañar ⁴⁵². Este fenómeno psicológico de la costumbre que es la *opinio necessitatis* consiste simplemente, según Gény, en el sentimiento de estar actuando según una regla de derecho no escrita ⁴⁵³. Se entenderá cumplido cuando el uso se forma

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 318. No obstante, como observa De La Cuesta Saenz, Gény dedicará una parte bastante extensa a la costumbre en su obra *Méthode d'interprétation* a pesar de que la costumbre se caracterice como fuente formal secundaria. Este peso tal vez pueda justificarse, según el autor, por un cierto apego ideológico de Gény a las corrientes influyentes en la ciencia jurídica alemana del siglo XIX (como la escuela histórica), de la que Gény hace uso profusamente. Cfr. DE LA CUESTA SAENZ, JOSÉ MARÍA, “Reflejo del pensamiento de F. Gény sobre la costumbre en la doctrina civilista española”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 20, número 1, 1991, pp. 319-350, pp. 319-320.

⁴⁴⁹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 322.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, pp. 418 y 422-424.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 425.

⁴⁵² *Ibid.*, pp. 326, 356-357. Para Bobbio, para que se forme la *opinio iuris* es necesario que ese comportamiento que se repite sea obligatorio, y sólo es obligatorio si es calificado como tal por una norma válida del sistema. Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, *op. cit.*, p. 35. Esto conecta con la teoría del derecho que ve el derecho como un sistema normativo.

⁴⁵³ Mientras que, con la doctrina de la escuela histórica, esa “convicción jurídica” reside en al “alma del pueblo” y representa, en palabras de Gény, un “estado de conciencia general” difícil de aprehender o de probar. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 360-363. Como dice Deroussin, la *opinio necessitatis* no debe confundirse con la *opinio iuris* de la escuela histórica. En el sistema de Gény, la costumbre (al igual que todo el sistema) reside en la “naturaleza de las cosas” y por ello no es

y se mantiene “sin contradicciones graves por parte de los que hubieran tenido interés en cuestionarlo”⁴⁵⁴ y tiene, para quienes lo practican “el carácter de ejercicio de un derecho subjetivo, que contenga la expresión de una regla de derecho objetivo”, pudiendo ser esa regla tanto de carácter imperativo como dispositivo⁴⁵⁵.

Es de destacar que para Gény la costumbre es mucho más que unos simples usos. La costumbre son usos que una vez considerados como obligatorios “representan, en preceptos positivos, reglas de derecho natural”. Para Gény, la costumbre “constituye el enlace más directo entre el derecho natural y el derecho positivo”⁴⁵⁶.

La costumbre moderna, a diferencia de como la entendía la escuela histórica (como conciencia del pueblo), surge de ese conglomerado de fenómenos psicológicos, económicos y morales, que parecen constituir la atmósfera vital del derecho⁴⁵⁷. Con razón defenderá De La Cuesta Saenz que Gény ha sabido apartarse de los excesos de la escuela histórica del derecho que otorgaba un peso desmesurado a la costumbre, pero por otro lado Gény ha pecado de una concepción excesivamente simplificada de la

necesario tener que fundamentarla en la “conciencia jurídica del pueblo” (concepto subjetivo) como lo pretende la escuela histórica. Cfr. DEROUSSIN, DAVID, “La coutume dans la doctrine civiliste après l’exégèse : un renouveau en trompe l’œil ?”, en GARNIER FLORENT Y, JACQUELINE VENDRAND-VOYER (dir.), *La coutume dans tous ses états. Recueil des actes du colloque international pour la célébration du 500^e anniversaire de la rédaction de la coutume d’Auvergne*, La Mémoire du droit, coll. Recueil d’études, 2013, pp. 173-216, pp. 185, 189.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 358.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, pp. 358 y 361. Si sólo se ejerce un derecho subjetivo o una facultad, como la de poseer libremente un bien de otro sin su oposición, lo que acabaría sucediendo es la prescripción adquisitiva del bien a favor del poseedor, pero dicho comportamiento no es costumbre por no estar respaldado por el derecho objetivo o no poder constituirse en derecho objetivo. Lo que distinguirá el simple uso social de la costumbre es que la regla pueda considerarse como derecho objetivo. Dicho de otro modo, el uso adquirirá la *opinio necessitatis* cuando pueda ser considerado como de derecho objetivo. *Ibid.*, p. 361 nota a pie de página núm. 3.

⁴⁵⁶ “La costumbre, derivada de los usos de hecho que, al concebirse como obligatorios (*opinio juris seu necessitatis*), representan, en forma de preceptos positivos, reglas de derecho natural (...). Esta fuente, variada y flexible, constituye el vínculo más directo entre el derecho natural y el derecho positivo” (“*La coutume, issue d’usages de fait, qui, lorsqu’ils sont conçus comme obligatoires (opinio juris seu necessitatis), représentent, en préceptes positifs, des règles de droit naturel (...). Cette source, variée et flexible, est celle qui constitue le lien le plus direct entre droit naturel et droit positif*”). GÉNY, F., “La notion de droit en France. Son état présent. Son avenir. Essai de ralliement autour d’un programme homogène d’études de philosophie du droit”, *Archives de philosophie du droit*, número 1-2, 1931, p. 19.

⁴⁵⁷ “El elemento psicológico de la costumbre, tal y como yo lo entiendo, es una cosa mucho más simple. Se relaciona directamente con el uso y lo especifica, y consiste, para quienes lo practican, en el sentimiento de que están actuando, en virtud de una regla no expresada que se impone a ellos como una regla de derecho objetivo” (“*L’élément psychologique de la coutume, tel que je l’entends, est une chose beaucoup plus simple. Il se rattache directement à l’usage, qu’il spécifie, et consiste, chez ceux qui le pratiquent, dans le sentiment qu’ils agissent, en vertu d’une règle non exprimée, s’imposant à eux comme règle de droit objectif*”). Cfr. GÉNY, F., *Méthode d’interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 363. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d’interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 390.

costumbre jurídica al reducirla a una mezcla de “usos” y *opinio iuris*, concepto este último confuso ⁴⁵⁸.

En el derecho privado positivo francés de la época de Géný, no existe ningún texto que se pronuncie sobre el problema de la costumbre como fuente del derecho ⁴⁵⁹. Sin embargo, la costumbre, como lo muestra la historia del derecho consuetudinario, pone de manifiesto la necesidad del reconocimiento como fuente formal de reglas jurídicas derivadas de las observaciones sociales ⁴⁶⁰. Mientras el derecho escrito (la ley) no pueda contener toda la vida del derecho en su interior, no será concebible la desaparición de la costumbre como fuente formal. Por lo tanto, como indica Géný, para poder remediar a los vacíos de la ley, acudimos a la costumbre que guarda por ello un papel necesario pero relativo ⁴⁶¹.

Esa necesidad de un sentimiento de obligación jurídica (*opinio necessitatis*) “condena el derecho consuetudinario a una indeterminación inevitable” ⁴⁶². Además, en un mundo donde las “relaciones sociales se complican” debido a la diversidad étnica y el cosmopolitismo, se requiere una “fuerte centralización política” lo que acaba imponiendo la legislación sobre la costumbre ⁴⁶³. En realidad, sostiene Vanderlinden que esta incertidumbre de la costumbre sólo existe para los que se encuentran fuera de

⁴⁵⁸ Cfr. DE LA CUESTA SAENZ, J. M., *op. cit.*, p. 323. La doctrina de Géný sobre la costumbre como fuente del derecho será calificada de neotradicional y será rebatida en sus presupuestos por Lambert. *Ibid.*, pp. 322, 329. Citando el análisis realizado por LEBRUN, AUGUSTE, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, LGDJ, Paris, 1932, pp. 181 y ss.

⁴⁵⁹ Hablando sobre la costumbre, Géný nos dice que “Independientemente de lo que se haya dicho, las disposiciones positivas de nuestras leyes francesas no aportan ninguna claridad seria respecto de esta búsqueda general. (...) no poseemos ningún texto general, que reconozca o ignore positivamente el derecho consuetudinario, o que determine su papel en el conjunto de nuestro derecho positivo privado” (“*Quoiqu'on en ait pu dire, les dispositions positives de nos lois françaises n'apportent aucune clarté sérieuse à cette recherche générale. (...) nous ne possédons aucun texte général, reconnaissant ou méconnaissant positivement le droit coutumier, ou déterminant son rôle dans l'ensemble de notre droit privé positif*”). Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 330. Géný observa que es de esta opinión el propio VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, p. 154. A este respecto, como bien indica Deroussin, en las discusiones surgidas por motivo de la redacción del Código civil francés, las opiniones emitidas por los tribunales sobre el lugar que debía ocupar la costumbre dentro del ordenamiento jurídico y más particularmente su relación con la ley, eran dispares. El libro preliminar del Código civil redactado por la comisión del año VIII que contenía una definición de la costumbre fue definitivamente abandonado, por lo que no existe ningún texto positivo que permita inferir con precisión el papel positivo de la costumbre. Cfr. DEROUSSIN, D., “La coutume dans la doctrine civiliste après l'exégèse : un renouveau en trompe l'œil ?”, *op. cit.*, p. 173.

⁴⁶⁰ GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 345.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 349.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 363.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 324. Es más, Clavero sostiene que con la posición que Géný adopta con su *Méthode* frente a las fuentes formales, “en el campo del código” Géný “servirá más para la imposición de un imperio ni siquiera mitigado de la ley frente a la anarquía de la costumbre”. Cfr. CLAVERO, B., *op. cit.*, p. 310.

su alcance, al “exterior” ya que aquellos que viven diariamente la costumbre, que se rigen naturalmente por ella, no “tienen problema para conocerla” ya que esta los acompaña, como elemento cultural, desde su nacimiento hasta su muerte ⁴⁶⁴. Así Vanderlinden es contrario a ese “vínculo necesario” que Gény crea entre costumbre e inseguridad jurídica que le sirve a él y a los juristas para rechazar o degradar la costumbre como fuente ⁴⁶⁵.

La costumbre se justifica por sus “razones psicológicas y sociológicas” basadas en una “necesidad general de estabilidad y seguridad” que proporciona la aplicación de una regla de largo uso, todo ello derivado del “sentimiento profundo de la naturaleza humana que viste, de un respeto mezclado de temor, la costumbre de nuestros antepasados y teme el cambio” ⁴⁶⁶. Defiende Vanderlinden, que este es el motivo por el que los “modernistas” piensan que la costumbre “estaría fijada y sería hostil al cambio”, y al progreso, lo que le resulta ser “totalmente falso” ⁴⁶⁷.

Se trata ahora de medir el valor respectivo de la ley y de la costumbre teniendo en consideración “el estado de la civilización” y “la etapa de evolución política en la que nos encontramos” ⁴⁶⁸. Entre la ley positiva y la costumbre jurídica, el conflicto se basa no tanto en una cuestión de derecho sino más bien en una cuestión de “física social”, que consiste esencialmente en “evaluar la fuerza respectiva de dos poderes de facto que, aun persiguiendo el mismo objetivo, se oponen entre sí” ⁴⁶⁹.

La solución consistiría en “dar peso” a la costumbre allá donde se presenten deficiencias en la ley positiva ⁴⁷⁰. Se trataría siempre de vivificar la ley, apoyándose en esta ⁴⁷¹. En la práctica la costumbre esclarece, complementa, interpreta y desarrolla la ley, sin oponerse a ella ⁴⁷². Sólo se permitirá que la costumbre venza a la ley cuando se

⁴⁶⁴ Cfr. VANDERLINDEN, J., *op. cit.*, p. 65.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 70.

⁴⁶⁶ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 345 y 372.

⁴⁶⁷ Cfr. VANDERLINDEN, J., *op. cit.*, p. 66.

⁴⁶⁸ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 392.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, pp. 407-408.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, pp. 409-410.

⁴⁷¹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 390.

⁴⁷² Gény se detiene un momento para exponer las formas tradicionales con las que se ha resuelto el conflicto de fuentes entre la ley positiva y la costumbre jurídica: La costumbre jurídica no resulta ni contraria ni favorable a la ley escrita positiva y permite completar esta última (*proeter legem*). La costumbre jurídica está en claro enfrentamiento con las disposiciones que consagra la ley escrita (*contra legem*) (debemos entender disposiciones imperativas). La costumbre jurídica deroga la ley positiva

oponga de un modo flagrante a ella en la consideración de circunstancias de “carácter social”⁴⁷³.

Jamin, observa un “nuevo estilo” de costumbre, edificado sobre las bases proporcionadas por la ciencia social⁴⁷⁴. Sabiendo la importancia de las ciencias sociales para Géný, es normal que este nuevo estilo de costumbre ocupe un lugar relevante en su sistema⁴⁷⁵. Lebrun, en ese mismo sentido, resume la costumbre en Géný como una regla que nace en un entorno social y resulta independiente de toda intervención del legislador⁴⁷⁶.

3.2. Fuentes no formales

3.2.1. La Autoridad y la Tradición: una visión de la doctrina y la jurisprudencia

Géný va a tratar de situar la doctrina y la jurisprudencia dentro del organigrama del derecho de su tiempo y atribuirles las funciones y el puesto que se merecen tanto en la investigación del derecho como en la propia resolución práctica de los conflictos jurídicos⁴⁷⁷. Géný va a clasificar la doctrina y la jurisprudencia como el resultado de un conjunto de fuerzas sociales, que acumulan un cierto “número” de opiniones “coherentes” sobre cuestiones jurídicas, y que vienen sancionadas por la autoridad pública. Géný se preocupa de distinguir la doctrina y la jurisprudencia de lo que es propiamente la costumbre jurídica. Géný entiende que mientras la doctrina y la jurisprudencia son el resultado de opiniones individuales (juristas doctrinales, jueces y magistrados), aunque estas sean emitidas por autoridades reconocidas, la costumbre goza de una convicción jurídica colectiva. Tanto la doctrina como la jurisprudencia formarán la “Autoridad” y la “Tradición”. La “Tradición”, para Géný, no será más que

porque, por ejemplo, se “desarrolla” con posterioridad a ella (*consuetudo abrogatoria*). La costumbre jurídica sustituye a la ley escrita porque esta última no es usada (*desuetudo*). Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 391-392 y 416.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 417.

⁴⁷⁴ Cfr. JAMIN, C., *op. cit.*, p. 17.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 10.

⁴⁷⁶ Cfr. VANDERLINDEN, J., *op. cit.*, p. 95. Citando el trabajo de LEBRUN, A., *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, LGDJ, Paris, 1932.

⁴⁷⁷ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 1 y ss.

la “Autoridad” revestida de un “sello de antigüedad”. Entre ellas (“Autoridad” y “Tradición”) no hay una “diferencia de naturaleza, sino sólo una diferencia de tiempo y duración”⁴⁷⁸. Advierte Peset Reig, que la unión de materias tan diversas como la doctrina y la jurisprudencia va a redundar en un perjuicio mutuo⁴⁷⁹.

La doctrina clásica del tiempo de Géný no ve en la doctrina y la jurisprudencia más que “opiniones personales” sujetas a error, sin ninguna autoridad⁴⁸⁰. Tanto es así que la jurisprudencia positiva se vanagloria de romper con los moldes de la tradición que le precede entregándose a un individualismo estéril⁴⁸¹.

Tratando de distinguir entre los términos, Géný afirma que la doctrina se presenta principalmente como el trabajo teórico y científico mientras que la jurisprudencia se hace cargo del estudio y solución de las dificultades prácticas de la vida jurídica⁴⁸². No obstante, para Géný, la distinción no es de utilidad, si no es porque permite fijar una distancia temporal que las separa⁴⁸³.

Entendemos que Géný hace referencia a la doctrina y la jurisprudencia anterior a la codificación, es decir, a toda la doctrina y la jurisprudencia derogada. Dicho con otras palabras, según Costa, Géný habla de Autoridad y Tradición para referirse a doctrina y jurisprudencia, respectivamente, no positiva⁴⁸⁴.

⁴⁷⁸ La doctrina y la jurisprudencia, son “fuerzas sociales (...) que, ceñidas a sus elementos irreductibles, consisten, enteramente, en opiniones individuales sobre la existencia o el contenido de las reglas de derecho. En la medida en que emanan de personas, o de organismos, a los que el juicio público reconoce la competencia necesaria, y en la medida en que, tanto en número como en coherencia, representan un imponente cuerpo de testimonios a favor de soluciones jurídicas, estas opiniones, o mejor dicho las fuerzas sociales que las traducen y que calificamos, según su origen, a veces *Doctrina*, a veces *Jurisprudencia*, pueden agruparse bajo la denominación genérica de *Autoridad*. Y, cuando esta *Autoridad* se viste con un sello de la antigüedad, que le da tanto el prestigio como la obsolescencia de una gran época, se convierte en una *Tradición*) (“*forces sociales (...), qui, ramenées à leurs éléments irréductibles, consistent, tout entières, en opinions individuelles, sur l’existence ou le contenu de règles de droit. En tant qu’elles émanent de personnes, ou de corps, auxquels le jugement public reconnaît la compétence nécessaire, et que, tant par leur nombre que par leur cohérence, elles représentent un faisceau imposant de témoignages en faveur de solutions juridiques, ces opinions, ou plutôt les forces sociales qui les traduisent et que nous qualifions, suivant leur origine, tantôt Doctrine, tantôt Jurisprudence, peuvent être groupées sous la dénomination générique d’Autorité. Et, quand cette Autorité est revêtue d’un cachet d’antiquité, qui lui donne, à la fois, le prestige et la caducité d’un grand âge, elle devient une Tradition*”). *Ibid.*, p. 2.

⁴⁷⁹ Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 513.

⁴⁸⁰ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d’interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁸² *Ibid.*, pp. 9-10.

⁴⁸³ *Ibid.*, pp. 10-11.

⁴⁸⁴ En este sentido, expresa Costa que la autoridad “es la prolongación de la tradición hasta el presente”. Cfr. COSTA, P., *op. cit.*, p. 381.

Para solucionar el problema de la autoridad y la tradición⁴⁸⁵ como fuentes del derecho, debemos preguntarnos sobre el valor práctico (de creación o transformación) que son capaces de aportar a las demás fuentes⁴⁸⁶.

En cuanto a la tradición, nos recuerda Géný que, para Savigny y Puchta, las reglas jurídicas que producen la doctrina son reglas nacidas de la conciencia del pueblo. Géný no tiene problemas en aceptar que la doctrina pueda funcionar como “traductora” de la conciencia del pueblo, pero las reglas que construyen sobre esa base son fruto de la opinión de los juristas y, con el paso del tiempo, no pueden gozar de la consideración de costumbre jurídica⁴⁸⁷.

En todo caso tanto la Tradición como la Autoridad quedan vinculadas al derecho vigente. La Tradición no puede sustituir a las disposiciones modernas y vigentes y su alegación no puede vincular obligatoriamente si no encuentra un fundamento en el derecho vigente⁴⁸⁸. El simple argumento de la Tradición (o Autoridad) no resulta con fuerza suficiente como para, sin más argumentos, contradecir una jurisprudencia reciente o incluso la propia legislación. Podrá valer, en todo caso, como *rationis imperio*⁴⁸⁹. No obstante, en los lugares dejados libres por la codificación, la Tradición y la Autoridad pueden ser traídas a colación como argumentos de autoridad, según el prestigio de su procedencia y el hecho de haberse impuesto en el pasado (*ratione imperii*), con indiferencia de su valor intrínseco, pero deberán ceder ante “ideas racionales o sociales” hoy en día preponderantes⁴⁹⁰. Aún sin ser fuente formal, la Tradición y la Autoridad siguen teniendo un valor “objetivo” y son de utilidad para la libre investigación del derecho⁴⁹¹.

⁴⁸⁵ Ya sea contenciosa, es decir como de Tribunal (*jurisprudence des arrêts*) o la jurisprudencia voluntaria (*jurisprudence gracieuse*) ejercida por las autoridades de derecho, es decir la Judicatura y el Notariado. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 11.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, pp. 60-61. Además, la formación del derecho consuetudinario se produciría más bien por vía de la autoridad (la práctica continuada de la jurisprudencia) que por vía de la tradición (la doctrina). *Ibid.*, p. 55. Ver apartado siguiente.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, pp. 17-18.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, pp. 18-19.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, pp. 19-20.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 27 *ab initio*. Para Costa, la tradición va a constituir el “lugar teórico” de la interpretación. Se permitirá encontrar una “razón objetiva” sobre la base de un terreno labrado durante siglos hasta el presente y oponerla a las frágiles “razones subjetivas” nacidas exclusivamente de la intersubjetividad. Cfr. COSTA, P., *op. cit.*, p. 382.

3.2.2. La jurisprudencia positiva

Como observa Gény, la jurisprudencia⁴⁹² se guiaba en un primer momento por una interpretación subjetiva y espontánea que tenía por referente o guía a la costumbre, y posteriormente se le impuso límites por la ley⁴⁹³. Queda por preguntarse si la jurisprudencia positiva debe erigirse como “fuente jurídica”⁴⁹⁴. Esta pregunta se traduce, de forma corriente, en saber si los tribunales tienen poder pretoriano, es decir, si los tribunales pueden emitir una regla general, que se imponga abstracta y más ampliamente por su valor como fuente formal⁴⁹⁵.

Para Gény los tribunales de su época no tienen poder pretoriano para dictar reglas generales. Debido al Estado político de la época de Gény (y en el nuestro) y por cuestiones constitucionales, no se puede admitir que el poder judicial tenga poder pretoriano para *crear* reglas legislativas, es decir, reglas de aplicación abstractas y generales, aunque se puede admitir la creación de *reglas de costumbre* que ayuden a interpretar la ley, pero que nunca tendrán su rango ni su alcance general y abstracto⁴⁹⁶.

Ahora bien, el argumento que pretende elevar a fuente formal la jurisprudencia positiva por el hecho mismo de su existencia, con todo lo que esto implica de vinculación para el intérprete, padece dos grandes defectos. En primer lugar, la jurisprudencia positiva es variable y contradictoria, lo que no le dota de la seguridad

⁴⁹² Es curioso ver como Gény atribuye distintas funciones a las jurisdicciones: Jurisdicción “de gracia” (jurisdicción voluntaria), Jurisdicción “simplificadora” y de “alerta” en los casos de “*ordonnances sur requête*” tramitadas por “*des juges de référé*” y que vendría a equivaler al planteamiento de medidas cautelares, Jurisdicción “pacificadores” y de “equidad” (conciliaciones, arbitrajes, tribunales laborales), Jurisdicciones contenciosas donde se producen verdaderas “luchas judiciales” centradas en los hechos y de los cuales hay que poder “extraer” o “concretar” el derecho aplicable “establecido”, Jurisdicción más “pura” que es la de casación y discute el derecho “puro” y los problemas de apreciación y de sanción (en el sentido de consecuencias y efectos) jurídica. *Ibid.*, pp. 141-142. Esta clasificación de jurisdicciones por su naturaleza y su fin nos abre a la idea de que cada jurisdicción no tiene necesariamente la misma forma de acercarse al derecho por el hecho de que buscan fines distintos.

⁴⁹³ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 5-6 de la “introducción” basado en la obra de SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, en su versión original alemana, 3ª ed, 1840, pp. 8-15.

⁴⁹⁴ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, pp. 34-35.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, pp. 35-36. Como aclara Grossi, Gény tiene dos buenas razones para admitir que la jurisprudencia positiva pueda intervenir en cierta medida en la “creación” del derecho. Lo primero es que el principio de separación de poderes adoptado en el Estado constitucional no puede ser considerado como un “dogma absoluto”. En segundo lugar, el poder creador del juez no se equipara al poder creador del legislador. El primero “crea” derecho para un caso concreto sometido a su decisión mientras que el segundo “crea” derecho con alcance general. Cfr. GROSSI, P., “Pagina introduttiva. (Ripensare Gény)”, *op. cit.* p. 37.

suficiente propia de una fuente formal. En segundo lugar, por vía del precedente se ofrece al intérprete (el juez) como fuente del derecho sus propias decisiones, pero eso sólo es admisible si concedemos a los tribunales un poder de creación del derecho del que no gozan en nuestra organización política ⁴⁹⁷. Podemos concluir que la jurisprudencia positiva a través de sus precedentes judiciales no constituye una fuente formal.

No obstante, el uso de los precedentes es bastante extendido en la práctica. Es frecuente que una decisión judicial, sin apoyos en la ley o en la razón, (o aun entendiéndolos, pero a efectos de complementar su decisión), se justifique sobre la base de precedentes judiciales ⁴⁹⁸. No obstante, el peso del precedente judicial, aun contribuyendo a la seguridad jurídica, puede bloquear el progreso de las instituciones. El juez, observa Géný citando un pasaje de Aguesseau, trabaja más haciendo uso de su memoria y de lo que cree saber, que del juicio y prefiere justificar un precedente que buscar una solución para el caso ⁴⁹⁹.

Esto, en general, se puede observar en la inexistencia de referencia a autores o citas de la tradición en las decisiones judiciales. Licari nos indica que, incluso en tiempos más recientes, la práctica de la citación o referenciación no es seguida por la jurisprudencia francesa, la cual es “lacónica, incluso sibilina, virgen de toda referencia doctrinal” hasta el punto de que es huérfana de toda filiación intelectual lo que lleva al intérprete a tener que conjeturar sobre la base de esa jurisprudencia, todo ello, a diferencia de la jurisprudencia de Luisiana (EEUU) en la que no hay reticencias a la citación doctrinal hasta el punto de que se han descubierto “más de una treintena de

⁴⁹⁷ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, pp. 31-32.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 32. Como afirma Lacretelle sobre la jurisprudencia: “Si entregáis la ciencia de las leyes a los espíritus nacidos esclavos de todo lo que se ha escrito o hecho antes de ellos, a los espíritus extraños al arte de enlazar las ideas, así como al don de concebirlas, pronto no tendréis como jurisprudencia más que un vasto montón de contradicciones, sutilezas, falsos principios y groseras incomprensiones: todas las leyes serán recopiladas y comentadas; serán menos conocidas, menos fáciles de entender y serán un recurso para las argucias; y como una ciencia sólo puede ser estudiada en los libros que se supone que la explican, será necesario devorar todos los vicios de las malas leyes y todas las extravagancias de los malos espíritus”. LACRETELLE, P. L., *op. cit.*, pp. 34-35.

sentencias” en las que *Méthode d’interprétation* es citado en una jurisdicción del Estado de Luisiana ⁵⁰⁰.

Es más, observa Chazal, que hoy en día asistimos a la sustitución del fetichismo de la ley por el “fetichismo de las sentencias de la Corte de casación”, cuyos comentaristas se limitan, la más de las veces, “a una descripción de la solución fijada” ⁵⁰¹. Para Ehrlich, la jurisprudencia hasta nuestros días ha trabajado con un conocimiento del derecho reducido al conocimiento del derecho vigente por vía de la ley positiva, la consulta de los libros de texto, el uso de la lógica y del sentido común ⁵⁰². Por ello afirma Serverin que la modernidad en el análisis de Gény se encuentra en el estudio de ese “funcionamiento del control de las decisiones de los jueces” por jueces de cortes supremas, todavía de actualidad ⁵⁰³.

Gény observa igualmente que los jurisconsultos se han aplicado cada vez más, “de manera desordenada y fragmentaria”, a la crítica de las decisiones judiciales que lleva emparejado el peligro de hacer dominar los hechos sobre el derecho, “perder de vista la unidad de las teorías jurídicas” retrasar si no eliminar para siempre “la síntesis completa y definitiva de dichas teorías, que es el fin supremo de la ciencia” aparte de convertir la ciencia jurídica en una pura y simple clasificación de precedentes ⁵⁰⁴. Para Martin, Gény fue un *arrétiste*, un “jurista comentador de decisiones judiciales”, pero un jurista que “posee la ciencia de la jurisprudencia” y que trata de lograr una “construcción práctica” del derecho combinando las soluciones de la jurisprudencia con sus propios conocimientos sobre el derecho ⁵⁰⁵.

Con todo ello, la jurisprudencia no constituye una fuente formal. No quiere decirse que Gény no atribuya ningún valor a la jurisprudencia, pero esta debe, según indica, influenciar al intérprete cuando es “constante”, “uniforme”, constituye un “bloque” y opera como *razón escrita*. Aunque el intérprete siga teniendo el deber de abordar esa jurisprudencia con espíritu crítico y estar dispuesto a no seguirla si

⁵⁰⁰ Cfr. LICARI, FRANÇOIS-XAVIER, "François Gény en Louisiane", en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Gény*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 91-113, p. 93.

⁵⁰¹ Cfr. CHAZAL, J., *op. cit.*, p. 133.

⁵⁰² Cfr. EHRLICH, E., *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 106.

⁵⁰³ Cfr. SERVERIN, É., *op. cit.*, pp. 369-370.

⁵⁰⁴ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d’interprétation...*, Tomo I, p. 4 de la «introduction».

⁵⁰⁵ Cfr. MARTIN, M., *op. cit.*, p. 114.

encuentra razones suficientes ⁵⁰⁶. Así queda claro que no podemos atribuir fuerza imperativa y por tanto fuerza vinculante a los precedentes judiciales, “por mucho que se repitan constante y firmemente”, ya que solo tendrán, en su caso, “autoridad de razón” que podrá llegar a ilustrar sobre la decisión más justa, pero nada más ⁵⁰⁷.

Ahora bien, afirma Gény que, si las prácticas que consagran una determinada jurisprudencia se consideran como obligatorias por los interesados y se siguen durante un tiempo suficientemente largo, se podría reconocer dicha práctica como una costumbre jurídica ⁵⁰⁸. Según Jestaz, para Gény, decididamente la jurisprudencia no está a la altura de la ley por lo que siendo una “simple autoridad de hecho” no puede crear derecho, pero puede, con el tiempo, servir de “impulsor” o “propulsor” de una costumbre jurídica ⁵⁰⁹. Para Jestaz, una vez convertida en precedente (o costumbre jurídica) esta no podrá ser *contra legem*, ni contraria al derecho natural ⁵¹⁰.

Una vez analizada la problemática de las fuentes formales (ley y costumbre) y la problemática de las fuentes no formales (la Autoridad, la Tradición y la jurisprudencia positiva) ⁵¹¹, pasamos a analizar el otro gran aporte de Gény al método jurídico de su tiempo: la libre investigación científica. Esta libre investigación como veremos permitirá suplir las lagunas que presentan las fuentes formales y acabar de dar coherencia y plenitud al método de interpretación del derecho. Así se presenta a nosotros un conjunto de fuentes no formales y un método nuevo que, como veremos, nos descubre la existencia de una nueva fuente: la naturaleza de las cosas que va a constituir la base de la ciencia del derecho que defiende Gény.

⁵⁰⁶ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 49. Como observa Arnaud, en definitiva, en Gény, “no es tanto la jurisprudencia la que interviene en la vida del derecho, sino la costumbre y la tradición doctrinal y científica”. Cfr. ARNAUD, ANDRÉ-JEAN, *Critique de la raison juridique. I. Où va la Sociologie du droit ?*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1981, p. 132.

⁵⁰⁷ Tampoco se puede atribuir fuerza vinculante a las decisiones doctrinales “por muy alto que sea su origen” debido a los mismos motivos. *Ibid.*, p. 71.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 51. Indica Deroussin que la jurisprudencia, en el pensamiento de Gény, facilitará “la prueba de la *opinio necessitatis*” que viene mucho mejor revelada por jurisprudencia. Cfr. DEROUSSIN, DAVID, “La coutume dans la doctrine civiliste après l'exégèse : un renouveau en trompe l'œil ?”, *op. cit.*, p. 196.

⁵⁰⁹ Cfr. JESTAZ, P., *op. cit.*, p. 47. Saleilles afirmará que la jurisprudencia es el elemento por excelencia de la formación jurídica. Es menos “ciega” que la costumbre, está menos “entregada al azar” y va formándose a base de “tanteos sucesivos”. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, prefacio de Saleilles, p. XXII.

⁵¹⁰ Cfr. JESTAZ, P., *op. cit.*, pp. 42-47.

⁵¹¹ Gény calificará tanto a la Autoridad, a la Tradición como a la jurisprudencia positiva como fuentes “sucedáneas” de las fuentes formales. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 495.

3.3. La libre investigación científica: un nuevo método para una nueva fuente del derecho

3.3.1. Concepto

Como indica Gény, la esencia del derecho se encuentra más allá de las fuentes formales (ley y costumbre). Las fuentes formales no son más que “revelaciones empíricas” destinadas a “guiar los juicios humanos” de un modo más preciso⁵¹². Esas fuentes formales, aunque doten de direcciones al intérprete, son deficientes para dar satisfacción a todas las exigencias de la vida jurídica y la libre investigación científica interviene para suplir las deficiencias de esas fuentes formales⁵¹³. Ahora bien, según Gény, aun partiendo del supuesto que el aplicador del derecho es capaz de conocer el grado de aplicación, el contenido y el alcance de una determinada *fuerza formal* para un caso concreto, las *fuentes formales* no darían cobertura suficiente a todas las cuestiones que levanta el problema de derecho por resolver y que deben ser tenidas en cuenta para la consecución de un resultado (o decisión) justo⁵¹⁴. Asumiendo este supuesto, el juez debe buscar bases objetivas, eliminando en la medida de lo posible toda influencia personal o particular, para dictar una solución. Este procedimiento junto a las exigencias que debe cumplir es lo que llamaríamos “libre investigación científica”⁵¹⁵.

La libre investigación científica no es arbitrariedad, ya que busca la objetividad de sus procedimientos, de los elementos que emplea y de sus resultados. Es, por un lado, “libre” porque no se encuentra sujeta a la acción propia de una fuente formal del derecho y es “científica” porque trabaja sobre la base de elementos objetivos⁵¹⁶. Por ello, la libre investigación científica permanecerá siempre a la “cabeza de la organización jurídica positiva”⁵¹⁷. Para Gény, la libre investigación científica permite

⁵¹² Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 221.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 146.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 74.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 78.

⁵¹⁶ *Ibid.* Para Rogers, la palabra “libre” en la expresión “libre investigación” significa que el juez “produce” y “aplica” normas de conducta que no provienen de “órganos reconocidos de gobierno”. Cfr. ROGERS, JAMES GRAFTON, “Vers une solution scientifique du problème de la libre décision judiciaire”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo II, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 552-573, p. 558.

⁵¹⁷ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 45-46.

descubrir “elementos objetivos” comprendidos en la naturaleza de las cosas. Pero investigar la naturaleza de las cosas implica “por una parte, cuestionar la razón y la conciencia para descubrir en nuestra naturaleza íntima los fundamentos mismos de la justicia” y por otra parte “abordar los fenómenos sociales para captar las leyes de su armonía y los principios de orden que requieren”⁵¹⁸. Así para Hakim, Gény no trata de “volver a la doctrina de la Escuela del derecho natural moderno” sino que acude a principios racionales y entidades morales que se encuentran en una “naturaleza superior de las cosas”⁵¹⁹.

Según Chazal, partiendo de que las fuentes formales no son exhaustivas, Gény plantea la libre investigación del derecho para tratar de conseguir, “sin el apoyo de la ley y la costumbre”, una solución que sea al mismo tiempo científica y fruto de un procedimiento riguroso⁵²⁰. Mayda rebautizará la “libre investigación científica” del derecho de Gény como “investigación objetiva y libre de una regla” (“*free objective search for a rule*”)⁵²¹. Defiende Segura Ortega que el movimiento de la libre investigación rebate el mito de la plenitud de la ley, pone de manifiesto la inadecuación de los medios que los sistemas ponen a disposición del jurista para resolver las lagunas y afirma la mayor importancia de las reglas obtenidas por libre investigación por ser estas más completas⁵²². La libre investigación rompe con el “dogma de la estatalidad del derecho”, modifica el sistema tradicional de fuentes y empieza a hablar de “justicia social”, “equidad”, “bien común”, “conciencia jurídica” y “sentimiento”⁵²³.

La libre investigación científica se presentaba, en un principio, con un carácter subjetivo e inconsistente debido a la gran libertad dejada al juez, que ha ido

⁵¹⁸ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 79, 82, 92, 94, 95, 102. Saleilles dirá que en el sistema de Gény, para interpretar el derecho, el juez debe situarse en las únicas realidades que están fuera del texto de la ley, en otras palabras, situarse fuera de las construcciones jurídicas y otros procedimientos técnicos. Esas realidades son: la idea de justicia (en la que se sitúa el derecho natural) y las “libres constataciones de la ciencia social experimental”. Cfr. SALEILLES, RAYMOND, “Ecole historique et Droit naturel, d'après quelques ouvrages récents”, *Revue trimestrielle de droit civil*, Tomo I, 1902, pp. 80-113, p. 89.

⁵¹⁹ Cfr. HAKIM, N., *L'autorité de la doctrine...*, *op. cit.*, p. 289 nota a pie de página 180.

⁵²⁰ Cfr. CHAZAL, J., *op. cit.*, p. 89.

⁵²¹ Cfr. MAYDA, J., “Gény and the common-law world: Thirty years later”, *op. cit.*, p. 193.

⁵²² Cfr. SEGURA ORTEGA, M., *op. cit.*, p. 430.

⁵²³ *Ibid.*, pp. 427-28. En este sentido, Thomasset recuerda la importancia de orientarse hacia el ideal de Justicia y de utilidad social. Cfr. THOMASSET, C., *op. cit.*, pp. 279-280.

restringiéndose conforme se iban multiplicando las leyes y asentando las costumbres ⁵²⁴. Ahora, el jurisconsulto se basa en la organización jurídica positiva, en la naturaleza de las cosas, y hace uso de procedimientos científicos ⁵²⁵. El jurisconsulto observa los hechos sociales y humanos, los clasifica, los reduce a tipos, en definitiva, les aplica procedimientos intelectuales inspirados por un orden de cosas superiores, que opera desde el sentimiento íntimo completando la “intuición primera” ⁵²⁶. Sostiene Thomasset y Laperrière, que la libre investigación científica de Géný usa de un método basado en la ciencia, pero también en la espiritualidad (una exploración de la naturaleza de las cosas desde una perspectiva humanista, no extraña del todo al tiempo de Géný) ⁵²⁷.

⁵²⁴ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 76. Como advirtiera ya Lacretelle: “La multiplicidad de las leyes es para los Estados el más cruel de los males; reduce a los ciudadanos a la ignorancia de las reglas que constituyen la base de sus deberes y los fundamentos de su seguridad; favorece la arbitrariedad, apoya al juez que quiere ponerse en el lugar del legislador”. LACRETELLE, P. L., *op. cit.*, p. 32.

⁵²⁵ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 88, 132. Como explica De Diego, La libre investigación científica permite “establecer un nexo dinámico” entre, por un lado, el juez (como intérprete) y la realidad social que viene “dada” y que va a permitir repensar lo “construido” (la norma positiva). Cfr. MONEREO PEREZ, JOSÉ LUIS, *Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio*, estudio preliminar de la obra de DE DIEGO, FELIPE CLEMENTE, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Comares, Granada, 2016, p. XXXIV. Siguiendo la reflexión de Magnon, este mismo nos indica que Géný se percató de la imposibilidad de escapar a una parte de apreciación subjetiva del juez y que la “ambición” de Géný está en “limitar esa parte de subjetividad del juez” formalizando un “método para juzgar”. Ese límite a la apreciación del juez se hará imponiéndole un método que busca lo “objetivo” por vía de la ciencia, no obstante, el autor constata que Géný no solo trae a colación el auxilio de otras ciencias, sino que también llama a elementos “subjetivos” o, según el autor, no científicos como es el “ius naturalismo” y el recurso a la “naturaleza de las cosas”. Cfr. MAGNON, X., *op. cit.*, pp. 6-7. Es importante aquí detenerse un momento en el concepto de “naturaleza de las cosas” de Géný. Como veremos más adelante, la “naturaleza de las cosas” es la fuente más segura y firme de preceptos jurídicos. En palabras de Géný: “Considero, a priori indiscutible, que los preceptos más firmes y fiables del derecho son los que surgen directamente de la naturaleza de las cosas, sin el intermediario de ninguna concepción ideal, que distorsiona siempre, de algún modo, las realidades”. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 86.

⁵²⁶ Géný menciona aquí una “intuición primera” que no tiene por qué vincularse exclusivamente a la intuición filosófica propuesta por Bergson. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 145-146. Para una exposición descriptiva del fenómeno de la intuición como elemento clave en la toma de decisiones judiciales véase HUTCHESON, JOSEPH C. JUNIOR, “Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire”, *op. cit.*, pp. 531-551.

⁵²⁷ Cfr. THOMASSET CLAUDE y RENÉ LAPERRIÈRE, *op. cit.*, pp. 274 y 290. Siguiendo a Castán Tobeñas, debemos distinguir la “libre investigación científica del derecho” de lo que es la llamada “escuela libre del derecho”. Esta última concepción no implica un verdadero método, es más bien “antimetódica”, porque, para ella, la interpretación jurídica no es otra cosa que “escoger, dentro de un margen de posibilidades que la ley señala, alguna de ellas, por un acto de voluntad del juez” sin especificar criterios que puedan vincular o restringir, o incluso simplemente dirigir al juez en ese elegir. Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho...*, *op. cit.*, p. 70. Véase, COSSIO, CARLOS, *El Derecho en el Derecho judicial*, Kraft, Buenos Aires, 1945, pp. 116 y ss. En opinión de Larenz, con este movimiento del “derecho libre” se pretende dar “preeminencia a la voluntad, al sentimiento o a la “intuición” frente a toda clase de decisión deducida y racionalmente procurada” y ante dificultades para extraer soluciones inmediatas de la ley, se remiten a la propia sensibilidad del juez. En el fondo, “los creadores del “derecho libre” han dejado que cada uno se lo represente como le parezca”. Cfr.

Desde luego podemos concluir que la libre investigación científica del derecho es la afirmación de la necesidad de una libre investigación (como método del derecho) guiada por procedimientos científicos adecuados para el derecho con el objetivo de averiguar objetivamente todos aquellos elementos del derecho no expresados en las fuentes formales. No obstante, la libre investigación del derecho tiene sus límites. Por último, Gény pone un ejemplo ilustrativo ⁵²⁸.

Según Gény no será de aplicación cuando existan unas disposiciones escritas o consuetudinarias claramente asentadas, unos principios generales obtenidos del conjunto de la organización jurídica, y no se podrá realizar para la fijación de delitos y penas, o para fijar cuestiones de orden público propias al Estado, así como, en general,

LARENZ, K., *op. cit.*, p. 83. Y, como muestra Legaz y Lacambra, el derecho libre siempre ha estado en oposición al derecho estatal y se presenta, “en su origen y validez” como “independiente del Estado”. Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 147. La libre investigación del derecho propuesta por Gény dará lugar a desarrollos, sobre todo en Estados Unidos, que sobrepasarán los límites que Gény ha asignado cuidadosamente a esta noción. Cfr. KOCOUREK, ALBERT., “La libre recherche en Amérique”, traducido por Jules Hella, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo II, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 459-502, p. 461. Según Petit, Kocourek identificará el movimiento del derecho libre con el realismo jurídico americano. Véase PETIT, CARLOS, “« A contributor to the method of investigation »”. Sobre la fortuna de Gény en America”, *op. cit.*, p. 263. Sobre la base de KOCOUREK, ALBERT, “Libre recherche en Amérique”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo II, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 459-502. Sin embargo, la libre investigación científica no adopta tan radicalmente esa independencia frente al Estado, frente a todo método racional o a toda objetividad ya que opera sólo para remediar las insuficiencias de las fuentes formales (el derecho estatal) y lo hace con el fin de subsanarlas por vías científicas sin nunca entrar en oposición con ellas. Nos dice Larenz que la expresión “doctrina del derecho libre” procede de una conferencia de Eugen Ehrlich del año 1903 que llevaba por título: *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*. Cfr. LARENZ, K., *op. cit.*, p. 82. Sin embargo, para Segura Ortega, desde una perspectiva histórica la obra de Ehrlich *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* es la precursora del movimiento del derecho libre, constituye su “documento fundacional”, pero el origen más inmediato se sitúa en el pensamiento de Gény, que se presenta a nosotros como su mayor inspirador. Cfr. SEGURA ORTEGA, M., *op. cit.*, pp. 425-426. Sin embargo, Castán Tobeñas aun reconociendo a Ehrlich como primer partidario de esta escuela, sitúa a Franz Adickes como precursor, “con su innovadora doctrina sobre las fuentes del Derecho”, concretándose definitivamente con la publicación conocida de Kantorowicz, bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius, con el título de “La lucha por la ciencia del Derecho”, aparecida en 1906. Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho (metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo)*, Reus, Madrid, 1947, pp. 113-114. Véase REICHEL, H., *La ley y la sentencia (orientación acerca de la doctrina actual sobre fuentes del Derecho y aplicación del último)*, traducción de Emilio Mañana, Reus, Madrid, 1921, p. 15 y ss. Aunque el origen del movimiento pueda situarse en Gény, este último cultivará la libre investigación científica sin nunca llegar a adoptar los presupuestos de la escuela libre del derecho.

⁵²⁸ Nos indica que la libre investigación del derecho al observar realidades naturales puede reconocer una incapacidad natural de un individuo, pero no puede, de por sí, establecer o crear una incapacidad jurídica. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 147. Entendemos que la incapacidad jurídica, necesariamente, debe ser reconocida por el derecho objetivo y ser tratada desde las fuentes formales.

para limitar las facultades naturales de los individuos ⁵²⁹. La libre investigación científica del derecho no puede ir en contra de las fuentes formales (ley y costumbre) bajo pretexto de corregirlas o modificarlas, ni tampoco puede ir en contra de los principios generales, estén estos explícitamente reconocidos o presentes en un estado “latente” dentro de nuestra organización jurídica ⁵³⁰. Aquí vemos claramente el carácter complementario de la libre investigación. Defiende Jestaz que el límite de la libre investigación se resume en la no obtención de resultados *contra legem* porque no puede intervenir más que para suplir la voluntad legislativa y dentro de los límites de esa voluntad ⁵³¹. Pensamos que la libre investigación es un método de interpretación que complementa la ley sobre la base de principios superiores (como la naturaleza de las cosas). De allí, que, para nosotros, los resultados de la libre investigación no podrán ir en contra el espíritu de la ley, aunque puedan ir contra su letra ⁵³².

En cuanto a la forma más concreta de proceder, la libre investigación científica se nutre de todas las ciencias morales, las ciencias de la vida social (ciencias morales y políticas) y las ciencias económicas ⁵³³. Se vuelca en la “observación social” que se presenta como un elemento clave del método jurídico ⁵³⁴ porque la libre investigación

⁵²⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 40-43. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 147.

⁵³⁰ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 147 y nota a pie de página núm. 2. Expone De Diego, explicando la doctrina de Enneccerus, que el juez interviene en su actividad creadora en la configuración, estructuración o modelación de relaciones jurídicas, es decir de derechos subjetivos, no pudiendo crear reglas de derecho objetivo por ser obligatorias o vinculantes para todos. Sigue explicando De Diego, siguiendo la doctrina de Max Gmür, que la libre investigación va destinada a descubrir reglas dentro del derecho objetivo (no crear reglas). La ordenación del derecho viene proporcionada por el derecho objetivo y la libre investigación va destinada a rellenar ese espacio, siendo el derecho positivo una manifestación más del derecho objetivo (una manifestación estatal por vía de la ley) y del conjunto de reglas obtenidas por libre investigación. Cfr. DE DIEGO, FELIPE CLEMENTE, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Comares, Granada, 2016, p. 72. De allí que, como lo entiende Monereo Pérez, la norma positiva (que no es más que técnica) puede “ser modulada y adaptada por el juez en el proceso de decisión judicial”. Cfr. MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, *El pensamiento científico jurídico de Gény...*, *op. cit.*, p. 74.

⁵³¹ Cfr. JESTAZ, P., *op. cit.*, pp. 49 y 51-52.

⁵³² Sostiene Timsit que a las construcciones jurídicas de la libre investigación científica le son de aplicación todo lo que Gény ha criticado a los exégetas. Una vez emprendido el camino de la libre investigación necesariamente nos alejamos del texto en favor de las construcciones de los juristas. Cfr. TIMSIT, G., “Gény, le juge et le silence”, *op. cit.*, p. 154.

⁵³³ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 137 y 143.

⁵³⁴ *Ibid.*, pp. 145-146. Es interesante poner de relieve como lo hace Rogers que los hombres, en su vida cotidiana, no se rigen por reglas imperativas y prohibiciones, sino que adecuan su conducta a “modelos” o “standards”. Todo actuar y pensar busca ajustarse a modelos que residen de forma no predefinida en la mente. La regla es entonces la forma simplificada de expresión cuando no se ha logrado expresar el “modelo real” que guía la conducta. Cfr. ROGERS, JAMES GRAFTON, “Vers une solution scientifique du problème de la libre décision judiciaire”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de*

busca una “adaptación de las reglas latentes del derecho a todos los hechos de la vida social”⁵³⁵. Según Kennedy y Belleau, el acudir a disciplinas distintas del derecho, pero conexas, es una práctica más judicial que doctrinal y esto lleva Gény a acercarse a la idea de Ehrlich de que la sociedad es portadora de una “vida jurídica”⁵³⁶. Sin por ello, como dice Chazal, atribuirle un papel excesivamente preponderante a diferencia de lo que hace León Duguit⁵³⁷. Esta apertura hacia la observación de lo social de la libre investigación científica ha visto su contrapartida en Estados-Unidos, con la *sociological jurisprudence* de Pound⁵³⁸.

Según Vagost, la libre investigación científica es científica porque se desvincula de los textos y acude a la investigación de los “elementos objetivos de lo real, al contexto”⁵³⁹. Para Castán Tobeñas, la libre investigación del derecho es un método válido debido justamente a que aspira a sustituir un derecho rígido y dogmático por “un derecho enraizado en la vida misma”⁵⁴⁰.

François Gény, Tomo II, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 552-573, pp. 564-565.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 79. Según Rogers, el juez debe, antes de decidir, “informarse primero sobre la estructura de la sociedad”. Cfr. ROGERS, JAMES GRAFTON, “Vers une solution scientifique du problème de la libre décision judiciaire”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo II, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 552-573, pp. 562-563.

⁵³⁶ Cfr. KENNEDY DUNCAN Y MARIE-CLAUDE BELLEAU, “François Gény aux États-Unis”, *op. cit.*, p. 329. En este sentido igualmente KIRAT, THIERRY, “Les théories de la jurisprudence de François Gény et Édouard Lambert et la common law : remarques sur la position de la *case-law method* par rapport à l'œuvre des deux juristes français”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 321-341, p. 329.

⁵³⁷ Cfr. CHAZAL, J., *op. cit.*, p. 88.

⁵³⁸ Cfr. KENNEDY DUNCAN Y MARIE-CLAUDE BELLEAU, “François Gény aux États-Unis”, *op. cit.*, p. 333. Para ver conexiones entre Gény y Pound (así como con Cardozo). Véase ROGERS, JAMES GRAFTON, “Vers une solution scientifique du problème de la libre décision judiciaire”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo II, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 552-573, pp. 562-568. Pound no defiende una libre investigación completamente “libre”, es decir, emancipada de cualquier sistema (sea el que sea). Cfr. KOCOUREK, ALBERT, “Libre recherche en Amérique”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo II, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 459-502, p. 474. Véase el estudio de KIRAT, THIERRY, “Les théories de la jurisprudence de François Gény et Édouard Lambert et la common law : remarques sur la position de la *case-law method* par rapport à l'œuvre des deux juristes français”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 321-341, particularmente pp. 332 y ss. Debemos, en nuestra opinión, matizar que si bien Gény ha contribuido a dar aceptación general al método sociológico del derecho nunca ha concebido este como suficientemente pleno para ser capaz de constituirse como método definitivo, sin perjuicio de poder integrarse y ofrecer “datos” sobre el derecho, sobre todo para la investigación de un “*dado*” social.

⁵³⁹ Cfr. VAGOST, E., *op. cit.*, p. 220. Véase FRYDMAN, B., *op. cit.*, p. 214.

⁵⁴⁰ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho...*, *op. cit.*, p. 116. Para Ehrlich, con la libre investigación científica se busca “una correcta apreciación de las circunstancias” a

La observación, algo estática, de los elementos positivos que nos proporciona la organización social no será suficiente para revelar las reglas que deben imponer la sanción social ⁵⁴¹. Para suplir a esa observación, Gény, tiene presente la sociología, pero la considera excesivamente joven y con un objeto algo “confuso”, y prefiere que los juristas acudan a otras disciplinas, algunas más teóricas como la filosofía, la psicología (individual y colectiva), la ética (individual y colectiva), el derecho público racional, la economía política, otras más prácticas, como la historia, la estadística, la legislación y jurisprudencia comparada, la práctica extrajudicial y notarial ⁵⁴².

Defiende Cachard que se trata de abrir el método jurídico para que se haga uso de las ciencias sociales ⁵⁴³. Es, para Julliot de la Morandiere, invitar a los jueces a estar atentos a las realidades sociales ⁵⁴⁴.

Pero para Kennedy y Belleau, la libre investigación científica del derecho no iba a alcanzar su objetivo de convertirse en una ciencia de la sociedad que revele objetivamente los problemas sociales ⁵⁴⁵. La libre investigación científica del derecho se iba a convertir en el instrumento de las ideologías políticas y sociales ⁵⁴⁶. Más aún, el

diferencia de la ley que simplemente extrae su fuerza del Estado. Cfr. EHRlich, E., *op. cit.*, p. 69. Sin embargo, Gény plantea la libre investigación científica para apreciar circunstancias, pero siempre dentro de un marco estatal o legal.

⁵⁴¹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 136. Como dirá Rogers, una vez que el juez ha estudiado la organización de la sociedad, puede buscar conservar los modelos de conducta que ha descubierto con su estudio o puede “emitir teorías” sobre la sociedad con el fin de “modelar la conducta de los hombres bajo la presión de la ley”. Cfr. ROGERS, JAMES GRAFTON, “Vers une solution scientifique du problème de la libre décision judiciaire”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo II, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 552-573, p. 569. De aquí vemos la importancia que desempeñara el “dado” ideal y el “dado” racional para la formulación de la regla jurídica. El “dado” racional e ideal (el derecho natural) crearán el “modelo” o “estándar” teórico que deberá “confrontarse” con el “modelo real” (el derecho objetivo) para conformar el derecho positivo (la regla jurídica).

⁵⁴² *Ibid.*, pp. 138-142.

⁵⁴³ Cfr. CACHARD, OLIVIER, “La libre recherche scientifique à son paroxysme : la jurisprudence arbitrale”, en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Gény*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 57-69, pp. 58-59.

⁵⁴⁴ Cfr. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, M., “François Gény et la jurisprudence française”, en AA.VV., *Le centenaire du doyen François Gény. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 67-83, p. 74.

⁵⁴⁵ Cfr. KENNEDY DUNCAN y MARIE-CLAUDE BELLEAU, “François Gény aux États-Unis”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 295-320, pp. 300-301.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, pp. 300-301 y 312. Es más para Saavedra y Maresca, la crítica a la que se pueden someter las distintas teorías sociales obtenidas por las investigaciones sociales no podrán dar como resultado una teoría más científicamente objetiva por el hecho de que las diferencias entre las teorías sociales se deben a diferencias ideológicas. Cfr. SAAVEDRA, MODESTO y MARIANO MARESCA, *op. cit.*, p. 152.

propio Oppetit, observa que los detractores del movimiento entienden la libre investigación científica del derecho como una forma de “conservatismo burgués”, un método que constituye “una barrera contra las ideas socialistas”⁵⁴⁷.

Aunque, ciertamente, la perspectiva de un conocimiento objetivo de *lo social* no se ha llegado a concretar, el estudio de *lo social* ha servido y sirve como elemento integrante para la configuración del derecho objetivo y el derecho positivo⁵⁴⁸.

Una vez mostrado definitivamente que los hechos sociales no son capaces de ofrecer razones y justificaciones suficientes para fijar las direcciones que deben tomar las conductas sociales, surge la pregunta de la *opinión pública*. Para Gény, la opinión pública no es una ciencia social y no puede imponerse como una autoridad para el intérprete ni servir de criterio a la hora de tratar de averiguar el derecho positivo, sin perjuicio de que este la tenga en cuenta como un elemento de hecho⁵⁴⁹. Opina Hakim que Gény está “lejos de estar abierto a las ciencias sociales” debido a su desprecio excesivo de la opinión pública⁵⁵⁰.

Bernuz Beneitez resume, de un modo muy completo, el funcionamiento de la libre investigación. Una vez la ley interpretada, la costumbre tenida en cuenta, analizada la doctrina y a la jurisprudencia, si el intérprete no encuentra una solución deberá acudir a la libre investigación del derecho que lo sitúa frente a la naturaleza de las cosas⁵⁵¹ que implica acudir a varias facultades íntimas (trascendente) y siempre bajo la consideración

⁵⁴⁷ Cfr. OPPETIT, B., *op. cit.*, pp. 111-112. Citando a ARNAUD, A-J., *Les juristes face à la société du XIXème siècle à nos jours*, P.U.F., coll. Sup., Paris, 1975, pp. 122-125. Para Grossi, el jurista, tanto teórico como práctico, proveniente de una tradición de dos siglos que inculca el más rígido positivismo ha visto en la “libre investigación científica” sólo el valor “provocativo” de “las conquistas de ley burguesa” olvidándose que la “libre investigación científica” se enmarca en el complejo entramado de ideas que forman el pensamiento jurídico de Gény. Cfr. GROSSI, P., “Pagina introduttiva. (Ripensare Gény)”, *op. cit.*, p. 3. Es más, para Saavedra y Maresca, los valores del positivismo legalista (seguridad, certeza, previsibilidad) son valores propiamente de la burguesía. Cfr. SAAVEDRA, MODESTO y MARIANO MARESCA, *op. cit.*, p. 154. Por lo que siendo la libre investigación un método abierto a completar la ley por vía de una ciencia del derecho basada en principios (naturaleza de las cosas) no se puede afirmar que la libre investigación defendida por Gény sirva los intereses burgueses, siendo, más bien lo contrario.

⁵⁴⁸ En este sentido, Monereo Pérez concluye que el “dado” real (e histórico), al situarse como premisa de un razonamiento jurídico que concluye en una norma jurídica (de derecho objetivo), permite crear un puente entre la realidad social (expresado con el “dado” real e histórico, y en última instancia en el derecho objetivo) y la ley positiva (expresada con la norma positiva). Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., *El pensamiento científico jurídico de Gény...*, *op. cit.*, pp. 30-31.

⁵⁴⁹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 82.

⁵⁵⁰ Cfr. HAKIM, N., “Droit naturel et histoire chez François Gény”, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁵¹ Cfr. BERNUZ BENEITEZ, M. J., *François Gény y el Derecho. La lucha contra el método exegético*, *op. cit.*, p. 101.

de los fenómenos sociales ⁵⁵² que se encuentran en lo que llama “naturaleza de las cosas positivas” ⁵⁵³ y de las cuales obtendremos el conocimiento por vía de la analogía aplicada a las fuentes formales, o con otros mecanismos como la economía o la costumbre política entre otros ⁵⁵⁴.

3.3.2. La naturaleza de las cosas: una nueva fuente del derecho

3.3.2.1. Explicación del concepto

Para Géný, el concepto de “naturaleza de las cosas” contiene todas las “relaciones de hecho” que van a componer la estructura de la regla jurídica. Esas “relaciones de hecho” se componen de todas aquellas relaciones que vienen impuestas al hombre como dadas, concretamente, relaciones de “orden físico, psicológico, moral o propiamente social, metafísico o trascendental” ⁵⁵⁵.

Géný deduce de esa “naturaleza de las cosas” una serie de “leyes naturales” (físicas, psicológicas, morales ⁵⁵⁶, sociales, o “metafísicas o trascendentales”) ⁵⁵⁷. Seguidamente, procede a clasificar esas “leyes naturales”, según procedimientos

⁵⁵² *Ibid.*, p. 106.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 110.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, pp. 111-112.

⁵⁵⁵ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 345. Esta naturaleza de las cosas engloba “la vida total de la humanidad” compuesta de la “naturaleza física, psicológica, moral, religiosa, económica, política, social”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 274-275. Es importante remarcar aquí que Géný sitúa el concepto de la “naturaleza de las cosas” a la base de la libre investigación científica. Pero, como veremos, el concepto de “naturaleza de las cosas” está a la base de toda la metodología y la ciencia del derecho. Por ello, lo encontraremos más allá de la libre investigación científica. El hecho de que Géný lo presentara dentro de su método en el lugar dedicado a la libre investigación científica puede explicarse por razones de oportunidad.

⁵⁵⁶ Por ejemplo, a la hora de hablar de derecho natural, Géný habla de “ley natural”, pero precisando que en esta sede la ley natural hace referencia a la “naturaleza moral del hombre”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 221.

⁵⁵⁷ Géný no pondrá ningún ejemplo concreto de ley natural, aunque remite a la concepción de la “naturaleza de las cosas” sostenida por Montesquieu. Tenemos que observar que Géný incluye dentro de la caracterización de las leyes naturales elementos metafísicos por lo que podríamos concluir que las leyes metafísicas son, para Géný, leyes naturales al hombre. “En medio” de estas leyes naturales el hombre actúa bajo la “influencia de sus deseos y creencias”. No obstante, ante esa confusión de deseos y creencias el hombre trata de cumplir su “destino”, que se caracteriza por la felicidad. Para alcanzar esa felicidad el hombre despliega todas sus facultades y trata de alcanzar la “realización de todo su ser”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 43-44.

intelectuales aplicados a la “realidad”. Distingue entre “leyes empíricas”, cercanas a la complejidad de los hechos, con un grado de abstracción medio y por ello resultan ser menos aprehensibles para el espíritu y “leyes ideales o teóricas” que se sitúan en un mayor nivel de abstracción por ser puras construcciones del espíritu y ofrecen una simplificación artificial ⁵⁵⁸.

Lo característico de estas “leyes de la naturaleza” (tanto empíricas como ideales) es que se imponen al hombre y no pueden ser infringidas por “una voluntad rebelde”. Sin embargo, el resto de leyes o preceptos se proponen al libre arbitrio y pueden ser infringidas (aún bajo el control de la razón) ⁵⁵⁹.

Gény perfila el concepto de “naturaleza de las cosas” introduciendo una subcategoría que denomina “naturaleza de las cosas positivas”. Esta noción integra el conjunto de “condiciones” que forman la “atmósfera de la vida exterior del derecho”, es decir, el conjunto de fenómenos sociales que conforman una sociedad dada. Afirma que la investigación de los fenómenos sociales es la base firme y única legítima para empezar a construir un sistema jurídico e imponer soluciones jurídicas a una comunidad, advirtiendo que el mero análisis de las relaciones de la vida social no será suficiente para averiguar con certeza la norma que debe regir ⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 134.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, pp. 44-45.

⁵⁶⁰ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 89. Como bien observa Villey, la noción moderna de naturaleza de las cosas (desde el siglo XV hasta la actualidad) ha servido para justificar las ciencias naturales modernas. Estas han visto en la “naturaleza” la ciencia que estudia la relación de causalidad entre los cuerpos y han trasladado esa visión de un mundo puramente mecanicista al estudio y explicación de las sociedades humanas. Así, no sólo el mundo de los cuerpos se rige por un determinismo naturalista sino también las sociedades humanas (y con ello la legislación y el derecho) se ven sometidas al imperio de un derecho natural aún más implacable que el de la época clásica. Cfr. VILLEY, M., “La nature des choses dans l’histoire de la philosophie du droit”, *op. cit.*, pp. 78-79. Según Bobbio, cuando un jurista habla de la “naturaleza de las cosas” no habla de una concepción metafísica de la naturaleza que explique las leyes del mundo físico y moral y del cual puedan deducirse un sistema jurídico, sino que la entiende como “los caracteres o elementos constitutivos de una relación o de una institución jurídica en una determinada sociedad históricamente condicionada”. Cfr. BOBBIO, N., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, prólogo de Luigi Ferrajoli, traducción de Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, 2015. (Primera edición publicada en 1965), p. 187. Así la doctrina de la “naturaleza de las cosas” establece relaciones de medios a fines. Esta doctrina permite concebir el derecho como “una técnica de convivencia social”, lo que, según Bobbio, es la forma más convincente de considerar el derecho. *Ibid.*, p. 188. Así, la naturaleza de las cosas [debemos entender aquí lo que entiende Gény por “naturaleza de las cosas positivas”] sólo permitirá constatar realidades de medios a fines, pero los fines serán marcados por juicios de valor que no se extraen de la naturaleza. Por ejemplo, dice Bobbio, si consideramos fijar una regla jurídica que estipule la edad mínima para contraer matrimonio, tendremos que tener en cuenta el fin del matrimonio. Si consideramos que el fin del matrimonio es la procreación podremos fijar la edad según criterios fisiológicos. Si consideramos

Una vez asentada la idea de una base constituida sobre los fenómenos sociales nos recuerda que la idea de “naturaleza de las cosas”, entendida en su totalidad, incorpora la idea de justicia y esta idea escapa a “la observación y a la experiencia sensible”. Se sitúa en nuestra “naturaleza íntima” y se investiga por la “razón y la conciencia”. Esa idea de “naturaleza íntima” podemos conectarla con lo que Gény denomina “naturaleza humana” o “naturaleza del hombre” que rige y ordena el derecho y necesita de “ciertos poderes”, como la razón y la conciencia, para realizarse y desarrollarse ⁵⁶¹.

En resumen, necesitamos reunir en un mismo esfuerzo tanto la *naturaleza de las cosas positivas* como la *naturaleza humana* para su puesta en práctica a casos concretos ⁵⁶². Tenemos entonces, como advierte Peset Reig, que el pensamiento de Gény se mueve entre una “vida social” más cambiante y una “naturaleza humana, más inmóvil” ⁵⁶³.

como fin del matrimonio la comunidad económica (aparte de la procreación), elevaremos la edad mínima para contraerlo según criterios de capacidad económica. *Ibid.*, p. 189. No obstante, la naturaleza de las cosas positivas, tal cual la considera Gény, permitirá poner “límites” y “frenos” a los juicios de valor (ideologías) al imponerles un marco físico-natural y social ineludible que sirve de soporte para la reflexión axiológica. Como dice Villey, “el fin de las teorías de la naturaleza de las cosas es el de protegernos contra las *ideologías* que engendra el racionalismo, y de restaurar en el derecho el método de observación de los hechos sociales”. Cfr. VILLEY, M., “La nature des choses dans l’histoire de la philosophie du droit”, *op. cit.*, p. 80. Es más, para Hurtado Bautista, “la naturaleza de las cosas es el soporte objetivo del derecho”. La naturaleza de las cosas no es otra que el “conocimiento objetivo y real de las relaciones naturales”. Dado que el hombre debe perfeccionar su conocimiento de la naturaleza de las cosas, el derecho (que depende de ella) podrá verse modificado conforme el hombre avance y perfeccione el conocimiento que tiene de aquella. Cfr. HURTADO BAUTISTA, M., “Droit et nature des choses dans la philosophie hispanique du droit”, *Droit et Nature des Choses. Travaux du colloque de philosophie du droit comparé. Extrait des annales de la faculté de droit et sciences économiques de Toulouse*, Dalloz, Paris, 1965, pp. 177-191, p. 179.

⁵⁶¹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d’interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 92-93. Es interesante recordar la visión ontológica que tiene Gény del hombre. Para él, el hombre, cuyo destino es alcanzar la felicidad dentro del conjunto de leyes naturales que se le imponen (incluyendo leyes metafísicas) está “(...) inclinado a seguir sus apetitos, utiliza todos los poderes, que siente dentro de sí mismo, para asegurar, en el mundo que le rodea y del que intenta apropiarse, el desarrollo y la realización de todo su ser” (“(...) *incliné à suivre ses appétits, emploie toutes les puissances, qu’il sent en lui-même, pour assurer, dans le monde qui l’environne et qu’il cherche à s’approprier, le développement et comme l’épanouissement de tout son être*”). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 43-44.

⁵⁶² Cfr. GÉNY, F., *Méthode d’interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 92-93. Podemos apreciar aquí cómo en Gény el concepto de “naturaleza de las cosas” resulta ser más cercano a las doctrinas clásicas de la “naturaleza” (doctrinas clásicas del derecho natural) que a las doctrinas modernas. Como bien explica Villey, en las doctrinas clásicas del derecho natural, el derecho se obtiene de “toda la naturaleza” y no sólo de la idea abstracta de una “naturaleza humana” (como esencia del individuo) según lo entienden los modernos. Cfr. VILLEY, M., “La nature des choses dans l’histoire de la philosophie du droit”, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁶³ Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 558.

Advierte Lorca Martín de Villodres que ese importante peso de lo social en la doctrina de la naturaleza de las cosas, parece encerrar la idea de un derecho vivo dentro de la propia comunidad social ⁵⁶⁴. Es tanto así que el propio Gény, basándose en Runde, asemeja la “naturaleza de las cosas” a una “fuente (*lato sensu*) del derecho positivo”, un derecho común “general” ⁵⁶⁵ y “subsidiario” a las fuentes formales ⁵⁶⁶. Como explica Costa, se devalúa la interpretación estricta de la ley, de carácter inevitablemente subjetivo, a una interpretación más amplia, que pregunta directamente a “las cosas mismas”, lo que nos acerca a la idea de una interpretación más “objetiva”. El segundo aspecto interesante es que la comprensión de “las cosas mismas” y su normatividad intrínseca, “se concibe como garante de una interpretación (básicamente al menos) que ya no se basa en la evaluación cuestionable de un sujeto, sino en la transparencia de la “realidad”” ⁵⁶⁷.

Aunque Gény nunca declare formalmente que la “naturaleza de las cosas” constituya una fuente formal, pero su valor constructivo es tan importante que nos ofrece, derivado de esa naturaleza de las cosas, los elementos que deben componer un sistema jurídico positivo” ⁵⁶⁸. Como veremos más adelante, la idea de la “naturaleza de las cosas” se desglosará en una serie de elementos que Gény denomina “dados” (“*donnés*”) y que van a componer la base de la elaboración científica del derecho ⁵⁶⁹.

⁵⁶⁴ Cfr. LORCA MARTÍN DE VILLODRES, MARÍA ISABEL, "La experiencia jurídica actual desde la clásica doctrina filosófica de la naturaleza de las cosas. Una posible vía para la reconciliación entre el derecho natural y el derecho positivo", *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 68, 2013, pp. 39-75, p. 75.

⁵⁶⁵ Se pregunta Peset Reig si con esa búsqueda de un derecho común general, en el fondo: “¿Sería demasiado afirmar que se trata de un intento ecléctico entre un iusnaturalismo un tanto abstracto y la enérgica llamada a la realidad de la escuela histórica y el positivismo naturalista?” PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 558.

⁵⁶⁶ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 89.

⁵⁶⁷ Cfr. COSTA, P., *op. cit.*, pp. 383-384.

⁵⁶⁸ 1º) Toda voluntad humana tiende a un fin. 2º) La organización jurídica se compone de “operaciones” entre voluntades humanas. 3º) Por lo que la organización jurídica está dominada por el “movimiento” de esas operaciones de voluntades humanas y por tanto por los fines a los que van destinadas (fines prácticos). 4º) Por lo que el fin crea el derecho. Lo único relevante del derecho es el cúmulo de fines de las distintas voluntades que operan. 5º) Para aplicar el derecho, se trataría de buscar en cada caso particular el fin que hay que conseguir para de ahí, obtener la regla de derecho. 6º) Hay que suponer que los fines son previamente conocidos. Debemos conocer con seguridad y certeza los fines que dominan la voluntad humana. 7º) Hay que elegir entre los diversos medios posibles para conseguir el/los fin/es. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, sec. 90-91.

⁵⁶⁹ Lo “dado” no sólo se presenta para la elaboración del derecho legislado, sino que es la materia prima de todo el derecho, incluido aquel no expresamente recogido por la legislación positiva.

Una vez analizado el concepto de naturaleza de las cosas, Gény se detiene en el concepto de justicia. En cuanto al desarrollo de la idea de justicia en el pensamiento de Gény y sobre todo el lugar que ocupa dentro del desarrollo sistemático de su obra y de su método para el derecho, es preciso realizar una serie de observaciones y precisiones. Gény concibe la justicia como una exigencia del derecho positivo. La justicia se sitúa por encima de las fuentes formales y como tal, el intérprete debe buscar la justicia por medio de la libre investigación científica. De allí que Gény presente primeramente la idea de justicia como la noción de “lo justo objetivo” y la encuadre dentro del Capítulo específicamente dedicado a la libre investigación científica del derecho ⁵⁷⁰. Posteriormente, en *Science et Technique* Gény presenta más genéricamente la idea de justicia como idea que permite jerarquizar los preceptos del derecho positivo. Por ello, la justicia se presenta como la idea base para la constitución de todo el derecho positivo ⁵⁷¹.

Hemos decidido exponer, en un mismo apartado, y dentro del punto dedicado a la libre investigación del derecho en el pensamiento de Gény, la noción de justicia debido a que, como hemos explicado, esta noción queda vinculada ineluctablemente a la doctrina de la naturaleza de las cosas que acabamos de exponer y, como veremos, explica plenamente el concepto de justicia que adoptará Gény.

3.3.2.2. La justicia y la utilidad

La justicia más abstracta también denominada “justo objetivo en sí mismo”⁵⁷² está basada en la razón ⁵⁷³. Sus principios se encuentran en las ideas puras ⁵⁷⁴ y se desarrollan por una combinación de razón pura y de razón práctica ⁵⁷⁵. Lo justo objetivo o la justicia objetiva se presenta como una concreción de esa justicia más abstracta; La

⁵⁷⁰ Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, nº 161, 162.

⁵⁷¹ Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, nº 171, 172, 173.

⁵⁷² *Ibid.*, p. 394.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 392.

⁵⁷⁴ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 103.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 100.

justicia objetiva se compondría de varios escalones partiendo de la razón pura y descendiendo hasta los hechos ⁵⁷⁶.

Por encima de la idea de justicia se encuentra la idea de bien a la cual no sólo tiende lo justo sino también la utilidad ⁵⁷⁷ aun siendo aquella distinta de estos ⁵⁷⁸. Así, para GénY el fin último de la jurisprudencia es la realización de distintos componentes del bien, que son, en primer lugar, la justicia, en segundo lugar, la utilidad, y, de forma más residual, los usos de la vida (o la moral) ⁵⁷⁹. Podemos pensar que para GénY la justicia es superior a la utilidad. Primero califica la utilidad como una simple “consideración práctica” ⁵⁸⁰. Además, GénY define la utilidad por el “bien del mayor número” según lo entiende la “opinión común” ⁵⁸¹, lo que dista de ser un criterio científico. Por último, podemos ver la semejanza de planteamiento con Boistel (estudiado por GénY) que considera lo justo como “el elemento más específico del derecho” resultando distinto a los “postulados contingentes” de la utilidad, de la conveniencia, de la oportunidad” ⁵⁸².

Queda claro entonces que el derecho deberá realizar la justicia y la utilidad como “elementos esenciales del orden social” ⁵⁸³. Por lo que el intérprete deberá considerar el esquema justicia-utilidad-usos de la vida dentro de su libre investigación.

3.3.2.3. La equidad

GénY se plantea el papel de la equidad dentro del derecho positivo y se preocupa de legitimar su aplicación como un elemento más del método. Según GénY nada parece distinguir claramente la idea de justicia de la idea de equidad. Ahora bien, según su

⁵⁷⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 393.

⁵⁷⁷ Según GénY, la jurisprudencia debe “descubrir” el bien “con la ayuda de lo verdadero” (o la verdad). Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 103.

⁵⁷⁸ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁷⁹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 103-104.

⁵⁸⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 26. Veremos más adelante que la utilidad es una noción que encuentra mayor aplicación en el ámbito de la técnica jurídica.

⁵⁸¹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 91. Podemos aventurar la existencia de un vínculo entre ese término de “opinión común” con la idea de “opinión pública”. La “opinión pública” para GénY, no es más que un “sentimiento general” sobre el “conjunto de intereses” que está poco o mal determinado. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁵⁸² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 281.

⁵⁸³ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 26.

propio criterio, la equidad es un sentimiento “inconsciente y no razonado” sobre las exigencias del derecho y que por ello es similar a toda otra manifestación o revelación de la conciencia moral. La equidad se basa en impresiones “mal determinadas” y en la creencia en la existencia de verdades morales conformando el “instinto” jurídico que puede legítimamente ser aplicado en la búsqueda de soluciones, porque así lo viene haciendo la práctica judicial y lo determina la experiencia ⁵⁸⁴.

Para Gény la equidad presenta dos aspectos fundamentales, por un lado, como facultad más general y abstracta, destinada a hallar la solución “mejor y más conforme con el fin de toda organización jurídica” y, por otro lado, como facultad “individual” destinada a tratar las “circunstancias particulares” de una “situación concreta” ⁵⁸⁵.

Gény advierte que la “adaptación a los hechos de la idea de justicia” que se pretende por medio de la equidad debe hacerse sin vulnerar las exigencias de la justicia o de la “naturaleza de las cosas positivas” ⁵⁸⁶. Ante el temor frente a la subjetividad, Gény se limita a aceptar exclusivamente como viable la equidad destinada a encontrar soluciones generales y abstractas y dejar la equidad destinada a encontrar soluciones particulares para circunstancias excepcionales ⁵⁸⁷. Para Gény la “equidad individual” no puede contradecir la ley positiva ni los resultados de la libre investigación ⁵⁸⁸. Entendemos que la equidad “individual” opera como un instrumento que viene a socorrer al intérprete cuando este se encuentra con elementos poco determinados aun

⁵⁸⁴ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 109-111. Como recuerda Grossi, la equidad apela a la “conciencia” (incluso para la exégesis), por lo que la “conciencia” no puede ser eliminada del derecho o, al menos, de la reflexión sobre el derecho. Cfr. GROSSI, P., “Pagina introduttiva. (Ripensare Gény)”, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, pp. 110-112. Podemos ver una semejanza con la noción de equidad que defiende Aristóteles. La equidad es, para Aristóteles, un tipo de justicia, concretamente, una “subclase de la justicia política”. La equidad rectifica lo “justo legal”, a veces, excesivamente riguroso, por lo “justo por naturaleza”. Se puede abordar por dos vías. Por un lado, debido al carácter de generalidad que posee la ley, esta no se adapta a los casos concretos y la equidad permite “rectificar” las normas legales para “aplicarlas” al caso concreto. Por otro lado, en una relación jurídica entre dos individuos puede producirse una situación de injusticia al aplicar la ley al caso. En esta situación la equidad interviene para temperar la ley y aplicarla con mayor indulgencia y flexibilidad. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 112-113. En cuanto a la equidad, Del Vecchio distingue entre el concepto griego de equidad que significa “conveniencia”, “mitigación”, del concepto de equidad romano (*aequitas*) que “denota igualdad”, “rigor en la realización de la justicia”. Cfr. DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 356 nota a pie de página número 1.

⁵⁸⁶ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 113. Como observa Hakim, Gény denuncia que la equidad no es fuente del derecho (la presenta como una fuente auxiliar de interpretación del derecho) y prefiere acercarla a la idea de justicia. Cfr. HAKIM, N., *L'autorité de la doctrine...*, *op. cit.*, p. 287 nota a pie de página 171.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, pp. 110-111.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, pp. 112-113.

por las leyes positivas o por la libre investigación y que, sin embargo, entran dentro de las consideraciones de justicia y merecen ser tenidos en cuenta.

3.3.3. La analogía

3.3.3.1. Aproximación al concepto de analogía

En primer lugar, debemos distinguir la interpretación extensiva de la ley de la analogía ⁵⁸⁹. La analogía es descartada como procedimiento de interpretación de la ley, es decir, de su texto y de la voluntad legislativa ⁵⁹⁰. Se descarta igualmente que la analogía se extraiga de la voluntad del legislador y menos aún de la costumbre ⁵⁹¹. Gény ha adoptado una concepción de la analogía que, según Peset Reig, “degrada” el concepto mismo de analogía hasta el punto de que esta ya no consiste más en “extraer la voluntad del legislador” ⁵⁹².

La analogía opera en los “vacíos dejados por las fuentes formales” ⁵⁹³. Toma su apoyo objetivo en las disposiciones legales, desligándose de la voluntad subjetiva del legislador y tomando la ley en sí misma como elemento objetivo de nuestra organización social ⁵⁹⁴. Con ese apoyo en la ley, se busca que la analogía sea uno de los procedimientos de la libre investigación más seguros ⁵⁹⁵. El jurisconsulto tomará un elemento positivo de la ley y con ello elaborará, según su criterio, “construcciones independientes”, considerando las condiciones de tiempo y lugar, las circunstancias

⁵⁸⁹ Como dice Gény, la interpretación extensiva trata de averiguar la voluntad del legislador para aquellos casos no expresamente previstos en su texto, mientras que la analogía intenta dar solución a problemas no previstos por las leyes con independencia de la concreta voluntad del legislador. Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 304 y 309-310.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, pp. 313-314.

⁵⁹¹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 117.

⁵⁹² Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 562.

⁵⁹³ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 312.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, pp. 312-314.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 314.

posteriores a la ley todo ello con los únicos límites de la justicia y la utilidad social ⁵⁹⁶. Como afirma Peset Reig, la analogía “no goza por tanto de la autoridad de la ley” ⁵⁹⁷.

Según Gény, la analogía tiene una base sociológica ⁵⁹⁸. Pero junto a la sociología (disciplina que, en la época en la que escribe Gény, no tiene el suficiente desarrollo), Gény nos invita a considerar en nuestras investigaciones, de forma seria, las siguientes disciplinas con el fin de abordar la analogía con más firmeza y seguridad: La filosofía, la psicología (que permite separar lo que se debe al “azar de la naturaleza” frente a lo que está ligado con la voluntad humana), la ética (individual y colectiva), el derecho público racional (como encargado de determinar cuáles son los sacrificios que se pueden exigir a los derecho individuales de cada uno de los individuos frente al interés general “sintetizado en los derechos del Estado”), la economía política, y la historia (como recolectora por excelencia de la experiencia humana, y dicha experiencia humana fecunda provechosamente la reflexión) ⁵⁹⁹. La analogía es, por tanto, un procedimiento más libre y a la vez más peligroso y abierto a todo tipo de construcciones jurídicas ⁶⁰⁰. Es importante destacar que, para Gény (citando a Zitelmann), la analogía no es un mero instrumento lógico, sino que es un criterio de apreciación de valores ⁶⁰¹.

Afirma Segura Ortega, que la analogía es un procedimiento de creación de derecho y no un simple procedimiento lógico basado en las disposiciones legislativas, porque tiene en cuenta las consideraciones sociales en juego, extrae los valores

⁵⁹⁶ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 125. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 315. Gény recuerda que “el ordenamiento jurídico privado, que se reduce esencialmente a una conciliación de las actividades libres y a la armonía de intereses, con vistas a un fin superior, no puede, - fuera de la ley escrita, que nunca ofrece más que una revelación incompleta, - encontrar sus bases profundas y firmes, más que en la justicia y la utilidad social, únicos elementos objetivos capaces de sugerir las reglas basadas en la naturaleza de las cosas y adaptadas a las exigencias de la vida” (“*L'ordre juridique privé, se ramenant essentiellement à une conciliation d'activités libres et à une harmonie d'intérêts, en vue d'une finalité supérieure, ne peut, - en dehors de la loi écrite, qui n'en offre jamais qu'une révélation incomplète, - trouver ses bases, profondes et fermes, que dans la justice et l'utilité sociale, seuls éléments objectifs capables d'en suggérer les règles, fondées sur la nature des choses et adaptées aux exigences de la vie*”). GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 187-188.

⁵⁹⁷ Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 562.

⁵⁹⁸ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 130 y 304.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, pp. 138-141.

⁶⁰⁰ Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 309-310.

⁶⁰¹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 358 citando a Zitelmann en Lücken im Rechts, páginas 6, 10 y ss.

presentes y pondera los intereses en conflicto, todo lo cual, no se encuentra expresado en la ley ⁶⁰².

Segura Ortega recuerda que la aplicación de un método interpretativo u otro dependerá del resultado que se pretenda alcanzar y dichos métodos servirán para justificar la lógica de ese resultado, por ello, lo importante, con el fin de regular, en el juez, la arbitrariedad en la determinación del resultado que posteriormente será justificado por uno de esos procedimientos es fijar criterios de fin o enjuiciamientos de los resultados ⁶⁰³. En esa misma línea, Ehrlich sostiene que, si el derecho no se preocupa de fijar esos criterios o fines, la analogía no constituirá un método fiable, o más seguro para fundamentar la seguridad jurídica o la garantía de una administración imparcial de la justicia ⁶⁰⁴.

Magnon entiende que la “técnica de la analogía” propuesta por Gény encuentra su base sólida de funcionamiento en su dimensión sociológica y en las exigencias íntimas del derecho positivo y nos invita a adoptar una mirada multidisciplinar que abarque todas las ciencias sociales, porque en ellas encontraremos “reveladas” las realidades objetivas y sus principios ⁶⁰⁵. Pensamos que en Gény, las realidades objetivas y sus principios, como bien ha observado Magnon, van a constituir el conjunto de fines propios de la analogía.

3.3.3.2. Funcionamiento de la analogía

En este apartado vamos a explicar el funcionamiento del procedimiento analógico en el método de Gény.

⁶⁰² Cfr. SEGURA ORTEGA, M., *op. cit.*, p. 433.

⁶⁰³ *Ibid.*, pp. 433-434.

⁶⁰⁴ Cfr. EHRLICH, E., *op. cit.*, pp. 72-73.

⁶⁰⁵ Cfr. MAGNON, X., *op. cit.*, pp. 10 y 11.

La analogía traspasa, por la similitud de las situaciones y la identidad de razón jurídica, “ciertas reglas legales a casos que resultan ser ajenos al texto y a la voluntad misma del legislador”⁶⁰⁶.

Si la analogía se basa en una disposición especial y precisa de la ley, entonces se denomina “analogía de ley” y si “se apoya en los principios consagrados en la legislación escrita tomada en su conjunto”, se denomina “analogía de derecho”⁶⁰⁷. Desde luego, las soluciones obtenidas por analogía tienen menos peso que las obtenidas directamente de la ley⁶⁰⁸. La analogía, como indica Gény, se presenta así como un método para desarrollar los principios jurídicos contenidos “embrionariamente” en las reglas positivas, y así poder multiplicar sus consecuencias, ya sea trabajando directamente sobre los textos positivos para ampliar el abanico de soluciones (analogía de ley) o ya sea para descubrir “reglas latentes” que informan nuestro ordenamiento y que facilite la aplicación de sus textos (analogía de derecho)⁶⁰⁹.

A nuestro entender, ya que la analogía trata de trasladar los efectos jurídicos de una hipótesis regulada a una hipótesis no regulada, es necesario encontrar un principio o vínculo entre la hipótesis regulada y la que no lo está. El principio o vínculo más relevante, siguiendo a Gény, será, para la analogía de ley, el que justifica la existencia de la disposición legislativa que se quiere coger como modelo, es decir, el conjunto de motivos de orden moral, social y económico que tratan de satisfacer el principio de justicia o de utilidad general al que apunta como fin toda nuestra organización jurídica

⁶⁰⁶ La analogía “representa siempre el traspaso de ciertas reglas legales a casos ajenos al texto y a la voluntad misma del legislador, por razón de la similitud de las situaciones y la identidad del razonamiento jurídico” (“*représente toujours le transport de certaines règles légales à des cas restés étrangers au texte et à la volonté même du législateur, à raison de la similitude des situations et de l'identité de raison juridique*”). GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 307.

⁶⁰⁷ “En todo caso, hay que decir que la analogía induce una solución, para un estado de cosas determinado, de una similitud fundamental entre esa situación y la que la ley ha establecido. - Dependiendo de si la inducción se basa en una disposición especial y precisa de la ley, o si se apoya en los principios consagrados por la legislación escrita, tomada en su conjunto, puede distinguirse, según una terminología que se ha convertido en habitual entre los juriconsultos alemanes, entre analogía de la ley (*Gesetzesanalogie*) y analogía de derecho (*Rechtsanalogie*)” (“*Dans tous les cas, on doit dire que l'analogie induit une solution, pour un état de fait donné, d'une similitude fondamentale, entre cette situation et celle que la loi a réglée.—Suivant que l'induction s'appuie à une disposition spéciale et précise de la loi, ou qu'elle s'étaie des principes consacrés par la législation écrite, prise dans son ensemble, on peut la distinguer, d'après une terminologie, devenue usuelle chez les juriconsultes allemands, en analogie de la loi (Gesetzesanalogie) et analogie du droit (Rechtsanalogie)*”). GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 305.

⁶⁰⁸ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 315.

⁶⁰⁹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 122.

⁶¹⁰. Sin embargo, la analogía de derecho sólo se apoya levemente en el sistema de derecho positivo y reduce al mínimo el peso de las fuentes formales dentro de su procedimiento, ya que no parte de la manifestación más explícita de las fuentes formales, es decir, de los preceptos escritos, sino que parte de la “teoría” o “espíritu” que está en la base de esas fuentes ⁶¹¹.

Se trata, como indica Géný, de delimitar dentro del ilimitado campo de motivos de orden moral, social y económico, y el ilimitado número de posibilidades en cuanto a la configuración y combinación de dichos motivos, cuáles han sido los concretos motivos que la ley ha decidido adoptar para hallar el llamado como “espíritu de la ley”, el cual constituye un verdadero principio jurídico ⁶¹². Es más, como afirma Géný, el valor de los resultados del procedimiento analógico viene dado por la firmeza y la seguridad de la inducción, que sirve para extraer de la ley su principio y atribuirle cierta generalidad ⁶¹³.

Una vez hallado el “principio jurídico” de la ley (síntesis sobre las bases objetivas de realidades morales, sociales y económicas de la vida), según Géný, se trata de averiguar las “condiciones de posibilidad” de ese “principio jurídico” en otras hipótesis con el fin de hallar, por vía de deducción, los efectos jurídicos que les corresponde ⁶¹⁴.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 120.

⁶¹¹ Dejando de lado la *Gesetzesanalogie* (analogía de ley), “la analogía trata, más bien, de extraer el espíritu de las teorías legales para regular, en armonía con ellas, situaciones nuevas y similares (*Rechtsanalogie*), y no toma más que un punto de apoyo ligero en el sistema de derecho escrito positivo y reduce al mínimo, en su proceso, la parte de la fuente formal” (“*l’analogie cherche plutôt à extraire l’esprit des théories légales, en vue de régler, en harmonie avec celles-ci, les situations nouvelles et semblables (Rechtsanalogie), elle ne prend déjà qu’un point d’appui léger, dans le système du droit écrit positif et réduit au minimum, en son procédé, la part de la source formelle*”). *Ibid.*, p. 131.

⁶¹² *Ibid.*, p. 121.

⁶¹³ “la analogía puede elevarse, hasta el punto de constituir, al reunir decisiones dispersas y fragmentarias, incluso condensando un espíritu general, que planearía sobre nuestra organización jurídica, teorías que colman verdaderas lagunas jurídicas (...) el valor de sus resultados depende esencialmente de la seguridad de la inducción, con ayuda de la cual se ha obtenido el principio de la ley, y de la generalidad que este principio conlleva” (“*l’analogie peut s’élever, jusqu’à constituer, en réunissant des décisions éparses et fragmentaires, plutôt même en condensant un esprit général, qui planerait sur notre organisation juridique, des théories comblant de véritables lacunes légales (...)(...) la valeur de ses résultats dépend essentiellement de la sûreté de l’induction, à l’aide de laquelle on a dégagé le principe de la loi et de la généralité que comporte ce principe*”). *Ibid.*, p. 124.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 121.

Con esta forma de proceder, se busca encontrar una “armonía” que una las soluciones con el fin de aplicar la idea de “igualdad jurídica”⁶¹⁵. Téngase en cuenta que en ningún momento queda afirmado que con la aplicación del procedimiento analógico se trate de aplicar un mismo efecto jurídico (sin modificación ni variación) a otra hipótesis, sino del simple hecho de que la fuerza positiva asignada a una regla positiva puede trasladarse a otra hipótesis no positivada pero merecedora de portar una determinada *fuerza positiva*, la cual no tiene por qué igualar en todos sus aspectos a la regla primitiva. Como indica Gény, los principios extraídos por vía de analogía poseen la ventaja de ser más flexibles en su aplicación que los preceptos legales al permitir adaptarlos más fácilmente a la realidad jurídica circundante, pero no pueden aspirar a la misma fuerza imperativa que los preceptos legales⁶¹⁶.

Por otro lado, según Gény, la analogía no operará si la regla que cogemos como “tipo” o “base” para la analogía está inspirada o basada en consideraciones excesivamente particulares, en cuyo caso, la inducción no podrá ofrecer un principio para la analogía⁶¹⁷.

Ante la impotencia de la analogía para determinadas situaciones, además de lo obtenido de la organización jurídica positiva, la analogía se puede alimentar igualmente de otros “elementos de nuestra civilización”⁶¹⁸, concretamente los siguientes:

-La moral y la religión positivas se incorporan como elementos más de la interpretación jurídica, pero dotados de una relevancia y fuerza menor. Para Gény, la moral y la religión son elementos de nuestra organización social que contribuyen al mantenimiento del equilibrio social, y por ello, tienen un peso determinado en la realización (creación y aplicación) del derecho⁶¹⁹.

-La Historia, aunque esta se presente como “un poco inferior” a la analogía, permitirá “instruirnos con la experiencia del pasado y señalar el momento exacto de civilización”

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 122.

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 125.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 123.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 132.

⁶¹⁹ *Ibid.*

y ofrecerá al intérprete “elementos objetivos de apreciación, capaces de asegurar una seria dirección para su juicio”⁶²⁰.

-La Organización política positiva, entendida, no sólo como el “derecho público” (escrito o consuetudinario) sino como las “costumbres políticas” (“*moeurs politiques*”) que acaban por traducirse en órganos e instituciones con un impacto en la vida pública, modifican el interés general, fijan el sentido de las libertades públicas, la dirección y funcionamiento de los asuntos públicos, etc.⁶²¹.

-La Organización económica, que vendría expresada (según A. Menger, sobre el que se basa Gény) en el derecho positivo privado por medio de las instituciones de la propiedad privada, de la libertad contractual y de la sucesión tras deceso⁶²².

Gény invita a la jurisprudencia positiva a tener en cuenta todos estos elementos en cuanto sean reveladores del equilibrio social. Vemos para Gény que la idea de “equilibrio social” es fundamental para la libre investigación jurídica cuando el jurista se enfrenta al estudio de elementos sociales⁶²³. Para la constatación de ese “equilibrio social”, difícil de obtener por la variedad de elementos positivos que componen la organización social, será necesario indagar más profundamente en la naturaleza individual y social de la humanidad⁶²⁴.

3.3.4. *La autonomía de la voluntad*

Es de sobra conocido que la “autonomía de las voluntades individuales” constituye un principio fundamental del derecho. Se manifiesta como un principio propio de nuestro derecho civil moderno que ya se venía imponiendo desde la

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 136.

⁶²¹ *Ibid.*, pp. 133-134.

⁶²² *Ibid.*, p. 134.

⁶²³ *Ibid.*, p. 135.

⁶²⁴ *Ibid.*, pp. 136-137.

desaparición de las antiguas formas sociales del derecho romano debido al debilitamiento del formalismo ⁶²⁵.

La *autonomía de la voluntad* desempeña un papel importante en la obra de Géný, no sólo debido a que gran parte de sus análisis recaigan sobre materias de derecho civil (todos los ejemplos ilustrativos de *Méthode d'interprétation* o de *Science et Technique*) sino que dicho principio representa, en cierta medida, el punto de partida de una reflexión más amplia. Reconocer la *autonomía de la voluntad* es reconocer la posibilidad de imponer criterios válidos en derecho, fuera de las fuentes formales, es en definitiva un paso más de la libre investigación científica para superar el método exegético.

Antes de nada, deben estudiarse los distintos tipos de voluntades presentes en el derecho. Géný observa tres órdenes de ideas en los que la *voluntad* interviene. Un orden situado en la autonomía de las voluntades particulares donde las voluntades, conscientes y libres, se manifiestan para realizar actos jurídicos con el fin de regular sus relaciones. Un orden situado en el “orden público” o el “interés superior”, donde se plasma una voluntad superior que pone límites a la voluntad particular con el fin de que esta no vaya en contra del orden público o interés general. Un orden que “escapa” a las voluntades particulares, donde estas no pueden intervenir conscientemente. Se considera que en determinadas situaciones se debe establecer un reglamento que equilibre los intereses en juego fuera de toda voluntad particular ⁶²⁶.

Vemos entonces que el único orden de ideas donde opera la voluntad libremente es aquel de la autonomía de la voluntad. La voluntad particular, a veces oscura y difícil de delimitar, se perfilará mejor si nos atenemos al fin esencial de la operación que pretende y al conjunto de circunstancias morales, psicológicas y económicas que le rodean ⁶²⁷.

⁶²⁵ *Ibid.*, p. 151.

⁶²⁶ *Ibid.*, pp. 149-150. Para Peset Reig, Géný establece esos órdenes de ideas de la voluntad como medio de sintetizar todos aquellos órdenes de ideas (moral, político, económico, psicológico, etc.) a los que reenvía Géný para elaborar el derecho positivo. Así tendríamos recogidos en tres órdenes fundamentales de ideas hacia donde se dirige el derecho positivo, lo que, para Peset Reig, es un punto muerto en el análisis de Géný. Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, pp. 568-569.

⁶²⁷ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 155. Géný invita al jurista a estudiar sobre todo el problema del consentimiento contractual desde los postulados morales o económicos. *Ibid.*, p. 159. Géný decide estudiar la problemática de la declaración de voluntad unilateral.

Así, la autonomía de la voluntad establece relaciones jurídicas bajo el marco del derecho objetivo (que es superior a la voluntad individual) y “genera derechos subjetivos”⁶²⁸. La voluntad particular, sin alcance general, no puede constituir reglas de derecho objetivo, es decir, reglas que se impongan a todos (a toda la comunidad) de forma coercitiva. Pero debido a que constituye reglas de derecho positivo, contribuye indirectamente a la elaboración del derecho objetivo al “proveer, modificar o destruir elementos sociales que componen la materia propia del derecho objetivo”⁶²⁹.

Defiende Prémont que el principio de autonomía de la voluntad en Géný es un verdadero dogma elevado al rango de “principio de derecho superior” con el fin de que “el derecho se pliegue a las exigencias de la realidad social”⁶³⁰. Sostiene Prémont que esa supremacía de la autonomía individual (particular) en la doctrina de Géný le lleva a expresar una visión de la responsabilidad subjetiva en lo que afecta al mundo de la industria y del trabajo, que no es más que el germen de un desprecio inconfesado hacia el progreso y una oposición a la legislación social⁶³¹.

Aprecia una laguna explícita de esa problemática en el Código Napoleón. Acude a la dogmática pero esta interpreta como taxativa la enumeración de las fuentes de las obligaciones del Código Napoleón y eleva a general la falta de reconocimiento de la policitación en sede de contratos. Por ello, al percatarse Géný de la insuficiencia de las fuentes formales y de lo limitado de los métodos empleados por la dogmática (interpretación restrictiva, y aplicación analógica incorrecta) decide acudir a la “naturaleza de las cosas” para analizar la naturaleza intrínseca de las declaraciones de voluntades unilaterales. Géný extrae de modo resumido que las declaraciones de voluntades unilaterales son, naturalmente, expresión de un querer y por ello, pueden ser vinculante. Para reconocer juridicidad a la declaración de voluntad unilateral es necesario reconocer la dimensión social, económica, y psicológica, entre otras, que garantiza que la voluntad emitida es suficientemente firme y es merecedora de producir efectos jurídicos obligatorios. En segundo lugar, Géný nos advierte de la necesidad de una cierta “plasmación” en la realidad de aquella voluntad, plasmación que requiere de una forma e incluso de una publicidad suficiente para poder dar firmeza a la voluntad emitida. En este caso, la forma y la publicidad son problemas de la técnica jurídica. *Ibid.*, pp. 156-167.

⁶²⁸ “la autonomía de la voluntad (*Privatautonomie*), que establece relaciones jurídicas y genera derechos subjetivos, pero no puede crear reglas de derecho objetivo” (“*l'autonomie de la volonté (Privatautonomie), qui établit des rapports juridiques et engendre des droits subjectifs, mais ne peut créer des règles de droit objectif*”). GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 245. Sobre la importancia del derecho subjetivo en el sistema de Géný. Ver el apartado de este trabajo consagrado especialmente al derecho subjetivo.

⁶²⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 444. Dado que la voluntad particular se mueve dentro del marco del derecho objetivo, queda vinculada a las fuentes formales (en el apartado relativo al derecho objetivo se trata la relación de este con las fuentes formales). Sin embargo, si las fuentes formales no pueden dar satisfacción a esa voluntad, el intérprete deberá acudir a la libre investigación. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 153.

⁶³⁰ Cfr. PRÉMONT, MARIE-CLAUDE, “François Géný et les enjeux de la responsabilité civile”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Géný, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 101-160, p. 150.

⁶³¹ Cfr. PRÉMONT, M., *op. cit.*, pp. 148-153.

Vemos aquí el conflicto entre el principio individual (autonomía de la voluntad particular) y el principio social del derecho. Pensamos, a diferencia de Prémont, que Géný ha sabido resolverlo por el simple hecho de que, en Géný, la voluntad individual no es totalmente libre y queda sujeta a principios superiores. Es más, entendemos que el principio individual sólo puede derivar de principios superiores (hemos visto que Géný no permite que la voluntad particular establezca derechos objetivos).

3.3.5. *El poder discrecional del juez*

Para Géný, el poder discrecional se ha reconocido ampliamente en el “ámbito de la ejecución del derecho”. El poder discrecional consistiría “tan sólo en una evaluación razonable, basada en las consideraciones de justicia y utilidad”. Esta evaluación razonable no se limita por fórmulas categóricas preestablecidas por lo que resulta una facultad de la libre investigación científica ⁶³².

La libre investigación se dirige a interpretar el derecho positivo y crear nuevas reglas, mientras que el poder discrecional se limita a la aplicación del derecho positivo ⁶³³. La libre investigación se ejerce sobre bases científicas mientras que el poder discrecional, actividad individual, funda sus juicios sobre criterios de utilidad u oportunidad y queda restringido por la ley ⁶³⁴. Es más, el propio legislador, reconoce ese poder discrecional cuando, en la contemplación y consideración de las realidades concretas sobre las que legisla, delega la tarea de apreciación de esas realidades al juez, encargándole “la precisión tópica del derecho” ⁶³⁵. Como dice Géný, tanto la libre

⁶³² Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 185.

⁶³³ *Ibid.*, pp. 187-188.

⁶³⁴ Para Géný, los resultados de la libre investigación científica, por ser más firmes y estar basados en realidades objetivas, pueden perfectamente acceder, en su caso, a un control casacional al contrario de los resultados del ejercicio del poder discrecional que, por ser más subjetivos, y a falta de reglas fijas y claras, rehúsan todo control serio. *Ibid.*, p. 189.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 243. La doctrina (francesa y belga) (y podemos entender indirectamente la jurisprudencia), ha evolucionado pasando de un tratamiento abstracto de los problemas de derecho, apegado al texto legal y a su lógica a: -Una mayor preocupación e interés en la descripción de los hechos (precisión de las circunstancias y análisis de voluntades), -Una reducción de las discusiones sobre interpretación de palabras y argumentos lógicos en favor de consideraciones morales, económicas, y sociales. -Una prevalencia de las ideas de fondo de las legislaciones sobre las ideas obtenidas de análisis exhaustivos del texto de las leyes o de sus trabajos preparatorios. Un sacrificio de los conceptos abstractos por categorías

investigación como el ejercicio del poder discrecional nacen de una misma necesidad de completar el derecho positivo y las dos requieren un marco director ⁶³⁶. Así, al hablar de poder discrecional no estamos refiriéndonos a una apreciación tan libre que sea arbitraria. Según Gény, esa libertad nos lleva a enfrentar la ley y otras positividades del Estado (el “Derecho de Estado” en terminología de Flavius) con el *substratum* fundamental que estaría en su base ⁶³⁷.

Para asegurarse que el juez no caiga en la arbitrariedad debemos desvelar los factores psicológicos que intervienen en la tarea de aplicación del derecho y analizar sucesivamente los elementos intelectuales, lógicos, morales, voluntarios que participan en ello ⁶³⁸. Por ejemplo, la consagración de la “buena fe”, o la reprimenda del “abuso de derecho”, así como el uso concreto de los principios que determinan el mecanismo de las pruebas, son elementos que permiten fijar el marco del *poder discrecional* del juez, pero no son suficientemente claros como para erradicar toda subjetividad en su tratamiento ⁶³⁹.

Vemos entonces que el *poder discrecional* sólo va destinado a evaluar la posibilidad de una concreta positividad. Es una herramienta que se usa en el momento de la aplicación del derecho y responde a una *técnica* particular ⁶⁴⁰.

La libertad de ese *poder discrecional* queda entonces sujeta a las realidades objetivas y al marco de la legislación. Pensamos que el poder discrecional del juez es una facultad que va a permitir analizar la realidad de forma más completa, concreta y actual, teniendo en cuenta las circunstancias vitales (económicas, psicológicas, etc.) de

al servicio de la “utilidad”. -Una apreciación de los intereses en juego reemplazando, en su caso, a las construcciones teóricas. -Una consulta más detallada de la práctica y de la jurisprudencia -Una intervención del derecho comparado para mejorar el derecho nacional. *Ibid.*, p. 247.

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 189.

⁶³⁷ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 373 citando a FLAVIUS, GNAEUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, C. Winter, Heidelberg, 1906, pp. 12-14. Kantorowicz matizó que el poder discrecional es de uso residual para el intérprete y que “discrecionalidad” no significa “arbitrariedad”. Cfr. FLAVIUS, GNAEUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, C. Winter, Heidelberg, 1906, p. 18.

⁶³⁸ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 371. Véase RUMPF, M., *Gesetz und Richter*, cap. IV, O. Liebmann, Berlin, 1906, pp. 31 y 38.

⁶³⁹ Gény trae a colación el ejemplo del código civil suizo. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 314-315.

⁶⁴⁰ En este sentido es importante recordar que, como lo afirma Hernández Marín, la aplicación del derecho no es propiamente un “método” ya que “aplicar el derecho” consiste en “actuar conforme a los órdenes o prescripciones jurídicas generales”. La aplicación del derecho se limita a buscar la conformidad de la solución jurídica con los enunciados jurídicos generales. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., “Métodos jurídicos”, *op. cit.*, pp. 183-190.

las personas necesitadas de una solución en derecho, ya que esta labor de concreción puede quedar olvidada o no contemplada por la ley, otras fuentes formales o la libre investigación científica (que buscan crear reglas de derecho generales).

En este punto el problema del juez adquiere una gran relevancia. Se puede fácilmente pensar que la aplicación del derecho es pura y simplemente voluntad (o arbitrariedad) del juez, más o menos limitada por la ley o las ciencias sociales, pero en la que prevalecen consideraciones extremadamente subjetivas. Monereo Pérez entiende que en el pensamiento de Gény, "la flexibilidad judicial no debe entrañar arbitrariedad", por lo que se fijará el límite intrínseco del poder discrecional del juez en lo razonable⁶⁴¹.

Para Magnon, la aplicación del derecho se limitaría al ejercicio del poder discrecional del juez, que actúa dentro del marco dejado por la legislación⁶⁴². Para Macdonald, sin embargo, en Gény el problema del criterio decisorio que el juez debe seguir permanece sin resolver⁶⁴³. Según el propio Macdonald, el criterio seguido por el juez sería el de la pertinencia de una norma o de un argumento para un caso concreto⁶⁴⁴. La pertinencia encontraría sus límites en cuestiones de tiempo y de capacidad intelectual del juez, más que en los límites *a priori* de un sistema o tradición jurídica⁶⁴⁵.

Esto nos recuerda la crítica de Larenz al movimiento de la libre investigación científica. Para Larenz, el juez busca la solución *justa* para el caso concreto y eso le puede llevar, tal vez por una falta de método, a situarse en su propio "sentimiento jurídico". Es entonces tarea de la ciencia del derecho explicitar dichos "sentimientos jurídicos" para comprenderlos, hacerlos menos "irracionales", y hacerlos válidos para el derecho, que es lo que parece pretender la tónica de Viehweg. Sigue Larenz, parafraseando las ideas de Viehweg, cuando afirma que el juez no trata de realizar principios generales que han hallado expresión en las leyes y que posteriormente tratan de aclararse por su sentido "racional" y desarrollarse por una lógica formal,

⁶⁴¹ Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., *El pensamiento científico jurídico de Gény...*, *op. cit.*, p. 67.

⁶⁴² Cfr. MAGNON, X., *op. cit.*, p. 5. Para Magnon, el juez se limita a buscar la justicia en lo material y la contingencia, a realizar esa parte de bien que forma lo justo y aplicar el concepto de utilidad que ayuda a fijar lo que es merecedor de sanción social. *Ibid.*, p. 8.

⁶⁴³ Cfr. MACDONALD, R. A., *op. cit.*, p. 358.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 352.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 360.

construcciones abstractas, etc., sino que sólo trata “de la resolución justa, siempre adecuada a la cosa, del caso particular”⁶⁴⁶.

Este pensamiento conecta en cierta medida con las ideas de Géný. Para Géný, la ciencia del derecho busca en última instancia la realización práctica del derecho según las exigencias de la justicia y la utilidad social. Pensamos que el juez, frente a la realidad de un caso concreto acudirá a los conceptos que el legislador pone a su disposición. Entendemos que el juez deberá construir una solución, con las mismas exigencias impuestas para la libre investigación científica, pero esta vez en el marco, dejado por la legislación para la concreción tópica.

4. Aproximación al concepto de derecho

En este apartado vamos a tratar de ofrecer el concepto de derecho de Géný. Como veremos, el concepto de derecho está compuesto por varios grados o niveles interdependientes. Se establece así una jerarquía entre esos grados o niveles que nos permitirá recoger adecuadamente todos y cada uno de los elementos que componen el derecho.

Con el fin de legitimar su concepto de derecho (obtenido de una elaboración compuesta por ciencia y técnica), Géný necesita deshacerse de las ideologías que considera inadecuadas. Concretamente se deshace de las ideologías anarquistas como el llamado “individualismo anárquico” por desconocer el “fondo tradicional de las instituciones” que se encuentran en la base de nuestro ordenamiento jurídico, así como desentenderse de la aspiración profunda de la humanidad de regular su conducta social en vista a conseguir el bien común. Se deshace igualmente del llamado “socialismo jurídico”, un ideal colectivista que quiere formular jurídicamente “las reivindicaciones económicas del socialismo” y Géný no acepta el “subordinar la justicia a un ideal distinto y preconcebido” distinto de ella misma⁶⁴⁷.

Géný rechazará del socialismo jurídico ese ideal colectivista, es decir, suponer que todos los ideales sociales sólo pueden ser conseguidos por vía de una “organización

⁶⁴⁶ Cfr. LARENZ, K., *op. cit.*, p. 152.

⁶⁴⁷ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 22-24, 29.

colectivista”. No obstante, Gény reconocerá que, tras un análisis objetivo, ciertos elementos económicos y morales se pueden presentar como merecedores de la protección por el derecho (los reconocidos como derechos económicos fundamentales: derecho al trabajo, etc.) y venir, a su vez, reconocidos por el ideal socialista. Por lo que el socialismo jurídico puede tener algún interés (en cuanto a los bienes esenciales que identifica como merecedores de protección), pero no puede servir como base para un sistema jurídico basado sobre la ciencia, al tomar como premisa de toda investigación jurídica el colectivismo que considera como indispensable para garantizar los derechos, cuando este, en todo caso, no puede ser sino el resultado de las investigaciones. Gény dudará sinceramente de que el colectivismo sea el único sistema capaz de garantizar estos derechos ⁶⁴⁸. Del mismo modo la idea de conciencia colectiva, aunque objetivamente revista algún interés, no puede convertirse en el “principio de un sistema” basado en una elaboración científica del derecho ⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ “En resumen, si las generosas y penetrantes tendencias del socialismo no pueden considerarse como desprovistas de interés, en tanto que hecho o motivo de acción, no podemos considerarlas capaces de servir de base firme a un sistema, que sólo puede basarse en datos accesibles a una investigación metódica o revelados por una intuición lo suficientemente espontánea como para encontrarse en todos los espíritus” (“*En définitive donc, si les tendances généreuses et pénétrantes du socialisme ne peuvent être considérées comme dépourvues d'intérêt, en tant que fait ou mobile d'action, il nous est impossible de les tenir pour capables de servir d'assiette ferme à un système, qui ne peut reposer que sur les données accessibles à l'investigation méthodique ou révélées par une intuition assez spontanée pour se retrouver en tous les esprits*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁴⁹ “Por consiguiente, si no se puede pasar por alto la influencia de la “conciencia colectiva” en un examen objetivo de los elementos de la organización jurídica, es claramente imposible hacer de ella el principio de un sistema que pueda bastar para proporcionar el fundamento firme indispensable para la elaboración científica del derecho” (“*Si, donc l'influence de la « conscience collective » ne saurait être négligée dans un examen objectif des éléments de l'organisation juridique, il est manifestement impossible d'en faire le principe d'un système, qui puisse suffire à assurer le ferme fondement, indispensable à une élaboration scientifique du droit*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 50. En cuanto al uso peculiar de la idea de “conciencia colectiva”, exponemos un caso en el que Gény hace uso de ella y la integra dentro del proceso de construcción jurídica: Gény, en su aplicación del método al estudio de las *lettres missives* encontrará la necesidad de consagrar como principios jurídicos la “libertad” y la “inviolabilidad”, que tienden al desarrollo de nuestra personalidad, la cual (junto a la idea de persona) debe ser plenamente consagrada por la justicia y son el “agente de progreso para el desarrollo del comercio general”, por lo que contribuyen a su vez a la utilidad social. Una vez justificados esos principios (libertad e inviolabilidad) como conformes a la justicia y a la utilidad social, Gény encuentra el fundamento positivo de esos principios en la “conciencia colectiva” acreditado por una trayectoria histórica (ese fundamento positivo en la “conciencia colectiva” no es otra cosa que la manifestación de una creencia, es decir, una determinada “positividad” de la conciencia moral. Es importante recordar que lo que está a la base del sistema jurídico es la conciencia moral y no la “conciencia colectiva”). Así los principios jurídicos de libertad y el de inviolabilidad acaban conformando derechos subjetivos amparados por el “poder social” (*pouvoir social*). Gény entiende que esos derechos subjetivos en concreto garantizan “bienes de la vida humana” que deben ser reconocidos por el “poder social” (podemos decir que forman parte del derecho objetivo) y que encuentra su fundamento en el derecho natural (en el “dado” racional e ideal. Aquí encontramos la idea de justicia, utilidad social, así como el resto de consideraciones de orden moral, económico). Cfr. GÉNY, F., *Des droits sur les lettres missives : étudiés principalement en vue du*

El derecho es “el conjunto de reglas a las cuales se somete la conducta externa del hombre en sus relaciones con sus semejantes”, todo ello “inspirado por la “idea natural de justicia”⁶⁵⁰. Por lo que ese conjunto de reglas se va a presentar como derivado de la naturaleza de las cosas⁶⁵¹, más concretamente como una construcción racional que tiene por base la naturaleza⁶⁵².

El derecho debe establecer una organización firme para salvaguardar todos los intereses⁶⁵³. Por lo que el derecho establecerá reglas de conducta impuestas por una “sanción social” y expresadas en forma de “imperativo categórico” con el fin de “asegurar el orden en sociedad”. Orden inspirado según la “idea natural de justicia”⁶⁵⁴. El derecho no es simplemente un elemento formal en manos del Estado, sino que ostenta un verdadero “fundamento objetivo”⁶⁵⁵ y todo un método científico que lo respalda⁶⁵⁶. Ese “fundamento objetivo” va a permitir que el derecho sea “inteligible” y pueda “influir eficazmente las voluntades”⁶⁵⁷. Para poder obtener ese fundamento objetivo, el derecho debe ser desarrollado por “esfuerzos colectivos” y no puede

Le système postal français : essai d'application d'une méthode critique d'interprétation, Tomo I, Sirey, Paris, 1911, pp. 138, 158-159, 172.

⁶⁵⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 51.

⁶⁵¹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 221.

⁶⁵² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 419.

⁶⁵³ “Pues el derecho, cuyo objetivo esencial es establecer un ordenamiento firme capaz de salvaguardar todos los intereses, debe captar con fuerza las realidades sociales y contenerlas en marcos bastante rígidos, a fin de evitar, en la medida de lo posible, la incertidumbre y las vaguedades” (“*Car le droit, dont l'objectif essentiel est d'établir une ordonnance ferme capable d'assurer tous les intérêts, doit saisir fortement les réalités sociales et les contenir en des cadres assez rigides, pour éluder, autant que possible, les incertitudes et les flottements*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 462.

⁶⁵⁴ “el derecho se presenta a nosotros como el conjunto de reglas, a las que se somete la conducta externa del hombre en su trato con sus semejantes, y que, bajo la inspiración de la idea natural de justicia, en un estado dado de la conciencia colectiva de la humanidad, aparecen susceptibles de sanción social, en su caso coercitiva, son o tienden a ser provistos de una tal sanción, y a partir de ese momento se fijan con la forma de mandatos categóricos que dominan las voluntades particulares para asegurar el orden en la sociedad” (“*le droit se présente à nous comme l'ensemble des règles, auxquelles est soumise la conduite extérieure de l'homme dans ses rapports avec ses semblables, et qui, sous l'inspiration de l'idée naturelle de justice, en un état donné de la conscience collective de l'humanité, apparaissent susceptibles d'une sanction sociale, au besoin coercitive, sont ou tendent à être pourvues de pareille sanction et d'ores et déjà se posent sous la forme d'injonctions catégoriques dominant les volontés particulières pour assurer l'ordre dans la société*”). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 51.

⁶⁵⁵ “Asignar al derecho un papel puramente formal significa quitarle todo lo que constituye su valor y su verdadero poder. Hacerlo depender exclusivamente de un Estado conturbado por su omnipotencia y sin fundamento objetivo es construir una pirámide sin base, que un buen día puede derrumbarse repentinamente, dejando sólo ruinas bajo su caída” (“*Assigner au droit un rôle purement formel, c'est lui enlever tout ce qui fait sa valeur et sa vraie puissance. Le faire dépendre exclusivement d'un État effrayant par son omnipotence et dépourvu de tout fondement objectif, c'est édifier une pyramide sans base, qui, un beau jour, peut brusquement s'effondrer et ne laisser, sous sa chute, que des ruines*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 253-254.

⁶⁵⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 211.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 102.

depender de una sola concepción general del mundo que podría no coincidir para todos los interesados. Además, una concepción exclusiva y hermética, según Gény, obstaculizaría el “progreso” del derecho positivo al limitar arbitrariamente sus posibilidades ⁶⁵⁸.

Como recuerda Grossi, el tema más importante y delicado que ha tratado Gény es la adaptación del derecho a la realidad que le subyace ⁶⁵⁹. Para Toutsakovitch, el fundamento del derecho puede situarse en cualquier concepción, excepto la que pregona exclusivamente un racionalismo *a priori* o la que se basa exclusivamente en la fuerza ⁶⁶⁰. Como indica Bernuz Beneitez, Gény irá construyendo una idea de derecho propia que irá contrastando con sus coetáneos ⁶⁶¹.

Gény tratará a lo largo de su obra cuatro categorías de derecho que, tomadas en su conjunto, formarán el concepto de derecho. Gény configurará cada categoría según vaya desarrollando sus ideas propias, teniendo en cuenta las doctrinas (jurídicas y no jurídicas) expuestas por sus contemporáneos y la tradición iusfilosófica. Estas categorías, como veremos en los apartados siguientes, están interconectadas las unas con las otras y siguen un orden jerárquico que responde a la primacía que Gény da a la ciencia del derecho sobre la técnica del derecho. Estas categorías son: el derecho natural, el derecho ideal, el derecho objetivo y el derecho positivo.

⁶⁵⁸ Se trata de descubrir, sobre el derecho positivo, “las condiciones de su progreso” (“*les conditions de son progrès*”), por lo que debemos ver en él “una ciencia propiamente dicha” (“*une science proprement dite*”), pero es también “esencialmente, un arte” (“*essentiellement, un art*”). *Ibid.*, pp. 70-72.

⁶⁵⁹ Cfr. GROSSI, P., “Página introduttiva. (Ripensare Gény)”, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁶⁰ Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 71.

⁶⁶¹ Según Bernuz Beneitez, Gény critica a sus coetáneos las ideas que sostienen sobre el derecho, hasta el punto de coger de ellos solo las partes que más se adecuan con sus propios puntos de vista: “En este sentido, acoge matizadamente la lucha por el derecho y la consideración del fin en el derecho de Ihering; asume la sola constatación de la regla de derecho objetivo propuesta por DUGUIT; la concepción del derecho natural de contenido variable de STAMMLER se adecúa a su propia concepción de un derecho natural de capas concéntricas; la importancia que la cultura, la historia o la psicología tuvieron en la vida del derecho de KOHLER se encuentran en consonancia con su propia elaboración científica del derecho sobre una pluralidad de datos; en tanto que el relativismo de HAURIOU al tomar la sociología como instrumento al servicio del derecho encaja con sus propias reticencias sobre el valor de la sociología” BERNUZ BENEITEZ, *François Gény y el Derecho. La lucha contra el método exegético*, *op. cit.*, p. 142.

4.1. Derecho natural: base de la elaboración científica del derecho

4.1.1. Intento de definición

Gény parte del principio de la creencia en la justicia ⁶⁶². Si aceptamos la existencia de la justicia (como creencia) y nos “fiamos” de la razón que, analizando su sentido, obtiene las distinciones aristotélicas de justicia conmutativa, distributiva y social, nos convencemos “íntimamente” de la existencia del derecho natural ⁶⁶³. Si se quisiera alguna demostración más práctica de la existencia y necesidad del derecho natural, es suficiente con pensar en que el derecho requiere de un orden social asegurado por una sanción, pero la noción de orden (el derecho natural) debe preexistir frente a los medios disponibles para asegurar el orden de manera eficaz según las exigencias del entorno y de la vida social ⁶⁶⁴.

En este apartado vamos a tratar de recoger los rasgos característicos de la idea de derecho natural para Gény. Gény aborda la problemática del derecho natural desde su concepción clásica o tradicional, y observa que el derecho natural está basado en la “naturaleza de las cosas” ⁶⁶⁵. Si el derecho natural se basa en la “naturaleza de las cosas”, entonces tiene una “verdadera realidad” y es objetivo en el sentido de que sus “condiciones se encuentran fuera del espíritu que las concibe”, concretamente, en esa “naturaleza de las cosas” ⁶⁶⁶. El derecho natural tiene una existencia “objetiva e

⁶⁶² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 190.

⁶⁶³ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 219-220.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, pp. 220-221.

⁶⁶⁵ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 274-275. En opinión de Peset Reig, el concepto de derecho natural se aproxima más a la idea de “naturaleza de las cosas” que a la idea de “naturaleza de las cosas positivas” lo que es la prueba del lugar relativo que ocupan las ciencias positivas (ciencias sociales) en la totalidad del sistema de Gény. Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 592. Para Hakim, Gény trata de reconectar con la tradición de la “naturaleza de las cosas” pero en realidad combina “influencias clásicas y modernas”. Por un lado, Gény dice usar de la razón para derivar los principios de derecho natural de la naturaleza del hombre, pero por otro lado, dice que el derecho natural es el conjunto de reglas que la razón obtiene de la naturaleza de las cosas, siendo el hombre sólo una parte de esta naturaleza. Cfr. HAKIM, N., *L'autorité de la doctrine...*, *op. cit.*, p. 268 nota a pie de página 70. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 416 y 419.

⁶⁶⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 275. Saleilles defenderá la necesidad de que el derecho natural sea “objetivo” para eludir el problema del subjetivismo judicial y legislativo. Concretamente, se trata de evitar que el legislador o el juez puedan remitirse a un ideal (o derecho ideal) que responda a una construcción personal y subjetiva, siendo para el primero oponible la constitucionalidad de su elección y al segundo la arbitrariedad de su decisión. Para Saleilles, tanto el

independiente”⁶⁶⁷. Está “enmarcado” en la ciencia y concretamente las ciencias que más influyen son la moral y la economía política⁶⁶⁸. Para Peset Reig, “ciencia jurídica y derecho natural se corresponden extensamente” hasta el punto de que “el derecho natural es el objeto de la ciencia”⁶⁶⁹.

El derecho natural tiene un carácter universal. Tradicionalmente, nos dice Gény, se ha concebido la existencia de un conjunto de conceptos y principios generales, válidos para todos los tiempos y que constituyen la base de toda formación de derecho positivo, que se ha venido llamando “derecho natural”, siendo misión de la filosofía del

legislador como el juez deben acudir a elementos externos a ellos, es decir, a elementos objetivos manifestados en la realidad social y que sólo deben ser constatados. Se deben buscar “los elementos objetivos o las realizaciones objetivas del derecho natural, en su manifestación histórica a lo largo de la evolución social”. Cfr. SALEILLES, R., *op. cit.*, pp. 101-106. Sobre la objetividad de la realidad descubierta por medio de ese concepto de “naturaleza de las cosas” nos muestra Bobbio que, al menos en la doctrina italiana, para Asquini el concepto de “naturaleza de las cosas” se refiere a la “representación que la conciencia humana hace de la función de las relaciones sociales y de sus exigencias económicas”. Como comenta Bobbio, no existe para Asquini, una verdad que pueda ser descubierta objetivamente y a la que el concepto de “naturaleza de las cosas” remita. De este modo, se desvirtúa la finalidad del concepto de “naturaleza de las cosas” como concepto capaz de sugerir la existencia de una realidad objetiva desde la que extraer reglas jurídicas. Cfr. BOBBIO, N., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 185. Asquini ve imposible asumir, metafísicamente, una verdad de las cosas objetivamente comprobable por la razón del intérprete individual. Véase el estudio de ASQUINI, A., “La natura dei fatti come fonte di diritto”, *Archivio giuridico Filippo Serani*, LXXVI, 1921, pp. 129-167. Hay que decir igualmente que, en la cultura jurídica italiana, algunos autores acusarán a Gény de promover un método “subjetivo”. Para ellos el sistema, como un todo, es objetivamente concreto y aplicable, a diferencia del método de Gény que quiere introducir una nueva forma de subjetivismo al introducir el derecho natural dentro de la jurisprudencia. Cfr. COSTA, P., “Interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento”, *op. cit.*, p. 428.

⁶⁶⁷ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 241.

⁶⁶⁸ “(...) el problema del derecho natural se enmarca en el conjunto de las ciencias que conciernen a la vida del hombre en la sociedad y sugieren las reglas de su conducta en las relaciones con sus semejantes. Sin embargo, si consideramos las más notables y más generales de aquellas ciencias, al menos las que tienen una influencia más directa en las reglas jurídicas, constatamos que el derecho sigue estando determinado por la moral y la economía política” (“(...) *le problème du droit naturel se trouve encadré dans l'ensemble des sciences, qui intéressent la vie de l'homme en société et suggèrent les règles de sa conduite dans ses rapports avec ses semblables. Or, quand on envisage les plus notables et les plus générales de ces sciences, celles du moins qui influent le plus directement sur les règles juridiques, on arrive à constater que le droit reste déterminé par la morale et l'économie politique*”). Gény se basa en fuentes de derecho romano, concretamente, el *Précis de droit romain* de Accarias. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 19. También podemos notar que cuando Gény habla del sistema de Stammler, afirma que preguntarse por la cuestión del derecho natural es preguntarse por “las bases científicas y morales del derecho positivo”. *Ibid.*, p. 179. Di Carlo observa una conexión entre las ideas de Gény y de Stammler en lo relativo al derecho natural. Cfr. DI CARLO, EUGENIO, “Le droit naturel dans le système d'interprétation de F. Gény”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo I, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 234-243. Para Monereo Pérez, Gény, como Stammler, tratan el derecho natural como una ley con un contenido variable. Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., *El pensamiento científico jurídico de Gény...*, *op. cit.*, p. 55. En cuanto a la dimensión “variable” del derecho natural, véase lo dicho más adelante.

⁶⁶⁹ Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, pp. 584-585.

derecho explicar las relaciones que estos mantienen con el derecho positivo ⁶⁷⁰. Para Gény, esa filosofía del derecho deberá ser lo más amplia posible ⁶⁷¹.

El derecho natural contiene, para Gény, un fondo de principios universales, cuyos detalles de aplicación van cambiando con el tiempo ⁶⁷². Esos principios universales son principios de justicia susceptibles de variabilidad y flexibilidad en su aplicación según el tiempo y el lugar ⁶⁷³. Sólo pueden pretender a la universalidad, los principios que puedan “imponerse a todos” con un “valor propio”, lo que es “el núcleo primitivo” del derecho natural ⁶⁷⁴. Ese núcleo primitivo, para Gény, es una construcción racional ⁶⁷⁵. Como explica Hernández Gil, lo racional “representa el fondo esencial del derecho natural clásico” ⁶⁷⁶ o como explica Hakim, Gény ve en lo racional el derecho natural propiamente hablando ⁶⁷⁷.

El derecho natural es, en su esencia, universal e inmutable ⁶⁷⁸ pero también, con el fin de aplicarlo y hacerlo evolucionar, nos dice Gény, que se somete a todas las

⁶⁷⁰ Basado sobre la filosofía de Cathrein. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 301. Según Hakim, Gény trata de resaltar el papel de la doctrina en la investigación del derecho natural. Las distinciones entre lo “dado” y lo “construido”, así como entre la ciencia y la técnica responden a este objetivo que se ha fijado Gény de comprender el papel del jurista y de la doctrina en el ámbito del derecho incluido del derecho natural. Cfr. HAKIM, N., *L'autorité de la doctrine...*, *op. cit.*, p. 289 nota a pie de página 180. Sobre la base de lo expuesto por GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 291. El autor se apoya sobre GÉNY, F., “La Technique législative dans la Codification civile moderne (à propos du Centenaire du Code civil)”, *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Tomo II, Rousseau, 1904, p. 992., GÉNY, F., *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle...*, *op. cit.*, p. 26., GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 96-100, 188-190. Como dirá Del Vecchio, jurisprudencia y filosofía no pueden ser separadas. El derecho positivo (sobre todo la ley) siempre reenvía a la “universalidad” del derecho y “el pensamiento de la universalidad es filosofía”. Además, no podemos hacer filosofía sin pensar en los “primeros principios del derecho” (como lo muestra la historia de la filosofía) y no podemos hacer derecho sin ser, de alguna manera, filósofo (como lo muestra la historia del derecho y todos los grandes juristas). Cfr. DEL VECCHIO, G., “Les principes généraux du droit”, *op. cit.*, p. 83.

⁶⁷¹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 80.

⁶⁷² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. XIII.

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 173.

⁶⁷⁴ Cfr. GÉNY, F., “La laïcité du droit naturel”, *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique*, número 3-4, 1933, pp. 1-288, p. 20.

⁶⁷⁵ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 419.

⁶⁷⁶ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 160.

⁶⁷⁷ Cfr. HAKIM, N., “Droit naturel et histoire chez François Gény”, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁷⁸ Nos recuerda Hernández Marín (autor contemporáneo no comentarista de Gény) que no hay que confundir la objetividad del derecho natural, su existencia objetiva, con lo que es su carácter inmutable. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1989, p. 45. Por lo tanto, como veremos más adelante, hay principios universales e inmutables que conforman la parte racional del derecho natural y el resto de principios del derecho natural considerados como objetivos, pero no universales ni inmutables.

variaciones que observamos en las condiciones humanas dentro de la vida social ⁶⁷⁹. Esa aplicación o adaptación del derecho natural ha llevado a Villey a criticar a Géný el no haber conseguido más que un derecho natural excesivamente contingente, compuesto de los “principios constitucionales recepcionados en la sociedad de su tiempo” y de los principios propios de los civilistas acostumbrados al código civil y al liberalismo (autonomía de la voluntad, propiedad privada), adecuado para el legislador de su época, pero que no tiene más que un “valor provisional” y sin visos universales ⁶⁸⁰.

Otra nota distintiva consiste en la necesidad de una técnica particular que permita un mínimo de concreción y determinación. El único modo de poder dar cierta seguridad y efectividad al derecho natural es reducirlo “a su mínimo necesario” y “envolverlo en fórmulas similares” a las que “emanan de la autoridad formal”. Esta base de “principios de derecho natural”, consistentes en “direcciones generales”, deben adoptar un mínimo de formulación para pretender poder oponerse a la ley escrita ⁶⁸¹.

Para Villey, ese derecho natural reducido a un mínimo es “tan mínimo que no se sabe bien en que consiste” ⁶⁸². Sostiene Cayla, que ese mínimo habría llevado a Géný a crear un derecho natural “lleno de reglas hasta el último detalle, una especie de codificación rígida que ofrece un modelo completo y preconstituido de derecho positivo” ⁶⁸³. Hasta el punto de que Saris reconoce un código de derecho natural

⁶⁷⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 273.

⁶⁸⁰ Cfr. VILLEY, M., “François Géný et la renaissance du droit naturel”, *op. cit.*, p. 53. Este supuesto problema que plantea Villey, lo resuelve Géný con su concepto de derecho natural progresivo.

⁶⁸¹ “Sólo el derecho natural, reducido a su mínimo necesario, pero más asegurado en su principio debido a que su contenido es más modesto y más maleable, proporciona la base indispensable para una elaboración verdaderamente científica del derecho positivo” (“*Seul, le droit naturel, réduit à son minimum nécessaire, mais d'autant mieux assuré, dans son principe, que le contenu en resterait plus modeste et plus malléable, fournit la base indispensable à une élaboration vraiment scientifique du droit positif*”). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. VIII. Géný define los principios de derecho natural como aquellos “datos jurídicos” “tal cual los sugieren la ciencia y la creencia” (“(...) *les résultats du « donné juridique », tels que les suggèrent la science et la croyance*”). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 81-82. Aunque aquí Géný no sea muy preciso en los términos, debemos entender los “datos jurídicos” como aquellos elementos (rationales, ideales, históricos y naturales) que él mismo deducirá de la naturaleza de las cosas y que considerará como las bases de elaboración del derecho positivo. Véanse las explicaciones posteriores. En cuanto a la mención hecha a la ciencia y la creencia, ya sabemos que en Géný la idea de “ciencia del derecho” es una mezcla entra la ciencia positivista (o empirista) y otras “fuerzas” como la creencia, de allí, que será común que Géný al hacer referencia a la ciencia del derecho, utilice la expresión “ciencia y creencia”.

⁶⁸² Cfr. VILLEY, M., “François Géný et la renaissance du droit naturel”, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁸³ CAYLA, O., *op. cit.*, p. 104.

superpuesto a los códigos de derecho positivo ⁶⁸⁴. Para Oppetit, ese mínimo ha convertido el derecho natural en un “derecho positivo modelo” ⁶⁸⁵.

Para Villey, Géný debería haber seguido la filosofía clásica del derecho natural que pretende “evitar a toda costa” la formación de un dualismo entre el derecho natural y las reglas puestas por el Estado ⁶⁸⁶.

Por último, Géný nos recuerda que el concepto de derecho natural se asemeja al concepto de “dado” ⁶⁸⁷ y se compone de un “dado” natural, racional, ideal, e histórico ⁶⁸⁸, siendo el “dado” racional e ideal su parte “permanente” e “irreductible” ⁶⁸⁹.

4.1.2. El derecho natural y la religión

Géný se pregunta por la relación de la religión, en este caso el dogma cristiano, con el derecho ⁶⁹⁰. Géný, contestando a Georges Ripert, recuerda que en ningún momento el derecho natural debe fundamentarse en las concepciones religiosas cristianas, y que sólo ha tratado de mostrar que la tradición filosófica de la humanidad (incluida la visión cristiana) es base suficiente para justificar la doctrina del derecho natural ⁶⁹¹.

Para Géný, Santo Tomás de Aquino desarrolla una doctrina del derecho natural al margen de toda revelación y con exclusividad de procedimientos y métodos

⁶⁸⁴ Cfr. SARIS, A., *op. cit.*, p. 195.

⁶⁸⁵ Cfr. OPPETIT, B., *op. cit.*, p. 102.

⁶⁸⁶ Cfr. VILLEY, M., “François Géný et la renaissance du droit naturel”, *op. cit.*, p. 49.

⁶⁸⁷ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 147.

⁶⁸⁸ Cfr. GÉNY, F., “La laïcité du droit naturel”, *op. cit.*, pp. 19-20.

⁶⁸⁹ “He reconocido, bajo las denominaciones de “dado racional” y “dado ideal”, el fondo, permanente e irreductible, de este “derecho natural” (“j’ai reconnu, sous les dénominations de « donné rationnel » et de « donné idéal », le fonds, permanent et irréductible, de ce « droit naturel »”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 68.

⁶⁹⁰ Cfr. GÉNY, F., “La laïcité du droit naturel”, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁹¹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. VIII-IX. Recuerda Hakim que Colin et Capitant y sobre todo Géný insisten en la posibilidad de fundar el derecho natural fuera de toda trascendencia divina. Géný critica el derecho natural fundamentado en exclusiva en la moral católica. “Cabe señalar, sin embargo, que muchos juristas siguen estando sujetos, al menos parcialmente, a influencias tomistas y religiosas. Es el caso, en particular, de Georges Ripert, pero también de Géný que, sin contradicción, considera que la religión desempeña un papel en el dado ideal”. Cfr. HAKIM, N., *L’autorité de la doctrine...*, *op. cit.*, p. 259 nota a pie de página 26. Véase GÉNY, F., “La laïcité du droit naturel”, *op. cit.*, p. 20.

filosóficos, al igual que Grocio y más recientemente, las fundamentaciones y desarrollos de los derechos naturales del hombre durante el siglo XVIII que basan sus argumentos en consideraciones ontológicas de libertad y en el ejercicio de la razón universal ⁶⁹².

Como explica Gény, los criterios de naturaleza, razón y conciencia son los elementos aceptados en occidente (según nuestra tradición filosófica y iusfilosófica) para otorgar una autoridad universal al derecho natural por encima de las inclinaciones morales y religiosas diversas y dispares de los individuos ⁶⁹³.

La pluralidad de creencia lleva a Gény a constatar que en el mundo “no existe unidad de creencia”, por lo que sólo podremos imponer de forma universal un “mínimo indispensable de reglas” ⁶⁹⁴. Como cuenta Lacasta-Zabalza, está claro que, en una Francia plural, como en la que vivió Gény, este debía configurar el derecho natural como laico, basado sólo en la naturaleza, la razón y la conciencia ⁶⁹⁵. Es más, para De Palmari, la laicización de Gény ha abarcado las “fuentes ideológicas” religiosas, pero también las “ideologías políticas” y “paneconómicas” ⁶⁹⁶.

Ahora bien, todo ello, como apunta Lacasta-Zabalza, no será un impedimento para incorporar en lo “dado” ideal toda esta pluralidad de creencias religiosas que “intentarán prevalecer las unas sobre las otras” ⁶⁹⁷. Concretamente habla Gény de lo “dado revelado” (*donné révélé*), es decir, un “dado” ideal (los dogmas religiosos) ofrecido por la religión que permite fijar “las direcciones y desarrollos complementarios del derecho estrictamente positivo” y contribuir al desarrollo del derecho objetivo ⁶⁹⁸. Según Gény, los dogmas que proponen las religiones (concretamente en su caso la católica) no se imponen de forma necesaria a los hombres, a diferencia de los preceptos obtenidos de la naturaleza, de la razón y de la conciencia ⁶⁹⁹. Por ello, Gény afirma que,

⁶⁹² Cfr. GÉNY, F., "La laïcité du droit naturel", *op. cit.*, pp. 14-15.

⁶⁹³ *Ibid.*, pp. 16-17.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁹⁵ Cfr. LACASTA-ZABALZA, J. I., *op. cit.*, p. 118.

⁶⁹⁶ Cfr. DE PALMARI, PAUL ANTOINE, "La norme juridique et la libre recherche scientifique : une analyse critique de l'oeuvre de François Gény", en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 233-250, p. 246.

⁶⁹⁷ Cfr. LACASTA-ZABALZA, J. I., *op. cit.*, p. 118.

⁶⁹⁸ Cfr. GÉNY, F., "La laïcité du droit naturel", *op. cit.*, pp. 9, 26.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 26. Es importante notar aquí que para Gény “sólo la naturaleza puede descubrirnos la voluntad de Dios” (“*la nature peut seule nous découvrir la volonté de Dieu*”) y que “el fin supremo sólo puede ser (o estar en) Dios” (“*la fin suprême ne peut être que Dieu*”). Gény pone entonces la idea de Dios al centro

ante la disparidad de religiones, una en concreto no puede ser impuesta a todos, sino solo propuesta como alternativa ⁷⁰⁰. Así, la religión para Gény se sumaría al derecho natural, siendo la revelación religiosa un simple añadido ⁷⁰¹.

4.1.3. La noción de lo dado (“donné”)

Antes de pasar a analizar más detenidamente los distintos “dados” en Gény vamos a apuntar algunas notas fundamentales que constituyen el concepto general de “dado”.

Para abordar los “dados” es necesario adentrarse en la filosofía primera, porque, según Gény, es necesario conocer la “esencia y la naturaleza del hombre” y tener una opinión sobre “el misterio de su origen y de su existencia en este mundo, sobre el enigma de su destino” ⁷⁰². Todo ello, permite afirmar, como lo hace Villey, el peso del elemento metafísico en la concepción del derecho de Gény ⁷⁰³.

Sobre esa filosofía primera, sea cual sea la que su formulación, podemos llegar a ponernos de acuerdo. Concretamente existe un fenómeno epistemológico por el cual bajo los principios supremos que ofrecen una explicación plena y adecuada del Universo, se presenta un conjunto de principios secundarios de mucho más fácil acceso, y de los cuales se pueden obtener conclusiones “indispensables para la vida”. Gény aplica el mismo razonamiento para los fines, distinguiendo entre fin superior y fin intermediario ⁷⁰⁴.

Lo “dado” “se concentra en torno a la idea suprema de lo “justo objetivo” ⁷⁰⁵. Lo “dado” está a la base del derecho positivo ⁷⁰⁶. Ese “dado” se encuadra en la “naturaleza

de toda regla jurídica. No obstante, Gény no comulga con ningún exoterismo particular, es decir, que cualquier “revelación” no se correspondería con el dominio natural sino con el religioso. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 361. Podemos aventurar, para erradicar todo equívoco, que la idea de “Dios” que profesa Gény no es un idea religiosa positiva, sino más bien una idea metafísica.

⁷⁰⁰ Cfr. GÉNY, F., “La laïcité du droit naturel”, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 18.

⁷⁰² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 354.

⁷⁰³ Cfr. VILLEY, M., “François Gény et la renaissance du droit naturel”, *op. cit.*, pp. 39-40.

⁷⁰⁴ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 362-363.

⁷⁰⁵ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 147.

de las cosas” de donde se derivará la regla de derecho ⁷⁰⁷ que se formulará en estado bruto ⁷⁰⁸. Ese “dado” forma parte de un complejo filosófico ⁷⁰⁹ compuesto de un “fondo de verdades morales” y también económicas ⁷¹⁰ y de todas aquellas reveladas por la ciencia o por medio de “fuerzas más oscuras” como “el subconsciente, la creencia, el sentimiento, o la intuición” ⁷¹¹.

Es legítima la pregunta que se formula Dabin que no ve cómo determinar esos “dados”, cómo formularlos adecuadamente ⁷¹². Es cierto que el término de “dado” es empleado en Gény en varios contextos ⁷¹³.

Para una mejor comprensión del concepto de “dado”, vamos a pasar a estudiar los distintos “dados” que Gény reconoce.

4.1.3.1. Lo dado real o natural (“*donné réel*” o “*donné naturel*”)

Lo “dado real” o natural (*donné réel* o *donné naturel*) tiene que ver con el conjunto de circunstancias o condiciones en el que se encuentra la humanidad y que le viene impuesto al hombre desde fuera. Este conjunto se compone de realidades

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 147.

⁷⁰⁷ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 97.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, pp. 96-97. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 410.

⁷⁰⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 354.

⁷¹⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 147.

⁷¹¹ “el dado total del derecho positivo, liberado (en la medida de lo posible) de todo artificio, e impuesto, por su propia naturaleza, al hombre, por medio de los poderes que lo puedan captar, gracias a la investigación propiamente científica o por medio de fuerzas más oscuras, según queramos llamarles, tales como el subconsciente, la creencia, la intuición, el sentimiento, etc.” (“*le donné total du droit positif, dégagé (autant que possible) de tout artifice, et s'imposant de lui-même à l'homme, par quelques puissances qu'il le puisse saisir, soit grâce à une recherche proprement scientifique, soit au moyen de forces plus obscures, telles qu'on les voudra désigner, subconscience, croyance, intuition, sentiment, etc.*”). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 353. El término “subconsciente” no se vincula a ninguna teoría particular enunciada por el psicoanálisis Freudiano u otro, sino que, a tenor del uso que Gény hace de este término, entendemos que simplemente este se refiere a todo aquello que no figura claramente formulado (y por tanto aprehendido) por la conciencia. Es decir, todo aquello que se hace sin una clara conciencia de ello.

⁷¹² DABIN, J., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3a ed., Paris, 1969, p. 110. Basado en ROUBIER, P., *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 2a ed., Paris, 1951, p. 195-196.

⁷¹³ Entre otros, Gény habla de lo “dado” del derecho objetivo. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 51. También habla de lo “dado” objetivo de la vida social. *Ibid.*, p. 61. A veces habla de lo “dado” del orden del derecho. Véase *Ibid.*, p. 50. Habla también de lo “dado” como los principios de la ciencia en general o como principio de la ciencia jurídica. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. XIV-XV.

“positivas” y “actuales”. Por un lado, tenemos “las circunstancias de hecho en las que se encuentra la humanidad”, tales como las condiciones económicas, fuerzas políticas o sociales, así como una naturaleza física (la geografía, el clima, la anatomía y fisiología del hombre) y unos elementos morales (la psicología, las aspiraciones morales, el sentimiento religioso, etc.)⁷¹⁴.

Como nos explica Gény, los romanos hablan en sus textos (ver Gayo) de una *naturalis ratio* “que las leyes civiles no pueden desconocer” y que está en su base “incluso cuando se completa con instituciones artificiales”. Son “condiciones primeras”, desprovistas de “toda arbitrariedad” y “superiores a toda reglamentación técnica”⁷¹⁵. Como sigue Gény, ese “dado” real o natural es “susceptible de observación o experimentación” y aunque no baste por sí solo para “justificar la regla de derecho”, son una “condición primordial” de la misma⁷¹⁶. Como explica Hakim, Gény habla de hechos “inscritos” en la naturaleza de las cosas que hay que distinguir de “simples hechos de sociedad”, “variables, “frágiles y fugaces”⁷¹⁷. Como recuerda Grossi, existe un vínculo indisoluble entre el derecho y la naturaleza de las cosas sociales⁷¹⁸.

Para Dabin, es difícil concebir un “dado” natural cuando el derecho “es un acto político, filosófico o moral, subjetivo, en todo caso metacientífico”⁷¹⁹. No cabe duda de que las leyes de la naturaleza física son observadas con métodos científico-empíricos. Lo que pensamos que puede hacer dudar a Dabin es la inclusión dentro de lo “dado”

⁷¹⁴ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 44, 371-372. No cabe duda de que en este punto todos los elementos morales son tratados en su aspecto positivo desde la perspectiva de las ciencias descriptivas. Por ejemplo, Gény observa que la psicología es una disciplina que sigue los métodos de investigación de las “ciencias de la vida física”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 170. Bonnacase ha criticado a Gény su psicologismo jurídico. El psicologismo jurídico es condenable según Bonnacase por el misticismo que adopta. Es decir, las convicciones individuales entendidas como datos obtenidos de la naturaleza del hombre e “idénticos” entre ellos que transmuta el psicologismo jurídico basado en el sentimiento en un psicologismo jurídico basado en la idea pura, “indemostrable”, es decir, en la metafísica de los sentimientos específicos de las conciencias individuales, lo que es el principio del romanticismo jurídico y de su misticismo. En algún caso, este psicologismo jurídico ha revestido la forma de crítica contra el conceptualismo, como en el caso de Gény. Cfr. BONNECASE, J., *Science du Droit et Romantisme...*, *op. cit.*, p. 570. Podemos ver ese psicologismo de Gény cuando afirma que el legislador es principalmente un “acto psicológico”. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 284-285.

⁷¹⁵ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 373-374.

⁷¹⁶ Esos elementos “susceptibles de observación” se encuentran, en la historia de la ciencia jurídica, en el *ius naturale* de Ulpiano o en la naturaleza de las cosas de Montesquieu. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 374-375.

⁷¹⁷ Cfr. HAKIM, N., “Droit naturel et histoire chez François Gény”, *op. cit.*, p. 6.

⁷¹⁸ Cfr. GROSSI, P., “Pagina introduttiva. (Ripensare Gény)”, *op. cit.*, p. 16.

⁷¹⁹ Cfr. DABIN, J., *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p.109. Citando a TIMSIT, G., “Les noms de la loi”, *op. cit.*, p. 154-157.

real o natural de un conjunto de elementos sociales y morales que constituyen las condiciones de vida del hombre (condiciones sociales, económicas, políticas, religiosas, morales, etc.). La naturaleza física, la geografía y el clima constituyen fuerzas de la naturaleza que le vienen impuestas al hombre, y las condiciones anatómicas y fisiológicas del hombre, como parte de su constitución biológica, crean un conjunto de necesidades e imperativos ineludibles, a diferencia de las condiciones sociales, económicas, morales, políticas, religiosas, etc., que son variables con las épocas. Pero esos elementos sociales y morales pueden intervenir en el “dado” natural, entendemos, siempre y cuando tengan un alcance general y determinen un concreto estado de civilización, que se vuelve entonces como impuesto al hombre como un dado social ⁷²⁰.

4.1.3.2. Lo dado histórico (“*donné historique*”)

Para Gény, “los hechos y circunstancias de la vida humana o social han determinado una cierta reglamentación” y dicha reglamentación se ha forjado por la costumbre, la ley escrita, la doctrina y la jurisprudencia y de ello, “por el trabajo misterioso que acompaña la evolución misma del mundo”, se obtiene un conjunto de preceptos “que sirve de cuadro a la conducta de la humanidad” ⁷²¹. Así, el “dado” histórico “contiene, completamente formadas, reglas ya suficientes, para dirigir las voluntades de los hombres y que constituyen, a partir de ahora, el derecho postulado por la vida” ⁷²². Gény compara ese “dado” histórico al *ius gentium* romano ⁷²³.

Todo derecho vigente se forja sobre un derecho anterior, previamente existente. Ese derecho pasado constituye la experiencia de la humanidad que se presenta a

⁷²⁰ Ya sabemos que el derecho no puede ser reducido a la descripción de una “naturaleza social” (Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 58) y que la “naturaleza social” se distingue de la “naturaleza física” (*Ibid.*, p. 83) por lo que, como explicará Gény, la “naturaleza social” puede ser “interpretada según su propia naturaleza” o “siguiendo las inspiraciones de un ideal superior” (Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 97). En el caso de ser interpretada por lo que ella es, entendemos que Gény hace referencia a la dimensión social positiva, la que observamos en un estado de civilización concreto para un pueblo y un momento determinado. No obstante, interpretar la naturaleza social según un “ideal”, es, en sí mismo, valorar la naturaleza social y aplicarle un deber ser, por lo que entendemos que es obra del “dado” ideal y no del “dado” natural.

⁷²¹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 376.

⁷²² *Ibid.*, p. 377.

⁷²³ *Ibid.*, p. 379.

nosotros como un objeto de estudio firme para la investigación científica⁷²⁴. Pero la valía del derecho previo se limita a la aplicación actual que pueda tener por lo que debe buscarse el “valor objetivo” de la reglamentación anterior sin consideraciones históricas. Es más, el argumento histórico de la regla es, para Géný, insuficiente para justificarla en el presente por el simple hecho de que dicha regla ha sido derogada por un legislador posterior y ha pasado a la historia⁷²⁵. Por ello, la historia, propiamente hablando, se limita a una “crítica del testimonio”⁷²⁶.

No obstante, para juzgar una determinada regla o reglamentación, habrá que tener en cuenta la experiencia de la vida jurídica, de la regla (o reglamentación), del mérito social y el valor de fondo de las instituciones⁷²⁷. De allí que, como apunta Peset Reig, con el “dado” histórico, Géný ha traído a colación “la historia de las instituciones jurídicas, el derecho vigente en la actualidad, (...) una suerte de tradición – más allá de la simplemente jurídica – que flota sobre los fenómenos del derecho”⁷²⁸.

Por ello, legítimamente, Hakim duda de que Géný esté realmente aplicando la historia en su método. Para empezar, no hace “la historia de sus predecesores”, y hace una crítica de sus ideas “descontextualizada y casi totalmente deshistorizada”⁷²⁹. Hakim critica que Géný vea la historia desde los ojos del iusnaturalismo sin poder ver los hechos históricos simples y llanamente dentro de su caos, de su sucesión y de su variedad por lo que la única historia que Géný puede aceptar es la que acaba legitimando un derecho ya sea porque ha sido así y debía ser así o simplemente tal cual debería haber sido⁷³⁰.

Para Hakim, la historia en el método de Géný, se limita así a constituirse como el conjunto de “pruebas sucesivas de una verdad atemporal”, la repetición de una serie de “actos e ideas” provenientes de una misma verdad que sólo es visible con el conocimiento de la naturaleza de las cosas⁷³¹. Concluye Hakim que el método de Géný

⁷²⁴ *Ibid.*, pp. 378-379.

⁷²⁵ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 258-259.

⁷²⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 170.

⁷²⁷ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 23.

⁷²⁸ Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 588.

⁷²⁹ Cfr. HAKIM, N., "Droit naturel et histoire chez François Géný", *op. cit.*, p. 2.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 17.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 12.

es antihistórico debido a su rechazo por el relativismo propio de los hechos históricos
732.

Todo ello es, entendemos, lo que ha dificultado poder delimitar precisamente el “dado” histórico de Géný. Entendemos que Géný ha querido que el “dado” histórico no sea una mera descripción de regulaciones del pasado sino aquello del pasado que perdura aun en nuestro tiempo porque contiene un “valor objetivo” que ha trascendido las épocas y los legisladores sucesivos. Tal vez, vaya en este sentido, la opinión de Peset Reig, que ve en el “dado” histórico, como un “dado” que proporciona “el derecho vigente en la actualidad” y permite “la aplicación de este derecho hasta sus últimas derivaciones”⁷³³.

4.1.3.3. Lo dado racional (“*donné rationnel*”)

Lo “dado” racional se deriva de la “naturaleza del hombre”, más concretamente de su naturaleza moral⁷³⁴ la cual debe ser buscada en “un territorio superior a las contingencias y a los azares de la vida”⁷³⁵. Así el “dado” racional se obtiene directamente de la naturaleza del hombre y “de su contacto con el mundo”. Son consideraciones impuestas al espíritu y resultan de las “exigencias más evidentes de las cosas” y que como tal, tienen el carácter “universal e inmutable”⁷³⁶.

⁷³² Géný nunca reconocería que esas desviaciones provengan de una relatividad profunda en las bases del derecho ya que se estaría negando la existencia misma de un derecho natural universal e inmutable. *Ibid.*, p. 13.

⁷³³ Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, pp. 586-588.

⁷³⁴ GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 381.

⁷³⁵ *Ibid.*, p. 380.

⁷³⁶ “Existen, de hecho, reglas de conducta (sobre todo en el ordenamiento jurídico), que la razón obtiene de la naturaleza del hombre y de su contacto con el mundo. En la medida en que verdaderamente se imponen al espíritu y corresponden, para él, a las exigencias más evidentes de las cosas, - con los signos que distinguen los preceptos de derecho - tienen un carácter de necesidad, así como de universalidad e inmutabilidad, que las distingue y les asigna un lugar eminente entre las reglas jurídicas” (“*Il est, en effet, des règles de conduite (notamment dans l'ordre juridique), que la raison dégage de la nature de l'homme et de son contact avec le monde. En tant qu'elles sont véritablement imposées à l'esprit et qu'elles correspondent, pour lui, aux exigences les plus évidentes des choses, - avec les signes qui distinguent les préceptes du droit, - elles présentent un caractère de nécessité, en même temps que d'universalité et d'immutabilité, qui les met à part et leur assigne une place éminente parmi les règles juridiques*”). *Ibid.*, p. 381. Entendemos que la “razón” de la que habla Géný es una razón capaz de conocer los principios primeros del universo y los preceptos que rigen el misterio del destino de la humanidad y del sentido (o fin) del hombre dentro del mundo (terrestre).

Para Gény ese “dato racional representa el fondo esencial del derecho natural clásico”⁷³⁷ y se compone, como lo recuerda Peset Reig, del *ius naturale* de los romanos o de los filósofos modernos, Cathrein o Boistel, o del concepto de justicia de Aristóteles⁷³⁸. Pero como advierte Gény, ese “dato” racional no está sujeto a desarrollos y debe limitarse a la obtención de reglas derivadas estrictamente de la razón,

ya que el conjunto de facultades necesarias para penetrar la naturaleza del hombre en vista a obtener una “dirección moral” es excesivamente “misterioso”⁷³⁹. Aquí vemos de nuevo la dificultad de conciliar el vínculo entre razón y naturaleza moral⁷⁴⁰. El “dato” racional se compondrá, como así lo ve Dabin, del conjunto de

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 380.

⁷³⁸ Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 589. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 390 y ss.

⁷³⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 383.

⁷⁴⁰ La dificultad que se presenta allí puede venir del hecho que Gény trata de encontrar un lugar en su sistema para la razón entendida en términos científicos modernos y no en términos escolásticos. La razón nacida con el modernismo encuentra el problema que comenta Carpintero Benítez: “La razón que se contempla a sí misma no es capaz de entender el carácter construido de la estructura ‘racional’ que encuentra en ella. Pues la razón no se intuye a sí misma: sólo conoce los objetos que encuentra en sí, ante la incapacidad de lo que podríamos llamar esta autointuición, la racionalidad, en su ingenuidad, queda reducida a las formas de sus percepciones. Se desespera ante formas tan distintas y trata de emanciparse de lo que considera simples fenómenos para emprender un camino que ella misma ha de construir”. Cfr. CARPINTERO BENÍTEZ, F., “Métodos científicos y método del derecho: una historia superada”, *op. cit.*, p. 40 nota a pie de página 31. No obstante, Gény adopta la idea de razón en el sentido de una razón (tal cual la presentan los escolásticos) en la que puede considerarse una dimensión extracientífica que puede llamarse “conciencia”. El propio Gény reconoce que la razón es “falible”. La falibilidad de la razón es lo que lleva a tener que reconocer la necesidad de la conciencia, como el motor que mueve hacia *lo justo*. La conciencia no sería más que el órgano humano que reconoce estos mecanismos y que declara como necesarios los principios de *razón* hallados y, en su caso, los correctivos impuestos por la *intuición*. Dado que, en el mundo moral, la acción predomina sobre el conocimiento y en el mundo físico, el conocimiento predomina sobre la acción, debemos entonces separar adecuadamente *razón teórica (ratio)* de la *razón práctica (intellectus)*. Hacemos aquí referencia al pensamiento de Santo Tomás de Aquino por ser un pensador presente en las reflexiones de Gény por vía del estudio que hace de von Cathrein (el cual es un autor tomista) y porque, a nuestro juicio, completa adecuadamente las reflexiones de Gény. La *razón teórica* sirve para “hacer silogismos y teoremas” (permite conocer el mundo físico) y la *razón práctica* sirve “para conocer directamente que robar, mentir” son acciones moralmente reprobables o malas (permite conocer el mundo moral). Esa razón práctica se ocupa por un lado de los “universales” y por otro de las “cosas singulares”. Cfr. CARPINTERO BENÍTEZ, FRANCISCO, “Sobre la ley natural en Tomás de Aquino”, *Dikaion*, volumen 22, número 2, 2013, pp. 205-246, pp. 340, 353. Basado en TOMÁS DE AQUINO en *Summa teologica*, II-II, q. 49, art. 3. Debemos por lo tanto distinguir lo que es la *razón teórica* que proviene de la observación del funcionamiento de las leyes de los fenómenos físicos que permite constituir una lógica operativa para *conocer* el mundo y los entes que lo componen, de una *razón práctica* (o *intellecto*) que permite conocer la *acción* o *voluntad* del hombre como hombre *deseante* en el mundo. De este modo, los fines de la voluntad o de la acción vendrán “revelados por la razón [práctica] y la conciencia” y “todas aquellas facultades” como “la voluntad, el sentimiento y la creencia” que trabajan “fuera de la observación”. Véase TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 40.

“verdades morales y económicas”⁷⁴¹. Pero, a nuestro entender, sólo las que sean estrictamente universales e inmutables.

4.1.3.4. Lo dado ideal (“*donné idéal*”)

Según Gény, lo “dado ideal” (“*donné idéal*”) se presenta como “las más elevadas aspiraciones de la conciencia”, “cuyo diagnóstico requiere el uso de facultades más complejas que las de la inteligencia pura”⁷⁴². Como dice Gény, se trata más bien de “una intuición, de una “experiencia integral”, que suple a la inteligencia deficiente”⁷⁴³. No detenta una plena científicidad, pero aun así goza de objetividad⁷⁴⁴.

Para Gény, el “dado ideal” es capaz de actuar sobre cada uno de los elementos objetivos de los demás “dados”, pero es “extremadamente extenso en su alcance” y vago en su contenido y “parece concentrar todas las aspiraciones humanas, con miras al progreso incesante del derecho positivo”⁷⁴⁵.

Existe “un conjunto de consideraciones de orden físico, psicológico, moral, religioso, económico y político” que no pueden clasificarse dentro de lo “dado” natural, histórico o racional y como tal “proyectan su inclinación”, marcan la dirección que la reglamentación social debe seguir⁷⁴⁶. Si cogemos, por ejemplo, un problema legislativo

⁷⁴¹ Cfr. DABIN, J., "François Gény, le savant", *op. cit.*, p. 31.

⁷⁴² El “dado” ideal se define como las “más elevadas aspiraciones de la conciencia” “cuyo diagnóstico requiere el uso de facultades más complejas que las de la inteligencia pura” (“*aspirations les plus élevées de la conscience*” “*dont le diagnostic requiert l'emploi de facultés plus complexes que celles de l'intelligence pure*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 49, 72.

⁷⁴³ “Más bien, es necesario hablar aquí de una intuición, de una “experiencia integral”, que suple la inteligencia deficiente y merece, por su misma necesidad y profundidad, la influencia reconocida por el testimonio universal de la humanidad” (“*Il faut plutôt parler ici d'une intuition, d'une « expérience intégrale », qui supplée l'intelligence défaillante et mérite, par sa nécessité et sa profondeur mêmes, l'influence, que lui reconnaît le témoignage universel de l'humanité*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 387. Existe el error común de pensar, dice Bourdeau (obra citada por Gény), que basta con inculcar a alguien ideas abstractas para que este actúe por lo que la comprensión de la crítica a la razón práctica de Kant no tendrá efecto en la conducta de aquel que no posee sentimientos morales, hasta el punto de que las “ideas puras” sin apoyo en “sentimientos apropiados” son totalmente “estériles”. Cfr. BOURDEAU, J., *La philosophie affective*, Félix Alcan, Paris, 1912, p. 162. Igualmente, según Ollé-Laprune (citado por Gény), la confianza en el “deber” expresado como “imperativo categórico” por Kant, se pierde y este ideal tiende a desaparecer por el hecho de no quedar vinculado a un sentimiento moral. Cfr. OLLÉ-LAPRUNE, L., *Le prix de la vie*, Belin Frères, 3a ed., Paris, 1896, p. 28.

⁷⁴⁴ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 387.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 384.

⁷⁴⁶ *Ibid.*

algo polémico o “discutido”, encontraremos “miles de consideraciones”, que no consisten ni en necesidades físicas, (ni tampoco en necesidades racionales), ni vienen impuestas por el pasado y que resaltan por ser el reflejo del “sentimiento público” o del “estado actual de la civilización”⁷⁴⁷. Para Rolland, el “dato” ideal de Gény forma “el código cultural de una comunidad, tal vez de una civilización”⁷⁴⁸. No podemos confundir el “sentimiento público” o el “estado actual de civilización” con la opinión pública. Gény es claro cuando afirma que la “opinión pública” está movida “por un instinto evidentemente inferior” al del ideal⁷⁴⁹. En todo caso, esos conceptos responderían más a una idea de lo social. Concretamente, Gény habla de un ideal, que puede ser el de progreso social u otro⁷⁵⁰. De esto último, Gény nos pone el ejemplo de la responsabilidad social basada sobre una cooperación de “todos a la vida social”, que, de algún modo, superaría lo puramente racional y respondería a un ideal (el de una responsabilidad más social)⁷⁵¹.

Para Bernuz Beneitez, el “dato” ideal no es tanto un “dato” científico y sólo está para dirigir u orientar la técnica del derecho “en función del estado de la civilización o del progreso de las ideas”⁷⁵². Lo que queda claro para Gény es que el “dato” ideal no es estrictamente y no pretende conseguir lo universal e inmutable, por ello goza de cierta subjetividad que lo orienta hacia un aspecto más técnico. Tampoco podemos caer en el error de pensar que es “puramente técnico”, porque se impone al espíritu y, por ello sigue siendo esencialmente un “dato”. Ese “dato” ideal se impone al espíritu por vía de “esas fuerzas, mal definidas”, que, bajo el nombre de creencia, sentimiento, o intuición⁷⁵³ “determinan de alguna manera misteriosa pero ciertas,

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 385. Gény nos pone el ejemplo del matrimonio en el que nos indica que su carácter monogámico o su indisolubilidad son más propios de cuestiones culturales y por tanto vendrán recomendados por el ideal. Otro ejemplo, lo tenemos con el incesto, concretamente Gény nos indica que, entendido el incesto como el “obstáculo a un matrimonio regular por lazos de sangre”, tenemos por un lado “un incesto prohibido por las condiciones racionales de la unión conyugal” y por otro lado un incesto “condenado únicamente por consideraciones más elevadas y discutibles”. *Ibid.*, pp. 402-403.

⁷⁴⁸ Cfr. ROLLAND, L., *op. cit.*, p. 174.

⁷⁴⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 387.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 383.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 388.

⁷⁵² Cfr. BERNUZ BENEITEZ, *François Gény y el Derecho. La lucha contra el método exegético*, *op. cit.*, p. 134.

⁷⁵³ Gény indica que el ideal puede ser “vislumbrado por la intuición”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 409-410.

convicciones o movimientos de voluntad, que, encontrándose en otros, presentan, por ello, una objetividad suficiente”⁷⁵⁴.

4.1.3.5. La relación entre los distintos dados

Una vez expuestos los distintos “dados” que conforman la base del derecho positivo, queda la tarea de averiguar el modo particular en que se relacionan. En primer lugar, la distinción que hace Gény entre cuatro “dados” diferentes (natural o real, histórico, racional, e ideal) proviene de un esfuerzo definitorio y clasificatorio. Lejos de conformar una clasificación definitiva, el propio Gény menciona otra clasificación posible de lo “dado” consistente en distinguirlo por su naturaleza intrínseca: lo “dado” físico, psicológico, moral, económico, político, social, etc.⁷⁵⁵. Los comentaristas de Gény han propuesto otras clasificaciones⁷⁵⁶.

Lo que queda claro, como indica Gény, es que existen diferencias de valor entre los elementos que componen lo “dado” y es necesario establecer una jerarquía⁷⁵⁷ con el fin de poder armonizar su acción hacia un fin y ser estudiados y tratados con el mayor detalle posible hasta dejar clara su aplicación⁷⁵⁸.

⁷⁵⁴ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 387.

⁷⁵⁵ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 371 nota a pie de página núm. 1.

⁷⁵⁶ Para Dabin, los “dados” real e histórico, pueden ser clasificados como experimentales, por ser los únicos con valor propiamente científico, y el resto conformarían un “dado” moral para todo aquel conocimiento sobre el “actuar del hombre”. Cfr. DABIN, J., “François Gény, le savant”, *op. cit.*, p. 35. Según Toutsakovitch, los “dados” real e histórico pueden clasificarse como provenientes de “la naturaleza positiva de las cosas”. Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 156. Sin embargo, según Louis Le Fur, podemos clasificar el “dado” real como “los hechos de la naturaleza física que se imponen al hombre” y como algo diferente de lo “dado” histórico y la tradición. *Ibid.*, p. 157. Citando a LE FUR, LOUIS, *les grands problèmes du droit*, Sirey, Paris, 1937, p. 115. Según Toutsakovitch, en cuanto a los “dados” racional e ideal, podríamos clasificar esos “dados” como provenientes de “la razón y la conciencia”. Toutsakovitch, p. 156., y, según Toutsakovitch, el propio Louis Le Fur concibe un “dado” humano, es decir, “la razón en su sentido más amplio”. *Ibid.*

⁷⁵⁷ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 61. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 389-415. Como el propio Toutsakovitch muestra, en Gény, la jerarquización de los distintos “dados” (real, histórico, racional e ideal) ha sido cuestión controvertida; concretamente se han suscitado problemas como la determinación de la naturaleza de los distintos “dados” atribuyendo, algunos autores, a los “dados” racional e ideal una naturaleza “estática e invariable” quedando el “dinamismo y la variabilidad” para los “dados” histórico y real o entendiendo la existencia de un problema entre razón y naturaleza, siendo la razón que se impone sobre la naturaleza y esta que queda supeditada a la primera. Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 87 nota al pie de página n° 197.

⁷⁵⁸ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 389.

Siguiendo a Peset Reig, tenemos, por un lado, el “dato” real que muestra “una realidad pasiva y constante” suministrada por las ciencias y a un “dato” histórico que muestra “la totalidad del mundo jurídico positivo”. Juntos van a conformar la “naturaleza de las cosas positivas”⁷⁵⁹. En esa misma línea, afirma Chazal, que los “datos” real e histórico, “sólo necesitan ser constatados” por lo que no se prestan “a una actividad personal y creadora del espíritu jurídico”⁷⁶⁰.

Así podemos observar una primera esfera compuesta del “dato” natural e histórico. En esta esfera, el “dato” natural representa el conocimiento científico de las cosas positivas, y el “dato” histórico refleja el movimiento y cambio de esas cosas positivas.

Ahora queda analizar el “dato” racional y el “dato” ideal. Antes de nada, Géný sitúa el “dato” racional por encima de los demás “datos” (natural⁷⁶¹, histórico, ideal)⁷⁶². El “dato” racional, que es el verdaderamente científico, revela principios universales e inmutables⁷⁶³ y también es el instrumento de conocimiento⁷⁶⁴ de esos principios, por ello el “dato” racional es el verdaderamente científico⁷⁶⁵. El “dato” racional opera directamente sobre las cosas para extraer de ellas una “conciencia universal”⁷⁶⁶.

Para Géný, el “dato” racional no puede contener resultados cuestionables⁷⁶⁷. Es entonces el “dato” más importante por su trascendencia y es sobre el que deben concentrarse “todos los esfuerzos”⁷⁶⁸. Esos esfuerzos van, según Toutsakovitch, a

⁷⁵⁹ Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, pp. 587 y 591.

⁷⁶⁰ Cfr. CHAZAL, J., *op. cit.*, p. 98.

⁷⁶¹ Ese “dato” natural o real (compuesto por realidades naturales positivas) posee un fundamento racional. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 396.

⁷⁶² *Ibid.*, p. 384.

⁷⁶³ *Ibid.*

⁷⁶⁴ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 230.

⁷⁶⁵ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 384.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, pp. 409-410.

⁷⁶⁷ “Pero evidentemente, para asegurar a este dato racional el valor eminente del que es digno, sólo debe comprender los preceptos que la razón nos muestra imperiosamente postulados por la naturaleza del hombre, sin extenderla a los desiderata más refinados y discutibles sugeridos por aspiraciones menos claras, y que remitimos al dato ideal” (“*Mais il doit rester bien entendu, en vue d'assurer à ce donné rationnel la valeur éminente dont il est digne, qu'il ne comprend que les préceptes, que la raison nous montre impérieusement postulés par la nature de l'homme, sans l'étendre jusqu'aux desiderata plus raffinés et plus contestables, suggérés par des aspirations moins nettes, et que nous renvoyons au donné idéal*”). *Ibid.*, pp. 381-382.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, pp. 389-390.

consistir “en una reflexión constante sobre los datos reales, históricos e ideales”⁷⁶⁹. De allí que, para Hernández Gil, el “dado” racional parezca más bien un proceder o raciocinio más que un elemento de esencia⁷⁷⁰. Entendemos, sin embargo, que el “dado” racional es a la vez el que contiene los principios universales e inmutables como el procedimiento para encontrarlos y posteriormente formularlos.

No obstante, según Gény, una vez formulados, esos principios necesitan completarse, prolongarse y desarrollarse para evitar que se congelen y queden sin vida⁷⁷¹. Esa será la función del “dado” ideal, que buscará continuamente un “refinamiento de las conclusiones de la razón”⁷⁷². Ese refinamiento, es también, como indica Gény, un perfeccionamiento del “dado” racional⁷⁷³ hasta el punto de que el “dado” ideal puede luchar contra imposiciones de la naturaleza o de la razón si estas no responden “al estado de la civilización o al progreso de las ideas”⁷⁷⁴. Ha quedado claramente expuesto que la razón no puede considerarse como un órgano unilateral, exclusivo e independiente de otras facultades necesarias si pretende un pleno entendimiento del mundo⁷⁷⁵.

Entendemos que la razón, como proceder, tiene por misión ofrecer el conjunto de principios universales e inmutables que se encuentran en los “datos” ideal, natural e histórico. Debido a que esos “datos” (ideal, natural e histórico) no son universales e inmutables, su contenido y la extensión de esos “datos” depende de cada estado de civilización. Así el “dado” racional es siempre la base de toda otra posible configuración de “datos” (ideales, naturales históricos) existente o por existir.

De esta conclusión nace el concepto de “derecho natural progresivo” (*droit naturel progressif*). Más concretamente, nos dice Gény, que del hecho “diversidad de opiniones y creencias” cada cual en lucha con las demás para defender sus ideales,

⁷⁶⁹ Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 87 nota al pie de página n° 191. Gény muestra aquí que la razón interpreta la historia y la naturaleza y sugiere unas direcciones de conducta para su posterior “perfeccionamiento” y “afinamiento” por lo “dado” ideal. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 390.

⁷⁷⁰ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, pp. 160-161.

⁷⁷¹ Cfr. GÉNY, F., "La laïcité du droit naturel", *op. cit.*, p. 19.

⁷⁷² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 388.

⁷⁷³ *Ibid.*, p. 384.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 388.

⁷⁷⁵ En ese sentido, Véase HAKIM, N. "Droit naturel et histoire chez François Gény", *op. cit.*, pp. 8-9.

nacerán reglas que “variarán según el tiempo y el lugar”. Esas reglas complementarán el “fondo esencial de los preceptos eternos e inmutables”⁷⁷⁶, es decir, el “dado” racional.

Peset Reig, pensamos que, con acierto, ha calificado al “dado” ideal de “capa exterior” del “dado” racional, lo que “no está aún decidido que sea racional”, lo que será un “progresivo descubrimiento” hasta convertirse en indiscutible⁷⁷⁷.

Entendemos que el “dado” racional es el conocimiento de los principios considerados universales e inmutables y ya adquiridos a lo largo de la historia. El “dado” ideal es aquello que representa el movimiento, el cambio y el contexto civilizacional donde surgen principios que aún no pueden ser calificados como racionales, pero que van camino de serlo.

Pensamos que el “dado” racional e ideal componen a su vez otra esfera (diferente de la compuesta por el “dado” real e histórico) donde, en conclusión, la esfera (natural e histórica) se presenta como la base positiva de la esfera (racional e ideal).

Al situarse así la razón (el “dado” racional) por encima de todo no nos extraña que Villamor Morgan-Evans y Bernuz Beneitez consideren a Gény decididamente portador de un iusnaturalismo racionalista⁷⁷⁸, aunque, con la matización, para Villamor Morgan-Evans, de que este racionalismo no es “puro”, en el sentido, de que no queda desvinculado por completo de los hechos sociales y de la propia historia⁷⁷⁹. Es más, remarca Bernuz Beneitez que a Gény se le reprocha el uso del sociologismo para

⁷⁷⁶ “La propia diversidad de opiniones y creencias dará lugar a partidos o confesiones que tratarán de hacer prevalecer sus ideales, para hacer surgir del tronco común del derecho natural follajes que desarrollan sus poderes, sin comprometer su esencia fundamental. Así, poco a poco, y no sin sacudidas, se irá ofreciendo el fondo esencial de los preceptos eternos e inmutables, cuya curva global representará una especie de “derecho natural progresivo”, único capaz de mantener para el ordenamiento jurídico la indispensable flexibilidad de adaptación” (“*La diversité même des opinions et des croyances suscitera des partis, ou des confessions, qui chercheront à faire prévaloir leurs idéaux, pour faire surgir, du tronc commun du droit naturel, des frondaisons, qui en développent les puissances, sans en compromettre l'essence fondamentale. Ainsi, s'offriront, peu à peu, et non sans à-coups, le fonds essentiel des préceptes éternels et immuables, et dont la courbe d'ensemble représentera une sorte de « droit naturel progressif », seul capable de maintenir à l'ordre juridique la souplesse d'adaptation indispensable*”). GÉNY, F., “La laïcité du droit naturel”, *op. cit.*, pp. 19-20. Se deduce de aquí que este proceso de desarrollo progresivo del derecho natural va a permitir desvelar de algún modo “poco a poco” y con “sacudidas” los preceptos eternos e inmutables.

⁷⁷⁷ Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, pp. 587 y 591. En cuanto a la idea de Peset Reig que ve en el “dado” ideal de Gény un “dado” racional aún por decidir y que nos parece acertada, véase la nota a pie de página anterior en la que vemos que el “dado” ideal interviene en el descubrimiento de los preceptos eternos e inmutables.

⁷⁷⁸ Cfr. VILLAMOR MORGAN-EVANS, E., *op. cit.*, p. 441. Cfr. BERNUZ BENEITEZ, François Gény y el Derecho. La lucha contra el método exegético, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁷⁹ Cfr. VILLAMOR MORGAN-EVANS, E., *op. cit.*, p. 442.

encubrir su profundo iusnaturalismo⁷⁸⁰. El binomio “dado” racional - “dado” ideal será, para Peset Reig, la marca propia del iusnaturalismo en Gény⁷⁸¹.

4.1.4. La noción de justicia

Hemos hablado más arriba de la justicia y la utilidad como componentes de la naturaleza de las cosas. La justicia y la utilidad se presentaban como elementos que el intérprete debía tener en cuenta para su libre investigación científica del derecho. Aquí analizaremos con más detalle la idea de justicia en sí.

Ya hemos apuntado que la idea de justicia se vincula estrechamente a la idea de razón y de moral⁷⁸². El problema principal que nos encontramos con la idea de justicia reside en la existencia de distintos niveles o grados de concreción que van a suponer la necesidad de una determinación cada vez mayor de los principios abstractos⁷⁸³. Si analizamos este proceso de concreción de la idea de justicia, obtenemos lo siguiente.

En primer lugar, Gény concibe como principios fundamentales de la justicia⁷⁸⁴ (o justo objetivo) el que estipula la necesidad de atribuir a cada cual lo que es suyo y el que estipula el de no dañar a nadie⁷⁸⁵. Junto a esos principios se suma la idea de equilibrio entre intereses, necesaria para el mantenimiento del orden⁷⁸⁶.

Esos principios derivan de la razón y la conciencia moral⁷⁸⁷ y como tal, se imponen como una “naturaleza superior de las cosas” (“*nature des choses supérieure*”) “hecha de principios racionales y de entidades morales inmutables” que se encuentra

⁷⁸⁰ Cfr. BERNUZ BENEITEZ, *François Gény y el Derecho. La lucha contra el método exegético*, op. cit., p. 173.

⁷⁸¹ Cfr. PESET REIG, M., op. cit., pp. 587 y 591.

⁷⁸² Gény habla de “sentimiento moral de la justicia”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, op. cit., p. 26. Nos indica que los principios de justicia son “inmanentes a nuestra naturaleza moral”. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, op. cit., p. 113. Los principios de justicia vienen revelados por la “razón o la conciencia moral”. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, op. cit., p. 108.

⁷⁸³ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, op. cit., p. 394.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 390-392.

⁷⁸⁵ Gény reconoce el acierto del análisis de Aristóteles sobre la noción de justicia, que, aun así, sigue siendo vaga y necesitada de concreción. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, op. cit., pp. 392 y 394.

⁷⁸⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, op. cit., p. 50.

⁷⁸⁷ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, op. cit., pp. 107-109.

fuera y por encima de la “naturaleza de las cosas positivas”⁷⁸⁸. Se van a componer de “un mínimo de preceptos”⁷⁸⁹ distintos de lo bello y de lo verdadero y distintos de los conceptos de lo divino y del bien que sugieren, respectivamente, las reglas de la religión y de la moral⁷⁹⁰. Esos principios no son más que formas vacías, que se deben de rellenar, “para poder sacar de ellas todo lo que se les pide”⁷⁹¹.

Llegados a este punto, aparece una serie de ideas menos abstractas que vienen a completar el procedimiento de concreción de la idea de justicia. Estas ideas son las de igualdad⁷⁹², orden, equilibrio⁷⁹³, armonía⁷⁹⁴ y utilidad⁷⁹⁵. Igualmente, se habla de una

⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 102.

⁷⁸⁹ Cfr. GÉNY, F., "La laïcité du droit naturel", *op. cit.*, pp. 8-9.

⁷⁹⁰ “(...) Pues bien, esta noción es fácilmente distinguible, tanto de las nociones de lo bello y lo verdadero, que corresponden a otros conceptos, como incluso de las de lo divino y del bien, que sugieren las reglas de la religión o de la moral” (“(...) Or, cette notion se distingue aisément, tant des notions du beau et du vrai, qui répondent à de tout autres concepts, que, même encore, de celles du divin et du bien, qui suggèrent les règles, soit de la religion, soit de la morale”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 50. Gény distingue la noción de justicia de la noción de lo divino, y conecta lo divino con la religión. Esto no es un impedimento para hacer derivar la justicia de Dios. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 85. La concepción o teoría formal de la justicia sostiene que un acto es justo cuando es conforme a una norma. Cuando esa norma es la ley se corresponde con la concepción legalista de la justicia. Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 16. Para Bobbio, aquel que afirma que la justicia es la correspondencia con leyes divinas o naturales no se distingue de aquel que afirma que la justicia es la correspondencia con la ley positiva. Ambos se refieren a la justicia con una definición legalista, es decir, una definición formal. *Ibid.*, p. 19. En nuestro caso Gény no asocia la idea de justicia con preceptos concretos de una ley natural y menos aún de la ley positiva, pero sí supedita la idea de justicia a la idea de la naturaleza de las cosas (y por ende, las leyes que conforman esa naturaleza de las cosas).

⁷⁹¹ “las dos nociones indicadas son, en sí mismas, sólo formas vacías, que hay que saber rellenar, para poder sacar de ellas todo lo que se les pide” (“les deux notions indiquées ne sont, en elles-mêmes, que des formes vides, qu’il faut savoir remplir, pour en pouvoir tirer tout ce qu’on leur demande”). GÉNY, F., *Méthode d’interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 91. La justicia en su concepción formal y abstracta se presenta tanto para el positiva como para el iusnaturalista y satisface tanto el valor de orden (ya que garantiza unas reglas de conducta) como el de la igualdad (ya que las reglas deben ser obedecidas por todos, con independencia de su contenido). Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 20. Por ejemplo, Kant presenta un concepto formal del derecho o de “lo jurídico” (el derecho como una forma o “momento formal” de la realidad) pero sostiene una definición no formalista de la justicia (es decir del contenido del derecho). *Ibid.*, pp. 22-24.

⁷⁹² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 394. La justicia particular en Aristóteles, como así lo explica López Hernández, consiste en reconocer la igualdad que debe presidir la “relación con otro”. La justicia particular se desenvuelve en una relación de intersubjetividad y se presenta en tres subtipos: la justicia distributiva, la correctiva y la retributiva. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 104.

⁷⁹³ Gény, por ejemplo, nos indica que junto a los principios abstractos de justicia (tales como *neminem laedere* y *suum cuique tribuere*) debe unirse un “pensamiento” de un “equilibrio” entre intereses necesario para el mantenimiento del orden. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 50.

⁷⁹⁴ “el justo objetivo, cuyo principio esencial parece estar representado en el espíritu por la idea de un orden, un equilibrio, establecido según un pensamiento de armonía, moral en su sustancia, exterior en sus manifestaciones, basado en las condiciones efectivas de la vida del hombre en la sociedad” (“le juste objectif, dont le principe essentiel semble se représenter à l’esprit en l’idée d’un ordre, d’un équilibre, établi suivant une pensée d’harmonie, moral dans sa substance, externe dans ses manifestations, fondé

aspiración a la unidad por uso de la analogía ⁷⁹⁶. Entonces tanto la igualdad, el orden, el equilibrio, la armonía y la utilidad componen un todo inseparable que debe tender a la unidad. Pero como indica Frydman, la búsqueda del “equilibrio” de intereses “no es un fin en sí mismo” y que como tal “no es suficiente aun para realizar la justicia” ⁷⁹⁷.

En segundo lugar, Gény reconoce la existencia de principios “menos abstractos” situando en primer lugar el principio que reconoce “el valor eminente de la persona humana” y sus derechos a la realización y a la libertad ⁷⁹⁸. Esos principios menos abstractos aparecen como necesarios para dar cabida a la “exuberante complejidad de todas las exigencias de la vida” ⁷⁹⁹. Cuanto más se avanza en la concreción de lo justo objetivo más se necesita introducir elementos de la naturaleza y de la historia y apoyarse en el ideal hasta el punto de apartarse de la “evidencia racional” ⁸⁰⁰. El conocimiento de la “naturaleza de las cosas positivas” (naturaleza e historia) se hace necesario para poder concretar y precisar aquellos principios de justicia encontrados (necesariamente dotados de cierta generalidad y abstracción), adaptarlos a los casos de la vida del derecho y asegurar la efectiva aplicabilidad de sus resultados ⁸⁰¹.

sur les conditions effectives de la vie de l'homme en société). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 392-393.

⁷⁹⁵ La utilidad que permite dirigir la “estimación recíproca de los intereses”, se “absorbe” dentro del “ideal superior” de justicia. En palabras de Gény, “(...) cuando consideramos el derecho, absorbemos la utilidad en la justicia, con el fin de adjuntar a un ideal superior [el de la justicia] el principio de resolver los conflictos de intereses [la utilidad]” (“(...) *quand nous envisageons le droit, nous absorbons l'utilité dans la justice, en vue de rattacher à un idéal supérieur le principe de solution des conflits d'intérêts*”) Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 50.

⁷⁹⁶ Hay que aplicar “a la búsqueda o la realización del “justo objetivo”” “el efecto de esta aspiración a la unidad, que caracteriza todo esfuerzo humano hacia la penetración y el dominio de las cosas”. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 158. Recalcando la idea de “aspiración a la unidad”, Gény indica que “el lema del jurisconsulto que se esfuerza por alcanzar el justo objetivo, podría ser el de cualquier investigador científico: hacia la unidad, a través de aproximaciones sucesivas”. *Ibid.*, p. 163.

⁷⁹⁷ Cfr. FRYDMAN, B., *op. cit.*, p. 225. Como bien indica Cachard, la técnica del equilibrio de los intereses se presenta como la respuesta superadora de la técnica del silogismo que presenta límites que difícilmente pueden “responder a la pluralidad de valores que están en la base de los ordenamientos jurídicos modernos”. Cfr. CACHARD, O. “La libre recherche scientifique à son paroxysme: la jurisprudence arbitrale”, *op. cit.*, p. 67.

⁷⁹⁸ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 394. Gény reconoce igualmente a todo ser humano el derecho de actuar y desarrollar sus facultades, según su naturaleza y en vista a su fin. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 105. Es interesante ver como para Fraguero, la justicia en Gény tiene a la persona como centro y, por derivación, al principio de “dignidad de la personalidad humana” compuesto por la integridad física, moral e intelectual de la persona y defendida por el ejercicio de la libertad como la “libertad de pensamiento”, de “prensa”, de “asociación”, etc. Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, pp. 77-78.

⁷⁹⁹ Cfr. GÉNY, F., “La laïcité du droit naturel”, *op. cit.*, pp. 8-9.

⁸⁰⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 393.

⁸⁰¹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 100, 104 y 106.

En un tercer lugar, es necesario convertir los “principios abstractos” en “preceptos de conducta”. Gény habla de preceptos que provienen de una tradición asentada (como la prohibición de la esclavitud, del enriquecimiento injusto, etc.) o de una conciencia más moderna (derechos al trabajo, a un salario mínimo, la transformación de la idea de responsabilidad, etc.)⁸⁰². Pensamos que los fines intermediarios son una forma de concretar esos principios abstractos de justicia. Gény acepta su uso siempre y cuando permitan facilitar la aplicación de resultados obtenidos por la razón o la intuición⁸⁰³. Según sostiene Toutsakovitch, estos fines intermediarios se recogen en los “principios generales del derecho” tales como evitar el enriquecimiento injusto, no poder dar más derechos de los que uno tiene, etc.⁸⁰⁴.

Para concretar los principios de justicia hasta en los más mínimos detalles de la vida jurídica, con todas sus contingencias y consideraciones prácticas, se necesita adentrarse en el ámbito de la técnica jurídica⁸⁰⁵.

Toutsakovitch critica a Gény el haber querido deducir una “justicia material” de una “justicia formal”, es decir, que ha querido obtener “el contenido de la forma vacía”⁸⁰⁶. Para Toutsakovitch, “la justicia formal será el mínimo que debe integrarse en el derecho positivo” pero de ella será imposible deducir una justicia material⁸⁰⁷. Sin embargo, no estamos del todo de acuerdo, ya que como hemos visto, Gény considera la naturaleza de las cosas, tanto superior (razón e ideal) como positiva (naturaleza e historia) como exigencia para derivar adecuadamente resultados concretos de justicia sobre la base de principios absolutos de justicia y además integra como un principio fundamental el valor de la persona humana.

⁸⁰² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 396.

⁸⁰³ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 48. Recordamos que el ideal se presenta como una intuición. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 387.

⁸⁰⁴ Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 170.

⁸⁰⁵ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 398-399.

⁸⁰⁶ La justicia formal se entiende como el conjunto de principios formulados sobre la justicia que no están dotados de contenidos. Principios tales como las diferentes justicias enumeradas por Aristóteles (justicia conmutativa, distributiva y social). Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 165.

⁸⁰⁷ *Ibid.* Citando a DEL VECCHIO, G., *Justice, droit, état. Etudes de philosophie juridique*, prefacio de M. Lévy-Ullman, Sirey, Paris, 1938, p. 52. Ver en este mismo sentido a PRÉMONT, M., *op. cit.*, p. 149.

No obstante, se reprocha a Gény, como observa Bernuz Beneítez, el no haber definido suficientemente la idea de justicia como base del derecho natural ⁸⁰⁸.

4.2. Derecho ideal

Antes de adentrarnos en el análisis del derecho ideal para Gény, debemos tener presente que el derecho ideal se vincula estrechamente con el “dado” ideal hasta el punto de presentarse como una cierta *juridización* del mismo. Para Gény, el derecho ideal está compuesto por una mezcla de elementos obtenidos de concepciones morales, sentimientos, elementos racionales y experiencias tomadas de la vida del derecho, según la personalidad propia de aquel que lo formula. Por lo que el derecho ideal es completamente subjetivo. El derecho ideal no posee realidad efectiva porque puede vivir fuera de toda positividad, en la imaginación de los que lo conciben, adoptando así mil formas posibles (se puede concebir como un derecho universal o un derecho particular, etc.) ⁸⁰⁹.

Vamos a ver cuál es el lugar que ocupa ese derecho ideal entre los demás tipos de derecho a considerar dentro del sistema jurídico de Gény. Primero nos indica Gény que el derecho natural está a la base del derecho ideal ⁸¹⁰. En cuanto al derecho positivo, Gény nos indica que este se “alimenta y desarrolla” por vía del derecho ideal ⁸¹¹ y el derecho ideal, puede servir de base de comparación con el derecho positivo vigente ⁸¹².

Entiende Gény que el derecho, en general, puede existir en un “estado ideal” en el espíritu de los hombres y esa noción de “ideal” que conforma el “derecho ideal” puede ser entendida como la tendencia hacia la más alta perfección (en el sentido de conseguir una utopía) ⁸¹³. Pero debido a que la perfección debe tener una existencia objetiva, el derecho ideal, por ser obra de la imaginación creadora, es subjetivo y no

⁸⁰⁸ Cfr. BERNUZ BENEITEZ, *François Gény y el Derecho. La lucha contra el método exegético*, *op. cit.*, p. 173.

⁸⁰⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 52-53. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 215.

⁸¹⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 53, nota a pie de página número 2.

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 53 nota a pie de página número 1.

⁸¹² *Ibid.*, p. 53.

⁸¹³ La objetividad de las ideas, según Gény, dependerá de cómo resolvamos el problema metafísico de la realidad de las ideas. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 215-216

puede ser perfecto ⁸¹⁴, pero por el hecho de ser, la construcción de un derecho ideal, una tendencia natural del hombre, la existencia misma de esta tendencia dota de un cierto grado de objetividad al derecho ideal construido ⁸¹⁵.

Ahora bien, se presentan a nosotros dos ideas muy cercanas pero diferentes. La idea de “dado” ideal y la de derecho ideal. Toutsakovitch ve una clara distinción entre derecho ideal y “dado” ideal, en la concepción de Géný ⁸¹⁶. Para Toutsakovitch, lo “dado” ideal presenta una dimensión que “sobrepasa nuestra personalidad” y se sitúa en una “conciencia colectiva” mientras que el derecho ideal es “completamente subjetivo e individual”, es el producto de quien lo construye ⁸¹⁷.

Géný critica la idea de derecho ideal tanto de G. May ⁸¹⁸ como de Jèze ⁸¹⁹. En ambos casos lo que se resalta es la falta de consideración de una base objetiva que Géný considera como fundamental para el derecho ideal. El derecho ideal no tendrá, a diferencia del derecho natural, un conjunto de principios objetivos derivado de la naturaleza de las cosas ⁸²⁰. La verdad objetiva y la dimensión de absoluto quedan

⁸¹⁴ *Ibid.*, pp. 215-216, 230 y 265.

⁸¹⁵ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 53-54. Hablando sobre el ideal, nos dice Géný que “si se le da al ideal el significado de una tendencia a la perfección, se reconoce un tipo perfecto de derecho, cuyo contenido puede ser discutido e incluso puede variar en la aplicación que se le da pero cuya existencia es cierta, porque se impone la necesidad de gobernar, plenamente y de acuerdo con su destino, las sociedades humanas” (“*si l'on donne à l'idéal le sens d'une tendance à la perfection, on reconnaît donc un type de droit parfait, dont le contenu peut être discuté et peut même varier dans l'application qu'on en fait, mais dont l'existence est certaine, parce que la nécessité s'en impose, pour régir, pleinement et suivant leur destinée, les sociétés humaines*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 265.

⁸¹⁶ Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 158.

⁸¹⁷ *Ibid.*, 158 y 160 nota a pie de página nº 404.

⁸¹⁸ Expone la idea de “derecho ideal” de G. May y concluye que, para este autor, el “derecho ideal” no tiene existencia objetiva. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 228.

⁸¹⁹ Siguiendo con el problema de la objetividad del “derecho ideal” tenemos que para Jèze, nos dice Géný, la visión del “derecho ideal” se confunde con la “política” que no es más que “movimientos de opinión”. *Ibid.*, p. 233. Es más, para Géný, el “derecho ideal” de Jèze es el “resultante de concepciones puramente subjetivas” que no son suficientes para proporcionarle “una existencia objetiva e independiente”. *Ibid.*, p. 241.

⁸²⁰ No se puede admitir en la base del derecho ideal “principios objetivos, basados en la naturaleza humana”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 52-54.

reservadas al derecho natural ⁸²¹. En definitiva, el derecho ideal se presenta como una construcción de los positivistas para eludir el problema del derecho natural ⁸²².

En conclusión, pensamos que el derecho ideal es una concepción insuficiente que pretende fundamentar y dirigir el derecho positivo al margen de la idea de un derecho natural. El derecho ideal está plagado de subjetividad y parece ser obra de una voluntad política o movimientos de opinión (según el pensamiento de Jèze). No pensamos que el derecho ideal desaparezca y por ello siempre habrá que oponerle el derecho natural.

4.3. Derecho objetivo

En este apartado vamos a analizar el concepto de derecho objetivo para Gény. Sabemos que para Gény, toda construcción jurídica (obra técnica) puede quedar fácilmente sin valor objetivo cuando, por abstracción, se pierda el vínculo estrecho con la vida ⁸²³. Para Gény, el derecho objetivo va a permitir obtener una visión más precisa para elaborar las instituciones de la vida social ⁸²⁴. Entendemos que el derecho objetivo pretende ser el derecho que más se acerca a la vida social.

Para Gény, el derecho objetivo se produce por una voluntad sujeta al “respeto debido al orden social” ⁸²⁵. Incluso en la visión de Duguit, esa voluntad se mueve por la

⁸²¹ Gény deja claro que el derecho natural, criticando la concepción de Duguit, no implica “la concepción de un derecho ideal” que resultara “absoluto y verdadero” por una “verdad geométrica”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 252. En todo caso, esa verdad pertenece al derecho natural, y es lo que permite mantener ese “carácter específico del derecho natural, que lo separa del derecho ideal” quedando el derecho ideal como una “preparación lejana” del derecho natural. *Ibid.*, p. 17.

⁸²² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 265.

⁸²³ “El mérito objetivo sólo puede ser apreciado por una estrecha comparación con la vida” (“*le mérite objectif ne peut être apprécié que par une étroite comparaison avec la vie*”). GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 191.

⁸²⁴ “la existencia misma del derecho objetivo, cuyo contenido, siendo el único dotado de verdadera fertilidad, presupone una visión más precisa de las cosas, plasmada en las propias instituciones de la vida social” (“*l'existence même du droit objectif, dont le contenu, seul doué d'une vraie fécondité, suppose une vue plus précise des choses, se traduisant dans les institutions mêmes de la vie sociale*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 14.

⁸²⁵ Podemos añadir que la voluntad particular aun pudiendo realizar actos jurídicos fuera de los efectos “normales” previstos por el derecho objetivo, siempre quedará supeditada al principio de respeto del orden social que está a la base del derecho objetivo. En palabras de Gény: “Que el derecho objetivo consagre, de conformidad con un fin general de orden y disciplina social, los efectos normales de los actos jurídicos, lo podemos aceptar. Pero, como la fuerza social de estos actos reside en la voluntad que los produce, según las prescripciones propias de la regla de derecho, hay que decir que esta voluntad, al

solidaridad o interdependencia social⁸²⁶ generando un conjunto de derechos y obligaciones objetivos que componen un orden general⁸²⁷ en el que para Cathrein sólo se incluyen las leyes morales derivadas de la justicia⁸²⁸.

manifestarse, acepta libremente los efectos así establecidos y puede, por tanto, sustituirlos por otros, bajo el respeto debido al orden social que domina los intereses particulares” (“*Que le droit objectif consacre, suivant un but général d'ordre et de discipline sociale, les effets normaux des actes juridiques, on le peut admettre. Mais, du moment que la force sociale de ces actes réside dans la volonté qui les produit, d'après les prescriptions même de la règle de droit, il faut dire que cette volonté, en se manifestant, accepte librement les effets ainsi établis, et peut, par conséquent, leur en substituer d'autres, sous réserve du respect dû à l'ordre social dominant les intérêts particuliers*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 204-205. Para Gény, el orden “sigue siendo la ley fundamental de la sociedad humana”. Cfr. GÉNY, F., *Justice et force. Pour l'intégration de la force dans le droit*, Dalloz, Paris, 1939. (traducción BERNUZ BENEITEZ, M. J., *La libertad en el derecho...*, *op. cit.*, p. 73).

⁸²⁶ Como explica Gény: “¿Cuál será entonces este hecho esencial, cuya conciencia debe llevar a la voluntad del hombre a perseguirlo o a desarrollarlo, y que constituye así el sustrato del derecho objetivo? Este hecho. - El “hecho fundamental de toda sociedad humana” - es la solidaridad, o la interdependencia social, que, “bien entendido, no es más que la permanente coincidencia de los objetivos individuales y sociales” (“*Quel sera donc ce fait essentiel, dont la conscience doit entraîner la volonté de l'homme à le poursuivre ou à le développer, et qui se trouve ainsi constituer le substratum du droit objectif? Ce fait. - « le fait fondamental de toute société humaine » - c'est la solidarité, ou l'interdépendance sociale, qui, « bien comprise, n'est que la coïncidence permanente des buts individuels et sociaux*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 200.

⁸²⁷ “Este derecho objetivo engendra directamente, tanto para los gobernados como para los que gobiernan, deberes objetivos, con, como contrapartida necesaria, poderes igualmente objetivos (de ahí ciertos estados de carácter general)” (“*ce droit objectif engendre, directement, tant pour les gouvernés que pour les gouvernants, des devoirs objectifs, ayant pour contre-partie nécessaire des pouvoirs également objectifs (d'ou certains états d'ordre général)*”). *Ibid.*, p. 215. Bonnecase expone el pensamiento de Le Fur, citando un pasaje de su estudio: “Le Droit naturel et le Droit rationnel ou scientifique, leur rôle dans la formation du Droit international”, 1927, p. 34: “*Si todo el mundo acepta esta idea de justicia, a veces a costa de contradicciones que tendré la oportunidad de señalar, ¿cuál es el criterio de justicia? ¿Están todos de acuerdo con la palabra, o están todos de acuerdo con lo que significa? En realidad no. Para mí, la necesidad de aceptar la justicia objetiva, es decir, la justicia independiente del hombre, es un punto crucial. De lo contrario, sólo se puede obtener un fantasma de la justicia, una apariencia pura por la que los hombres no pueden ser atados. Esto es lo que sucede con la teoría del Sr. Duguit. Hoy en día reconoce que la construcción del derecho es imposible sin una justicia, una justicia objetiva, superior a los que gobiernan así como a los demás hombres. ¿Estamos entonces de acuerdo? No, porque ¿qué es la justicia para él? El sentimiento de la masa de conciencias individuales. Pero esto, de hecho, es la mayoría. Porque las dos cosas son iguales en los países democráticos y ya no hay ningún derecho objetivo que se imponga al poder que es el pueblo. En resumen, la teoría de la voluntad de la mayoría se remite indirectamente a la teoría de la fuerza, ya que es la presunción de una mayor fuerza; nos contamos para no combatir más. Por lo tanto, no es moralmente obligatoria. Y si la minoría está convencida de que tiene razón, y si al mismo tiempo cree que es tan fuerte o incluso más fuerte, porque es más inteligente, y que la inteligencia es la gran fuerza del hombre, no dudará en probar suerte, y la última palabra será la fuerza, en el mayor detrimento del orden y la paz social. Sólo la idea de un orden objetivo y una voluntad superior puede poner de acuerdo la mayoría y la minoría.*” (“*Si tous admettent cette idée de justice, parfois au prix de contradictions que j'aurai l'occasion de relever, quel est le critérium de la justice? Tous sont d'accord sur le mot, le sont-ils sur le sens qu'il convient de lui donner? Non, en réalité. Pour moi, la nécessité d'admettre une justice objective, c'est-à-dire indépendante de l'homme, est un point capital. Sinon, l'on ne peut obtenir qu'un fantôme de justice, une pure apparence par quoi les hommes ne sauraient être liés. C'est ce qui arrive avec la théorie de M. Duguit. il reconnaît aujourd'hui que la construction du droit est impossible sans une justice, et une justice objective, supérieure aux gouvernants comme aux autres hommes. Sommes-nous donc d'accord? Non, car qu'est-ce que le juste pour lui? Le sentiment que s'en fait la masse des consciences individuelles. Mais ceci, c'est en fait la majorité. Car les deux choses reviennent au même dans les pays démocratiques et il ne s'y trouve*

El derecho objetivo, para Gény, tiene en su base la idea de un reglamento universal de conducta exterior⁸²⁹. Busca proporcionar seguridad, estabilidad, e igualdad⁸³⁰. De allí que el derecho objetivo asuma en exclusiva el problema de las fuentes⁸³¹.

plus de droit objectif s'imposant au pouvoir qui est le peuple. En somme, la théorie de la volonté de la majorité revient indirectement à la théorie de la force, puisqu'elle est une présomption de plus grande force ; on se compte pour ne plus se battre. Elle n'est donc pas moralement obligatoire. Et si la minorité est convaincue qu'elle a raison, et si en même temps elle croit être aussi forte ou même plus forte, parce qu'elle est plus intelligente, et que l'intelligence est la grande force de l'homme, elle n'hésitera pas à jouer sa chance, et le dernier mot sera la force, au plus grand détriment de l'ordre et de la paix sociale. L'idée d'un ordre objectif et d'une volonté supérieure peut seule mettre d'accord majorité et minorité). LE FUR, LOUIS- ERASME, *Le Droit naturel et le Droit rationnel ou scientifique, leur rôle dans la formation du Droit international*, 1927, p. 34. Citado por BONNECASE, J., *Science du Droit et Romantisme...*, op. cit., pp. 502-503.

⁸²⁸ Para Cathrein, “el derecho objetivo no abarca ni siquiera todas las leyes morales obligatorias, sino sólo aquellas que tienen por objeto lo que debe ser dado a cada uno como suyo (según las tres clases de justicia) y que, por lo tanto, imponen un verdadero deber de derecho, correspondiente a una facultad jurídica” (“*Le droit objectif n'embrasse même pas toutes les lois morales obligatoires, mais celles seulement, qui ont pour objet ce que l'on doit fournir à chacun comme sien (suivant les trois sortes de justice) et qui, par suite, imposent un véritable devoir de droit, correspondant à une faculté juridique*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, op. cit., p. 306. El derecho objetivo se compondría de las leyes morales exclusivamente derivadas de la noción de justicia entendida lo más ampliamente posible. Como indica Gény, la noción de “lo justo objetivo” no es base suficiente para el derecho objetivo ya que la noción de “lo justo objetivo” “sigue siendo en sí misma demasiado general, demasiado vaga y demasiado distante para constituir una base suficiente para la reelaboración científica del derecho objetivo”. *Ibid.*, p. 393

⁸²⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, op. cit., p. 1.

⁸³⁰ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, op. cit., p. 348. Para Del Vecchio, el derecho objetivo es una norma de convivencia o coexistencia, “una coordinación objetiva entre los actos de varios sujetos”. El derecho objetivo tiene como caracteres la bilateralidad (establece relaciones entre dos o varios sujetos), la generalidad (en la gran mayoría de casos la norma jurídica se dicta para una generalidad de casos), la imperatividad (para el autor toda norma jurídica es imperativa, las normas meramente indicativas son enunciados que aun estando contenidos en leyes no son más que enunciados morales o políticos), y la coercibilidad. Cfr. DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 353-360.

⁸³¹ Por fuentes, se entiende aquí las fuentes formales y, más ampliamente, los recursos técnicos del derecho (el texto de la ley, la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia). El problema de la fuente material del derecho, es decir, el recurso ontológico que revela el objeto propio del derecho lo resuelve Gény con la noción de “naturaleza de las cosas” y viene recogido en el derecho natural o la ciencia del derecho. La ciencia del derecho (ontología jurídica) se traducirá en técnica del derecho. El derecho objetivo se encarga de la técnica del derecho, por ello, es tarea suya fijar los recursos técnicos del derecho, es decir, las fuentes formales. “En efecto, una vez establecido el concepto, el propósito y las cualidades esenciales del derecho, la cuestión fundamental, de la doctrina general del derecho, consiste en determinar sus fuentes, es decir, las causas que lo originan inmediatamente. Esta cuestión sólo se plantea realmente en el caso del derecho objetivo, del que se derivan necesariamente los derechos subjetivos” (“*En effet, une fois fixés le concept, le but et les qualités essentielles du droit, la question fondamentale, de la doctrine générale du droit, consiste à déterminer ses sources, c'est-à-dire les causes qui l'engendrent immédiatement. Cette question ne se pose véritablement que pour le droit objectif, dont les droits subjectifs découlent nécessairement*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, op. cit., pp. 309-310. La ley escrita conseguirá cumplir en mayor medida que la costumbre, los fines de seguridad, estabilidad e igualdad. En palabras de Gény: “las necesidades de seguridad, estabilidad e igualdad en el derecho objetivo, a las que contribuye el derecho consuetudinario a su manera, se satisfacen más plenamente, si no en igual medida, por las disposiciones del derecho escrito” (“*les besoins de sécurité, de stabilité, d'égalité dans le droit objectif, auxquels pourvoit, à sa manière, le droit coutumier, reçoivent une satisfaction, plus pleine, sinon aussi profonde, des dispositions du droit écrit*”). GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, op. cit., p. 348.

Entendemos que esas necesidades de seguridad, estabilidad e igualdad se encuentran en ese reglamento universal de conducta exterior sobre el que se basa el derecho objetivo y que, en cumplimiento de esas necesidades, el derecho objetivo ha establecido las fuentes formales de la ley y la costumbre. Igualmente, los derechos subjetivos derivan necesariamente del derecho objetivo ⁸³².

El derecho objetivo se va a posicionar como superior al derecho positivo. Gény nos va a indicar que las reglas basadas en el derecho objetivo pueden frustrar la presunción de validez de las reglas formuladas por la autoridad ⁸³³, debido a que la ley positiva se presenta como un “medio imperfecto” de expresión del derecho objetivo y se puede plantear un conflicto entre la regla objetiva (obtenida del derecho objetivo) en oposición con la ley positiva ⁸³⁴. Aun así, la imposición de un derecho objetivo deberá realizarse siguiendo una lógica y coherencia, en “armonía con las construcciones jurídicas” y con el “marco legal”, evitando así las fantasías de lo “puramente individual” ⁸³⁵.

⁸³² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 309-310.

⁸³³ “Además, ha sido posible profundizar en la razón de esta supremacía, reconocida a la autoridad formal de la ley, y vincularla al necesario pluralismo de la vida social, que se traduciría, para el derecho, en la distinción de dos capas, en cierto modo paralelas, de reglas jurídicas, unas extraídas del sentimiento subjetivo de la justicia y prevaleciendo, al menos provisionalmente, con carácter previo (serían las reglas formuladas por la autoridad positiva), y otras, basadas únicamente en el derecho objetivo (serían las reglas de derecho ideal) susceptibles, como tales, de enervar, a posteriori, la presunción de fundamento de las que gozan las primeras” (“*On a pu, d'ailleurs, creuser davantage la raison de cette suprématie, reconnue à l'autorité formelle de la loi, et la rattacher au pluralisme nécessaire de la vie sociale, qui se traduirait, pour le droit, dans la distinction de deux couches, en quelque façon parallèles, de règles juridiques, les unes, tirées du sentiment subjectif de la justice et l'emportant, provisoirement du moins, à titre de préalable (ce seraient les règles formulées par l'autorité positive), les autres, seules fondées sur le droit objectif (ce seraient les règles du droit idéal), susceptibles, comme telles, d'énervier, après coup, la présomption de bien fondé, dont jouissent les premières*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 78.

⁸³⁴ “Considerando la cuestión desde un punto de vista práctico, habrá que decidir, en particular, si la ley positiva conserva su fuerza obligatoria y su valor eficaz, en relación con una regla de derecho, cuyos preceptos imperiosos ignorase, o, por el contrario, si un individuo cualquiera, llamado a soportar o aplicar tal ley, puede con fundamento oponerle la regla superior que la ley ultraja” (“*Prenant la question du point de vue pratique, on devra décider, notamment, si la loi positive conserve sa force obligatoire et sa valeur efficace, au regard d'une règle de droit, dont elle méconnaîtrait les préceptes impérieux, ou bien, au contraire, si tout individu, appelé à subir ou à mettre en oeuvre semblable loi, demeure fondé à lui opposer la règle supérieure qu'elle outrage*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 254.

⁸³⁵ “Para obtener el valor de un derecho objetivo que se impone, sus creaciones [doctrinales y consuetudinarias] deben poder vincularse a la ley, deben encajar en su marco, deben estar en armonía con el conjunto de la construcción jurídica tomada en su totalidad, deben estar vivificadas por esta fuente superior, de la que sacarán el carácter de un derecho nacional, constituyendo así la continuación de una evolución lógica y concordante, en lugar de las fantasías espontáneas de lo que es puramente individual” (“*Pour obtenir la valeur d'un droit objectif qui s'impose, il faut que ces créations [doctrinales et coutumières] puissent se rattacher à la loi, qu'elles rentrent dans son cadre, qu'elles se mettent en*

El derecho natural y el derecho ideal no van a servir para la construcción del derecho objetivo ⁸³⁶.

Tras exponer todas aquellas notas que Gény va diseminando a lo largo de su obra en lo relativo a la idea de “derecho objetivo”, podemos aventurar una definición del derecho objetivo dentro del sistema de derecho de Gény que cabría formular como sigue: el derecho objetivo es aquel derecho que proporciona la base y los principios para elaborar la positividad, es decir, se preocupa de estudiar científicamente la dimensión “social” del hombre con el fin de extraer de ella un conjunto de reglas “universales” que describen su comportamiento en sociedad y fijar, con mayor precisión, las concretas instituciones de la vida social en vista de la realización de un derecho positivo ⁸³⁷.

4.4. Derecho positivo

Sobre la base de la tradición del siglo XVI inaugurada por Descartes y desarrollada por Kant, se ha construido la idea moderna de derecho positivo. Se declaró “la soberanía de la inteligencia y de la omnipotencia de la razón”, pero ese exceso de racionalismo ha situado al hombre frente a una multitud infinita de contingencias, “descubriendo cada día nuevas complejidades” y lazos entre las cosas, que le ha llevado a sentirse desbordado por ese flujo incesante de realidades contingentes hasta el punto

harmonie avec l'ensemble de la construction juridique prise dans son intégrité, qu'elles se vivifient à cette source supérieure, où elles puiseront le caractère d'un droit national, et constituant la suite d'une évolution logique et concordante, au lieu des fantaisies spontanées de ce qui est purement individuel”). GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. XX. Del Vecchio dirá que el derecho objetivo constituye el marco de libertades en el que se mueven los individuos y viene garantizado por sus normas imperativas y su coerción. Cfr. DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 404-405.

⁸³⁶ Como ya hemos comentado más arriba, en cuanto a la noción de “lo justo objetivo” (base del derecho natural), dice Gény que “sigue siendo en sí misma demasiado general, demasiado vaga y distante para constituir una base suficiente para la elaboración científica del derecho objetivo”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 393. El derecho ideal es el derecho más abstracto y personal de todos. Se construye en la imaginación de los hombres. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 52-53. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 215. El derecho objetivo, sin embargo, se formula sobre la base de realidades sociales, objetivamente observables y, por tanto, existentes fuera de toda subjetividad.

⁸³⁷ Sobre la importancia de la dimensión “social” como elemento objeto de estudio científico y del que podemos extraer un conjunto de reglas “universales” que describen el comportamiento del hombre en sociedad. Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 191. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 14. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 204-205. Así el derecho objetivo permite explicar y comprender en mayor medida todas aquellas instituciones sociales que están presentes en un momento y en un lugar dado en una sociedad dada. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 14.

de abdicar ante su impotencia manifiesta para aprehender la complejidad y variedad infinita de las cosas. El racionalismo ha destruido la razón. Esta abdicación de la razón nos ha llevado, según Gény, a adoptar “la predominancia de los hechos sobre las ideas”⁸³⁸.

El derecho positivo, para Gény, en sus rasgos más fundamentales, se define como el “conjunto de reglas que tienden a asegurar exteriormente la conducta de los hombres, bajo sanción, en su caso, coercitiva, dentro de una comunidad organizada”⁸³⁹. Para Gény, una correcta noción o concepción del derecho positivo implicaría reducir al máximo el “elemento autoritativo y formal” a cambio de introducir “elementos científicos y vivos” es decir, orientar el jurisconsulto hacia las ciencias sociales. La ley ya no es el límite infranqueable del jurista sino el punto de apoyo de sus investigaciones⁸⁴⁰.

Para que exista un derecho positivo constituido de manera firme y duradera es necesario que exista una “sociedad altamente organizada” que tenga un poder suficiente para “especificar e imponer” sus reglas⁸⁴¹. El derecho positivo es una ciencia (en cuanto sujeto a ser conocido como un fenómeno externo⁸⁴²) también un arte que consiste en constituir un conjunto de reglas para un tiempo y un lugar determinado (con

⁸³⁸ Cfr. GÉNY, F., *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle...*, *op. cit.*, p. 12.

⁸³⁹ “ensemble de règles tendant à assurer extérieurement la conduite des hommes, sous une sanction au besoin coercitive, dans une communauté organisée”. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 146.

⁸⁴⁰ Cfr. GÉNY, F., *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle...*, *op. cit.*, p. 25.

⁸⁴¹ “El derecho positivo sólo puede establecerse gracias a una sociedad fuertemente organizada que contenga, en sí misma, un poder capaz de precisar e imponer, por medios adecuados, las reglas que conforman su contenido necesario” (“*Le droit positif ne s'établit que grâce à une société fortement organisée et renfermant, en elle-même, un pouvoir capable de préciser et d'imposer, par des moyens adéquats, les règles qui en forment le contenu nécessaire*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 56.

⁸⁴² Gény entiende la ciencia como “las relaciones generales de los fenómenos y trata de identificar sus leyes o determinar sus reglas” (“*les rapports généraux des phénomènes et cherche à en dégager les lois ou à déterminer les règles qu'ils imposent*”). *Ibid.*, p. 70. Es decir, Gény entiende el derecho positivo y la posibilidad de su conocimiento partiendo de la ciencia moderna exclusivamente. Es decir, aunque Gény plantee, como hemos visto, una “ciencia del derecho” con elementos metafísicos y en cuyos procedimientos se introducen facultades como la intuición o la creencia, concibe que el derecho positivo debe ser estudiado según los presupuestos de la ciencia moderna (lo que nos puede llevar a concluir que la “ciencia moderna”, es decir, materialista y empirista tiene el valor de una simple “técnica” que queda supeditada a una ciencia con principios distintos y superiores a ella). Es más, dirá Gény igualmente que el derecho positivo también es un arte (*Ibid.*, p. 70) en el sentido que es un medio destinado a un fin. Esta visión del derecho positivo como “fenómeno positivo” estudiado por la “ciencia moderna” y como “arte” encajarán perfectamente en el compartimento “técnico” del derecho, según la clásica distinción que Gény presenta entre ciencia del derecho y técnica del derecho.

un saber y unas creencias particulares) destinado a cumplir un fin práctico⁸⁴³. Por lo que el derecho positivo será diferente en cada época y lugar. Para estudiar el derecho positivo, vemos que cuanto mayor sea la precisión de tiempo y de lugar, más netamente pronunciada será la positividad del derecho⁸⁴⁴. El derecho positivo nunca se presenta a nosotros, si no es en esa forma especializada y fragmentaria. Por tanto, nunca se presenta a nosotros como realmente es vivido⁸⁴⁵. Tenemos que reconocer ese “movimiento incesante” y estudiarlo por vía de la ciencia, la observación, la razón, la intuición y el sentimiento⁸⁴⁶.

Gény afirma que el derecho positivo se presenta como una forma de valorizar las ciencias morales y políticas⁸⁴⁷. El derecho positivo no es una “ciencia especulativa”, usará de los resultados de las ciencias descriptivas para la realización de fines prácticos⁸⁴⁸. Para Gény el derecho positivo se centra en la vida social y buscará expresar “el orden jurídico que se realiza efectivamente” en ella⁸⁴⁹. No obstante, el derecho positivo es limitado. El propio Gény recuerda que el derecho positivo no puede gozar de la precisión de las ciencias, llamadas exactas o naturales⁸⁵⁰, a lo que se agrava la

⁸⁴³ *Ibid.*, pp. 70-71.

⁸⁴⁴ Así, “la noción de derecho positivo, en general, no es completa por sí misma; sólo toma forma, si observamos el derecho positivo del antiguo Egipto, de la antigua Grecia, de la antigua Roma, de la Edad Media de Francia, de la Alemania actual, etc.” (“*la notion de droit positif, en général, ne saurait-elle être complète par elle-même; elle ne prend vraiment corps, que si l'on vise le droit positif de l'ancienne Egypte, de l'ancienne Grèce, de l'ancienne Rome, de la France du Moyen âge, de l'Allemagne actuelle, etc.*”). *Ibid.*, p. 54.

⁸⁴⁵ “En el fondo, incluso el derecho, realmente vivido, sigue siendo infinitamente más diverso de lo que aparece en nuestros marcos esquemáticos, que son siempre algo trucados y artificiales. En cualquier caso, sólo podemos captar el derecho positivo con toda su objetividad en esta forma especializada y fragmentaria, que lo aísla del ordenamiento jurídico, considerado en su conjunto, como una pieza separada” (“*Au fond, même, le droit, vraiment vécu, reste encore infiniment plus divers qu'il n'apparaît dans nos cadres schématiques, toujours quelque peu truqués et artificiels. En tout cas, nous ne pouvons saisir le droit positif avec sa pleine objectivité, que sous cette forme spécialisée et fragmentaire, qui l'isole de l'ordre juridique, envisagé d'ensemble, comme un morceau détaché*”). *Ibid.*

⁸⁴⁶ Gény nos invita a hacer uso de la “filosofía del sentido común progresivo”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 146-148.

⁸⁴⁷ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 232.

⁸⁴⁸ *Ibid.*

⁸⁴⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 54. Traemos a colación esa idea de Duguit como representativa de que la ley positiva queda sujeta al derecho objetivo. El propio Duguit indica que “por un lado, la ley positiva queda sin valor si desconoce el derecho objetivo derivado de la solidaridad social”. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 220. Según Bobbio, el derecho tiene como fin (práctico), según la respuesta más general dada a lo largo de la historia, “la conservación de la sociedad humana”. La teoría del derecho natural enseña que el derecho natural “no ayuda en modo alguno a alcanzar ese fin”. Cfr. BOBBIO, N., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 157. Entendemos que esto muestra que existen fines (como el de seguridad, paz, conservación de la vida y de la sociedad humana) que son más inmediatamente obra del derecho positivo.

⁸⁵⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 121.

necesidad de respuesta “inmediata y precisa” sobre muchas cuestiones jurídicas muy complicadas por su dimensión contingente ⁸⁵¹.

Aun así, el positivismo jurídico quiere imponer el derecho positivo sobre todos los demás. Esta ideología impregna gran parte de la mentalidad de los juristas que ignoran, por “ligereza de espíritu” y “cobardía intelectual”, el derecho natural hasta el punto de imponer el derecho positivo por el simple hecho de “estar” ⁸⁵². No obstante, el derecho natural se sitúa a la base del derecho positivo ⁸⁵³, es “anterior y superior” “a las combinaciones prácticas” que lo forman ⁸⁵⁴. Ese simple “estar” del derecho positivo en ningún momento es suficiente ya que, según Gény, el derecho positivo no provee a todas las exigencias de la vida jurídica ⁸⁵⁵. Pero para el positivismo jurídico el derecho está ya plenamente desarrollado en la vida social, y con ello queda erradicada la necesidad de una búsqueda o investigación racional de las reglas del derecho ⁸⁵⁶.

El positivismo jurídico tradicional ni siquiera se esfuerza en estudiar las tendencias de la sociedad (a diferencia de la escuela sociológica) y se contentan con preguntar a las fuentes formales o, a falta de ellas, con acudir directamente a los hechos en bruto sin más apoyos ⁸⁵⁷. Aunque Gény pregone la observación de las realidades sociales (para elaborar el derecho objetivo y el positivo) descarta el positivismo sociológico por ser puramente descriptivo y no contribuir a la “elaboración de las instituciones jurídicas propiamente hablando” ⁸⁵⁸. Afirma Jestaz, que Gény no se convertirá jamás en sociólogo ⁸⁵⁹. En este sentido, Chazal sostiene que Gény hace prueba de un positivismo temperado ya que para él “la observación de la realidad concreta debe estar estrictamente enmarcada por principios” ⁸⁶⁰.

⁸⁵¹ *Ibid.*, p. 122.

⁸⁵² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 224 y 234.

⁸⁵³ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 53 nota a pie de página núm. 2.

⁸⁵⁴ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 399.

⁸⁵⁵ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 327.

⁸⁵⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 31-32. Incluso parece obvio también que el Estado, que es “sólo un instrumento de aplicación del derecho” debe quedar sometido a un derecho superior. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁸⁵⁷ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 31-32. Como recuerda Monereo Pérez, la escuela de la exégesis (caballo de batalla de Gény) “es una de las más sólidas del positivismo jurídico”. Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., *El pensamiento científico jurídico de Gény...*, *op. cit.*, p. 35.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, p. 87.

⁸⁵⁹ Cfr. JESTAZ, P., *op. cit.*, p. 52.

⁸⁶⁰ Cfr. CHAZAL, J., *op. cit.*, p. 95. Para Bobbio, el positivismo jurídico tiene 3 aspectos distintos. 1) como un modo particular de estudiar el derecho, de acercarse a él y de delimitar las realidades objeto de

Para Gény la ciencia del derecho se deriva directamente de los principios de la filosofía moral y por tanto queda subordinada a esta ⁸⁶¹. Esos preceptos de la filosofía moral se encuentran en el derecho natural (concretamente en el “dado” racional y el “dado” ideal). La filosofía moral no compone el derecho positivo, sino el derecho natural. En otros términos, como ya afirmara Gény y comentamos más arriba, la ciencia del derecho tiene como objeto el derecho natural. Queda pendiente determinar si las ciencias morales positivas (la moral positiva, la política positiva, la economía positiva, etc.) es derecho positivo.

Para Gény toda distinción entre las reglas que imponen la religión o la moral y las reglas que imponen el derecho es necesariamente contingente y variable según la civilización, ya que en los dos casos las reglas apuntan a regular las conductas del hombre, por lo que, es posible concebir que esas reglas pasen a formar parte del derecho positivo ⁸⁶². Entonces, el único criterio de distinción consistirá en considerar como de derecho las reglas que tienden al fin de la justicia o de lo justo ⁸⁶³.

Pero lo que caracteriza al derecho (sobre todo al positivo) es la imposición de una sanción coercitiva externa al hombre. Esto lo diferencia de las reglas de la religión, de la moral, de los hábitos o costumbres que imponen deberes a los hombres respecto de

investigación. 2) como una particular teoría o concepción del derecho, es decir, un modo particular de describir, explicar y generalizar las realidades objeto de investigación. 3) como una determinada ideología de la justicia, es decir, una toma de posición sobre valores. Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, op. cit., pp. 44-45. Ambos aspectos son independientes, no quedando vinculados por ninguna relación de necesidad. Un jurista positivista podrá serlo en uno o varios de los aspectos mencionados. *Ibid.*, pp. 45-46. El positivista que adopta el positivismo como “medio de acercarse al estudio del Derecho” observa la realidad absteniéndose de tomar posición frente a esa realidad. La regla jurídica es la que emana de hechos verificables (emana de un órgano determinado por vía de un procedimiento concreto, etc.) y no se reconoce por su mayor o menor adecuación a un “sistema de valores”. *Ibid.*, p. 47. El positivismo, entendido como teoría, es aquel que “vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado”. *Ibid.*, p. 49. El positivismo jurídico como método de estudio particular del derecho estudia con método científico los hechos caracterizados como derecho pero no emite ningún juicio de valor sobre ellos por miedo a perder el sello de “científico” de sus investigaciones neutrales. *Ibid.*, p. 92-93. Como veremos Gény es positivista en el método y en la teoría (o concepción del Derecho) pero no en la ideología.

⁸⁶¹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, op. cit., p. 208.

⁸⁶² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, op. cit., p. 50.

⁸⁶³ *Ibid.*, p. 50. Para Gény, la moral social sólo busca organizar la sociedad humana sobre la base de directivas nacidas de la experiencia de la vida en sociedad. “*La Moral social, que, con el fin de organizar la sociedad humana, extrae sus directrices principalmente de la propia experiencia de la vida humana en la sociedad*” (“*la Morale sociale qui, visant à organiser la société humaine, puise principalement ses directives dans l’expérience même de la vie des hommes en société*”). Cfr. GÉNY, F., *Essai de justification rationnelle des disciplines de l’amour par le droit et l’hygiène sociale*, éditions familiales de France, 1945, p. 5. No podemos deducir que la moral social busque lo justo o la justicia.

la divinidad (en el caso de la religión), respecto a sí mismos (en el caso de la moral), o respecto de los demás (en el caso las costumbres) ⁸⁶⁴.

Esto se traducirá en que una regla de religión o de moral positiva pasará a ser derecho cuando sea considerada justa y venga recogida y sancionada por el derecho positivo con una sanción coercitiva. En ese sentido lo entiende Toutsakovitch ⁸⁶⁵.

Concluimos que el derecho positivo se presenta como el último eslabón de concreción del derecho y queda sujeto a todos los demás (derecho natural, derecho ideal, derecho objetivo). Por ser el derecho más cercano a los hechos y las contingencias será también el que esté más cerca de la técnica.

Por un lado, el derecho positivo queda sujeto a la idea de la ciencia del derecho y de la técnica del derecho. La ciencia del derecho se sitúa por encima del derecho positivo y supone su dimensión especulativa, es decir, la base de su elaboración. Se compone de la “filosofía del sentido común” (es decir, su parte más especulativa) junto a consideraciones más concretas que vendrán reveladas por las ciencias empíricas como la “sociología moderna” o la entonces novedosa “filosofía nueva” que va a permitir, con su concepto de intuición y con el sentimiento, descifrar el movimiento incesante del mundo y ofrecer una visión para “el conocimiento y la acción”. La técnica del derecho trata de realizar en el mundo los resultados de la ciencia del derecho. Representará el conjunto de procedimientos intelectuales aplicados exclusivamente en vista a la acción, es decir, a proporcionar los medios para conseguir los fines del derecho manifestados por la ciencia del derecho. La ciencia “preside la constitución” del derecho positivo, pero quien lo constituye eficazmente es la técnica que plasma, con procedimientos intelectuales, una serie de reglas. Por ello podemos decir que el derecho positivo es el resultado o la culminación de todo el proceso de elaboración del derecho, desde su principio (el derecho natural) hasta el más mínimo detalle. Es la síntesis de todo el sistema de derecho plasmado en reglas ⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, pp. 47-50. Gény es claro sobre la dimensión coercitiva del derecho cuando critica a Cathrein como excesivo negar al derecho su carácter de obligatoriedad y la fuerza coercitiva que lo caracteriza frente al orden Moral. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 346.

⁸⁶⁵ Toutsakovitch insiste en el hecho de que esa moral social (o positiva) necesita ser recogida y sancionada por el derecho positivo para gozar de “coercitividad”. Cfr. TOUTSAKOVITCH, M. D., *op. cit.*, p. 125.

⁸⁶⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 146-153.

Para seguir profundizando en la definición del derecho positivo, debemos pasar a analizar la otra vertiente del sistema de derecho de Gény, no desarrollado hasta ahora: su parte técnica.

CAPÍTULO III

LA TÉCNICA DEL DERECHO: ELABORACIÓN TÉCNICA DEL DERECHO

1. La técnica jurídica fundamental

1.1. Noción de técnica jurídica fundamental

Lo que hemos visto hasta ahora responde a la elaboración científica del derecho. Y como hemos podido ver, lo “dado” se presenta en una forma poco precisa, y como nos dice Gény, insuficiente para dar satisfacción a la exigencia del derecho objetivo ⁸⁶⁷. Como veremos, el concepto de técnica jurídica de Gény se acerca a la idea de técnica jurídica según la entiende Castán Tobeñas, es decir, como aquel lugar intermedio entre los problemas teóricos de la filosofía del derecho y la “pericia práctica”, tanto para subsumir el caso particular entre las fuentes formales como para elegir los principios de derecho aplicable ⁸⁶⁸. La técnica es, resumida en pocas palabras, lo que se “deduce de la consideración del fin propio del derecho objetivo”. Por ello, la técnica se presenta en las fuentes del derecho objetivo (en los preceptos de la ley), en el trabajo doctrinal o jurisprudencial, y también en la aplicación del derecho en vigor. Si consideramos la técnica en su aspecto conformadora del derecho positivo, nos encontramos con la “técnica jurídica fundamental” ⁸⁶⁹.

Entre todas las variedades de la técnica, sólo retendremos aquí la que domina sobre todas las demás, la que llamará la técnica jurídica fundamental y sobre la que

⁸⁶⁷ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 1.

⁸⁶⁸ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho...*, *op. cit.*, p. 95. Basado en la exposición de LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Introducción a la ciencia del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1943, p. 100. Nos gusta también la idea, expuesta por Petzold-Pernía, de “técnica jurídica” como un “saber hacer”, un “saber” crear, interpretar y aplicar el derecho distinto de la “actuación técnica” entendida como un mero “hacer”. Cfr. PETZOLD-PERNÍA, HERMANN, “Sobre la Naturaleza de la Metodología Jurídica”, *Fronesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, volumen 15, número 1, 2008, pp. 116-140, p. 122.

⁸⁶⁹ Cfr. GÉNY, F., “La technique législative...”, *op. cit.*, pp. 991- 992.

tratará de elaborar una teoría de la técnica jurídica ⁸⁷⁰. Para ello Gény va a examinar las concepciones de la técnica jurídica de Savigny, Ihering, Windscheid, Kohler, Stammer, Saleilles, Michoud o Rolin ⁸⁷¹.

Para Savigny, la técnica jurídica es la elaboración científica del derecho por los juristas (elemento técnico del derecho), en oposición a la creación del derecho (llamado elemento político) ⁸⁷². Para Ihering, la técnica jurídica es la precisión de los conceptos de derecho y el juego de su correcta combinación ⁸⁷³. Stammer, Saleilles, Michoud y Rolin, limitan la técnica jurídica a la parte sistemática de la jurisprudencia ⁸⁷⁴.

Para Gény la concepción de Kohler o Stammer sobre la técnica jurídica es descartable. Esa concepción que reduce la técnica jurídica a una mera práctica, sin preocuparse por un “trabajo intelectual superior” sobre esa técnica, reduciéndola a un arte más o menos consciente o instintivo, no permite elaborar un concepto “sólido” de técnica jurídica ⁸⁷⁵. Las demás concepciones de técnica jurídica, sin embargo, no son suficientes, pero, tomadas en su conjunto, y sobre la base del concepto de Savigny, ampliado por los desarrollos de Ihering, podemos obtener una noción completa de técnica jurídica ⁸⁷⁶. Gény sólo completará la concepción de Savigny, que le parece la más acertada ⁸⁷⁷.

Buscando acercarse más a la noción de técnica jurídica, podemos entenderla como “la forma que moldea la materia social”. La forma entendida no como solemnidad exterior (procedimiento técnico) que da el “sello” de valor jurídico a unos actos, sino entendida, en su sentido filosófico, como elemento capaz de modificar una materia para adaptarla a un fin ⁸⁷⁸. Si la materia (principalmente social) a moldear es lo que Gény ha

⁸⁷⁰ Gény reconoce sin problema que la cuestión de la “técnica jurídica” es una cuestión de actualidad a finales del siglo XIX y principios del XX. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 3-5.

⁸⁷¹ *Ibid.*, pp. 5-10.

⁸⁷² *Ibid.*, p. 6.

⁸⁷³ *Ibid.*, pp. 7-8.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, pp. 8-9.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, pp. 10-11.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, pp. 11-12.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 24.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, pp. 16-17.

llamado lo “dado”, la forma se presenta como la “técnica”, esa obra artificial, movida por la voluntad ⁸⁷⁹.

Todas las instituciones sociales necesitan de una forma, es decir, una dimensión técnica para realizarse. Por ejemplo, la constitución jurídica del Estado es un elemento técnico ya que no es más que un conjunto de convenciones tendentes a construir la idea de “nación”. La ley, igualmente, no es más que el artificio del hombre para fijar sus reglas de conducta. En definitiva, todo se resume a traducir preceptos naturales en formas concretas con el fin de asegurar el orden en la sociedad ⁸⁸⁰.

La técnica jurídica es la única capaz de construir el diseño del edificio jurídico y así formar y desarrollar el derecho, pero siempre sobre la base de lo revelado por lo “dado” ⁸⁸¹. Podemos poner principios racionales (realización, seguridad, rapidez, economía) en la base de la técnica jurídica, pero la razón no puede indicar todos los medios de la técnica. Allí donde la razón es insuficiente, encontraremos la acción y la voluntad ⁸⁸². La voluntad es capaz de influenciar las realidades en el sentido de la práctica ⁸⁸³. La voluntad es “independiente de los caprichos humanos” y está al servicio de un “fin prefijado” ⁸⁸⁴.

La elaboración técnica estará dominada por la voluntad y la acción ⁸⁸⁵. Por ello, la “inteligencia” (apoyado en una definición de Bergson) que es, para Gény, “la facultad de crear objetos artificiales”, la “capacidad de formar concepciones por abstracción y sacar de ello conclusiones”, y la facultad de “adaptar los medios a sus fines” ⁸⁸⁶ será de mayor utilidad en la elaboración técnica del derecho que en la elaboración científica (dominada por la razón y la creencia) ⁸⁸⁷.

⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 17.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, pp. 18-19.

⁸⁸¹ *Ibid.*, pp. 21-22.

⁸⁸² *Ibid.*, pp. 20-21.

⁸⁸³ La voluntad ya sea en su estado “primitivo”, como la que se “condensa en un hábito”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 184.

⁸⁸⁴ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 155.

⁸⁸⁵ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁸⁶ *Ibid.*, p. 176. Basado sobre ideas de Bergson.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, pp. 21 y 176. Gény ya ha mostrado el papel de la inteligencia para la elaboración científica, es decir, cómo el entendimiento humano, en la creación de las reglas, procedía por una “progresión ascendente de abstracciones” hasta transformar estas abstracciones en elementos del pensamiento puro y cómo, a efectos de un conocimiento científico (objetivo), el juriconsulto debía cuidarse de caer en ese error. *Ibid.*, pp. 176-177. Esa inteligencia que da lugar a un “intelectualismo jurídico”, no respondía a la

En conclusión, como definición de técnica jurídica, tenemos que, filosóficamente, se presenta como la forma sobre la materia, que es construcción artificial, movida por la acción, hacia el fin predeterminado por la organización jurídica. La voluntad interviene como el medio libre que va a construir artificialmente, según le sugiere el fin de la organización jurídica y en vista a la efectiva consecución de este ⁸⁸⁸.

Podemos distinguir varias técnicas jurídicas, con caracteres bien diferenciados. Tenemos la técnica para la creación del derecho que recoge la técnica propia de elaboración de las fuentes formales (“técnica legislativa”⁸⁸⁹, “técnica consuetudinaria”, etc.). Tenemos la técnica para la aplicación del derecho, por ejemplo, la aplicación de la ley por el poder ejecutivo da lugar a una “técnica administrativa”, el modo en que los tribunales operan garantizando las situaciones jurídicas, da lugar a una “técnica judicial”, o, el conjunto de la práctica extrajudicial (práctica notarial, etc.), da lugar a otra técnica especial ⁸⁹⁰. Tenemos la técnica para la interpretación del derecho por la que se busca establecer el derecho de forma teórica, que da lugar a una “técnica doctrinal”, o aquella que busca adaptar el derecho a la vida, que da lugar a la “técnica jurisprudencial” ⁸⁹¹. Todas estas técnicas jurídicas distintas vienen sujetas a la aplicación de una técnica jurídica más general, denominada por GénY, “técnica jurídica fundamental” ⁸⁹².

idea de “verdad jurídica” entendida en su sentido escolástico de *adequatio rei et intellectus*. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 160.

⁸⁸⁸ (“representa, en el conjunto del derecho positivo, la forma opuesta a la materia, y que esta forma sigue siendo, esencialmente, una construcción, en gran parte artificial, de lo dado, obra de acción más que de inteligencia, en la que la voluntad del jurista puede moverse libremente, dirigida sólo por el fin predeterminado de la organización jurídica que sugiere los medios de su propia realización”) (“*elle représente, dans l'ensemble du droit positif, la forme opposée à la matière, et que cette forme reste, essentiellement une construction, largement artificielle, du donné, oeuvre d'action plus que d'intelligence, où la volonté du juriste se puisse mouvoir librement, dirigée seulement par le but prédéterminé de l'organisation juridique qui suggère les moyens de sa propre réalisation*”). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 23.

⁸⁸⁹ “La técnica legislativa consiste esencialmente en el conjunto de procedimientos por los cuales la fuente capital del Derecho positivo para los modernos, la Ley escrita, se adapta mejor a su función específica que no es otra que dirigir de un modo preciso las acciones humanas hacia el fin último de toda organización jurídica” (“*La technique de la législation consiste essentiellement dans l'ensemble des procédés, au moyen desquels la source capitale de Droit positif chez les modernes, la Loi écrite, se trouve adaptée à son rôle spécifique, qui n'est autre que la direction précise des actions humaines vers le but ultime de toute organisation juridique*”). GÉNY, F., “La technique législative...”, *op. cit.*, p. 994.

⁸⁹⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 29.

⁸⁹² *Ibid.*, p. 30.

1.2. Intento de elaboración de una teoría de la técnica jurídica fundamental

La técnica jurídica no es arbitraria ni fruto del capricho, sino que tiene un fin que proviene de “los elementos científicos del derecho” y que queda vinculado con la idea de justicia ⁸⁹³. El fin primordial de la técnica jurídica es dar la dimensión práctica a los resultados de la elaboración científica del derecho, insertarlos “útilmente” en la vida, conseguir una plena aplicación de los “principios directores de la vida social” por vía de reglas ⁸⁹⁴. Surge la noción de utilidad como preponderante (mientras que, en la dimensión científica del derecho, no era más que una “faceta” de la justicia) ⁸⁹⁵. Esa utilidad se traduce en la “realizabilidad formal” o “practicidad” del derecho que permite dotarle de un orden efectivo, y esta “realizabilidad” es una “exigencia de la justicia y de la razón” ⁸⁹⁶.

De ese fin primordial de la técnica jurídica se derivan fines secundarios relacionados con la adecuación de los “moldes” de la técnica con las situaciones de hecho ⁸⁹⁷. Para obtener las cualidades necesarias de una buena técnica jurídica capaz de cumplir con sus fines, debemos acudir a la naturaleza de las cosas lo que lleva a determinar las cualidades indispensables de una buena técnica jurídica.

Así Gény deduce las cualidades de una buena técnica jurídica (teoría de una técnica jurídica fundamental): **1º** una plena determinación de las reglas que traducen los “postulados” de la vida. **2º** una perfecta adaptación de las reglas a los hechos con el fin de captar todos los matices de estos últimos. **3º** la necesidad de realización, que no es otra cosa que la posibilidad de que la técnica sea efectiva y no encuentre “obstáculos” en la puesta en marcha de su mecanismo interno ⁸⁹⁸.

⁸⁹³ *Ibid.*, p. 33.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, pp. 34-35.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 21 nota a pie de página nº 1.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, pp. 34-35. Otra formulación del fin de la técnica jurídica como “la realización efectiva de la justicia entre los hombres”. *Ibid.*, p. 12.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, p. 36.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 36. Según Peset Reig, Gény toma prestada la idea de realizabilidad de la técnica jurídica expuesta por Ihering y “va siguiendo y completando” las ideas de Heck. Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, pp. 625-626.

De esas características, Géný deduce que la *técnica jurídica fundamental* tiene como fines la “precisión”, la “firmeza” y la “seguridad”⁸⁹⁹ a las que podemos añadir la “maneabilidad”, la “rapidez”, lo “económico” para los interesados, todo ello en la búsqueda siempre de un “ahorro de esfuerzo”⁹⁰⁰. Teniendo en cuenta la psicología de los hombres, podemos sumar a la técnica jurídica fundamental, según Géný, los *desiderata* de “simplicidad”, la “economía de medios”, la “lógica o coherencia racional de los procedimientos”, y “la seguridad de los resultados”⁹⁰¹.

Esas deducciones de Géný, según Peset Reig, se entienden científicas⁹⁰². Es más, para Castán Tobeñas, los procedimientos de elaboración técnica del derecho se obtendrán también del ámbito del conocimiento científico⁹⁰³. Sin embargo, el propio Peset Reig no comprende por qué Géný separa los fines de la técnica (la cual es también “científica”) de los fines de la ciencia, y no incluye simplemente todos los fines dentro de la ciencia⁹⁰⁴. Entendemos que la diferencia ente ciencia y técnica reside en el estudio de dos materias distintas pero vinculadas. La ciencia trata la *ciencia del conocimiento* y la técnica trata la *ciencia de la acción*. Como dice Legaz y Lacambra, la técnica “es un saber dirigido a la acción, a la realización” y “la realización es tan consustancial al derecho que ni la filosofía ni la ciencia pueden desentenderse de los problemas que suscita”⁹⁰⁵.

Por último, Géný detecta tres peligros unidos a la técnica jurídica que hay que evitar. El primero se encuentra en la actuación del jurisconsulto que cae a menudo en el error de olvidar los principios y operar exclusivamente con los artificios de la técnica jurídica⁹⁰⁶. El segundo se manifiesta en la simplificación excesiva de la realidad que puede llevar a la técnica jurídica a degenerar en una “rutina estéril” que culminaría en el

⁸⁹⁹ Además, la ley se presenta como el procedimiento técnico más perfecto. El más acorde con las exigencias de la técnica jurídica fundamental: “la ley escrita nos presenta, por sí misma, el procedimiento técnico más perfecto, el que mejor responde a las exigencias más profundas de la “técnica fundamental”, la precisión, la firmeza, la seguridad” (“*la loi écrite nous présente, de soi, le procédé technique le plus parfait, celui qui, répondant le mieux aux exigences profondes de la « technique fondamentale », précision, fermeté, sûreté*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 501.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, p. 37.

⁹⁰¹ *Ibid.*, pp. 37-38.

⁹⁰² Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 627.

⁹⁰³ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Teoría de la aplicación e investigación del derecho...*, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁰⁴ Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, pp. 626-627.

⁹⁰⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 83.

⁹⁰⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 40.

“papeleo” propio de las administraciones ⁹⁰⁷. Por último, el tercer peligro, lo encontramos en los daños que una mala técnica jurídica puede provocar en el derecho. Concretamente, por sus excesos puede contradecir gravemente las realidades, violentar el sentimiento de justicia y conculcar los fines y exigencias del derecho ⁹⁰⁸.

2. Lo dado y lo construido

En la tarea de determinar “las reglas de conducta exterior que se imponen al hombre”, primero se deben *conocer* las reglas de derecho (por vía de la ciencia del derecho) y seguidamente se debe *poder* aplicarlas a las exigencias de la vida social por vía de la acción ⁹⁰⁹. Tanto el conocimiento como la acción se presentan como íntimamente conectados y ambos son necesarios para la elaboración del derecho ⁹¹⁰. En su dimensión práctica, Gény ha trasladado esos dos ámbitos del espíritu humano (conocimiento y acción) en las nociones de “dado” y “construido”. Denomina al conocimiento “dado” (“*donné*”) y a la acción “construido” (“*construit*”) ⁹¹¹.

Por “dado” Gény entiende tanto lo aprehendido de la naturaleza de las cosas, ya sea por el conocimiento (científico) como por la “conciencia moral”, mientras que por “construido” Gény se refiere al fruto de la voluntad del hombre obtenido por vía de procedimientos artificiales y destinado a la acción ⁹¹².

Lo “dado” según Gény, es el conocimiento de la naturaleza misma de las cosas, el conocimiento “bruto” de las cosas haciendo uso de todas las facultades del hombre para conocer ⁹¹³. Lo “dado” no se presenta a nosotros *sin más* hasta el punto de que sólo

⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 41.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 42.

⁹⁰⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 95.

⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 96.

⁹¹¹ *Ibid.*, p. 97.

⁹¹² Lo “dado, procedente de la naturaleza de las cosas, susceptible de ser aprehendido por el conocimiento o presentido por la conciencia moral, y lo que es construido, como resultado de procedimientos artificiales, objeto de voluntad más que de inteligencia, por lo tanto más directamente sujeto a la acción incesante de la vida” (“*donné, provenant de la nature des choses, susceptible par suite d’être saisi par la connaissance ou pressenti par la conscience morale, et ce qui est construit, résultant de procédés artificiels, objet de volonté plutôt que d’intelligence, dès lors plus directement soumis à l’action incessante de la vie*”). Cfr. GÉNY, F., *Méthode d’interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 410.

⁹¹³ “lo que yo llamo dado, que debe formular la regla de derecho, tal cual surge de la naturaleza de las cosas y, en la medida de lo posible, en su estado bruto” (“*ce que j’appelle le donné, qui doit formuler la*

sea necesario “constatar” su evidencia o su realidad para “conocerlo”. Es necesario deducir una parte de “construido” dentro de lo “dado”⁹¹⁴.

Según Cayla, el “dado” se presenta como una “tendencia no actualizada”, una “virtualidad” y es necesario formularlo, lo que supone un cierto trabajo de construcción⁹¹⁵.

Podemos ya observar una imbricación singular de lo “dado” con lo “construido”. Ya anuncia Gény al principio de su análisis que la técnica no queda radicalmente separada de la ciencia, ya que “las dos no se manifiestan aisladamente, en la vida social”⁹¹⁶. Como indica Gény, resulta evidente que “lo dado y lo construido se mezclan y se entrecruzan para proporcionar a la vida jurídica todas las direcciones necesarias”⁹¹⁷.

règle de droit, telle qu'elle ressort de la nature des choses et, autant que possible, à l'état brut). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 97.

⁹¹⁴ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 49-50. Los “dados” son descubiertos por procedimientos científicos por lo que constituyen una “verdadera técnica”. Cfr. GÉNY, F., *Des droits sur les lettres missives : étudiés principalement en vue du système postal français : essai d'application d'une méthode critique d'interprétation*, Tomo I, Sirey, Paris, 1911, pp. VIII-IX. Para ilustrar la parte de construido dentro de lo “dado”, Miguel Reale, alude al “dado” histórico que se presenta en Gény como el conjunto de prácticas del pasado, incluidas las reglas jurídico-positivas del pasado, las cuales, inevitablemente fueron en su día fruto de una construcción y que pasan a ser, en el presente, un “dado”. Cfr. REALE, MIGUEL, “Gény na cultura jurídica brasileira”, *op. cit.*, p. 362.

⁹¹⁵ Cfr. CAYLA, O., *op. cit.*, p. 104.

⁹¹⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 1. Usando la terminología Bergsoniana, Auberger ve una similitud de conceptos entre la idea de Bergson de “análisis” con la idea de Gény de lo “dado” (ya sea real, histórico, racional o ideal). También ve similitud entre la idea de “intuición” de Bergson con la idea de “construido” de Gény ya que lo “construido” otorga un gran poder de creación, de transformación y de desarrollo. Cfr. AUBERGER, M., “De Méthode... à Ultima Verba... et au-delà”, *op. cit.*, p. 231. Ya hemos dicho que la idea de “inteligencia” de Bergson es más apropiada para la construcción artificial y por tanto para la técnica jurídica. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 21 y 176. Bonnacase, distingue (sobre la base de Bergson) entre la intuición que permite acceder al conocimiento “absoluto” de una cosa y el análisis. La intuición permite acceder “al interior” de una cosa por “simpatía intelectual” para obtener lo que está oculto y es “inefable”, mientras que con el análisis conocemos la cosa reduciéndola a lo que ya es conocido, comparando lo que tiene en común con otros objetos. Cfr. BONNECASE, J., *Science du Droit et Romantisme...*, *op. cit.*, pp. 177-178. Sobre la base de las obras de CHEVALIER, JACQUES, *Bergson*, Plon, Paris, 1926 y CHEVALIER, JACQUES, *La science et le réel*, Cahiers de la Nouvelle Journée, Tomo IX, 1927. Nos recuerda Bonnacase, que la intuición de Bergson se debe distinguir de una intuición cuantitativa, tal como puede obtenerse del pensamiento cartesiano. Para Descartes la intuición surge como resultado del pensamiento “sucesivo y discursivo” el cual puede, tras su labor, ofrecer una visión de conjunto que permita “abrazar todo en un vistazo”. No obstante, desde el punto de vista cualitativo, es discutible si la intuición, como competencia del que conoce, es fruto de esa forma de proceder. *Ibid.*, p. 179. Cfr. LALANDE, ANDRÉ, *Vocabulaire critique et technique de philosophie*, 2 Volume, Félix Alcan, Paris, 1926. Para una distinción entre misticismo e intuición Véase Cfr. BONNECASE, J., *Science du Droit et Romantisme...*, *op. cit.*, p. 180.

⁹¹⁷ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 97.

cada cual pudiendo ser desarrollado de mil maneras dependiendo del ámbito concreto donde se mueven ⁹¹⁸.

Al igual que el conocimiento y la acción que derivan de un mismo conjunto de facultades humanas, quedan interpenetrados el uno del otro ⁹¹⁹, lo “dado” y lo “construido”, quedan igualmente interpenetrados hasta tal punto que lo “construido” puede aumentar el contenido de lo “dado” ⁹²⁰ pero lo “dado” “debe por su esencia misma, dominar lo construido”, es decir, debe dominar sobre cualquier procedimiento técnico ⁹²¹.

A pesar de la existencia de interconexiones singulares entre lo “dado” y lo “construido”, cada uno usará de métodos distintos ⁹²². Gény entiende identificar los procedimientos metódicos apropiados para lo “dado” con los procedimientos que nutren la “ciencia” ⁹²³ y para lo “construido”, con los procedimientos metódicos propios de “la técnica” ⁹²⁴.

Para Peset Reig, la técnica se distingue de la ciencia por “unas formas de actuar propias” y características ⁹²⁵. Esas formas de actuar propias de la técnica jurídica Gény las identifica como procedimientos artificiales (intelectuales, plásticos, etc.) que le permiten obtener categorías y esquemas generales, que sintetizan, simplifican,

⁹¹⁸ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 143. Por lo que no podemos estar de acuerdo con Cayla cuando afirma que la dicotomía entre lo “dado” y lo “construido” se resuelve por una simple “yuxtaposición” de dos nociones independientes y autónomas. Cfr. CAYLA, O, *op. cit.*, p. 104.

⁹¹⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 95.

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 98.

⁹²¹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 60-68. Para Bonnetcase, las “fuentes reales de la reglas de derecho” (que equivaldría a los “dados” de Gény), sólo aparecen por “vía de la técnica jurídica”: “Además, cabe señalar que, aunque desde el punto de vista del análisis, la ciencia y la técnica se oponen, estos dos conceptos están, en realidad, íntimamente ligados, los datos [o “dados” según se quiera traducir] de las fuentes reales de las reglas de derecho, cuyo estudio constituye la ciencia del derecho civil, aparecen exclusivamente por vía de la técnica jurídica” (“*Précisons d'ailleurs que si, sous le rapport de l'analyse, science et technique s'opposent, ces deux notions sont, dans la réalité, intimement unies, les données des sources réelles des règles de droit, dont l'étude constitue la science du droit civil, n'apparaissant que par la voie de la technique juridique*”). Cfr. BONNETCASE, J., *Science du Droit et Romantisme...*, *op. cit.*, p. 269.

⁹²² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 98.

⁹²³ Gény advierte que esa aproximación no es exacta porque al conocimiento de lo “dado” se accede por procedimientos científicos complementados por la creencia o la intuición. *Ibid.*, p. 98. Según Bonnetcase, cuando se tiene que distinguir la ciencia del derecho como netamente separada de la técnica del derecho, entonces limitamos la ciencia del derecho al estudio de las fuentes reales, pero la ciencia del derecho en sentido amplio abarca igualmente la técnica del derecho en tanto que objeto de conocimiento. Cfr. BONNETCASE, J., *Précis de Droit Civil*, Tomo I, Rousseau, Paris, 1934, p. 117.

⁹²⁴ *Ibid.*, p. 98. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 421-422.

⁹²⁵ Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 607.

consolidan y estabilizan los fenómenos sociales y otras realidades objetivas, y que pretenden, inspirados por un sentimiento de teleología práctica, contribuir lo más perfectamente posible a la consecución del fin último de toda organización jurídica ⁹²⁶.

3. Procedimientos técnicos

Sean cuales sean las reglas de derecho positivo que queramos instituir, como indica Gény, siempre habrá que “determinar las exigencias de su formación y desarrollar su contenido”, fijar las “condiciones de aplicabilidad” y “circunscribir sus efectos”. Los instrumentos para lograr el éxito de esa “descomposición esquemática” de la realidad social y vital son infinitos, pero encontraremos en los procedimientos técnicos el medio para conseguirlo, aunque no necesariamente de un modo definitivo ⁹²⁷.

Los procedimientos de la técnica son obra del espíritu que simplifica la realidad, todo ello con el fin de captar lo esencial para la regla de derecho, pero eliminando parte de esa infinidad de las “condiciones naturales” que le afectan ⁹²⁸. La técnica se resume así en un conjunto de procedimientos ⁹²⁹. Y estos procedimientos son, a su vez, infinitos ⁹³⁰. Esto se debe a que, como indica Gény, todo procedimiento técnico no deja de ser una cierta abstracción de la realidad, una simplificación y reducción de la complejidad de los fenómenos y por tanto es artificial, cambiante, maleable ⁹³¹.

Para Gény, en este punto, no se trata de teorizar sobre el conjunto de procedimientos técnicos presentes en el derecho, sino sólo presentar “varios grupos” de procedimientos ⁹³². Según Peset Reig, Gény trata simplemente de agrupar los diversos medios técnicos en “amplias categorías o casilleros para su estructuración” ⁹³³. Ese

⁹²⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 188 y 192-193. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 83-85.

⁹²⁷ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 57-58.

⁹²⁸ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁹²⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 32.

⁹³⁰ La técnica jurídica “se encuentra, a cada paso que damos y bajo mil formas, en la elaboración del derecho. Por ello, los procedimientos que encontramos son infinitos” (“*se rencontre, à chaque pas et sous mille formes, dans l'élaboration du droit. Par suite, les procédés en sont infinis*”). *Ibid.*, p. 46.

⁹³¹ *Ibid.*, p. 220.

⁹³² *Ibid.*, p. 46.

⁹³³ Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, pp. 627-628.

estudio de los procedimientos técnicos que lleva a cabo Gény, es, a juicio de Hernández Gil, su aportación más profunda ⁹³⁴.

Por un lado, tenemos los procedimientos plásticos (o materiales), que se corresponden con la idea de forma, dirigidos a los sentidos, limitados por su propia “materialidad”, por lo “finito” de los elementos sensibles. Por otro lado, tenemos los procedimientos intelectuales, más diversos y variados, productos de la “inteligencia creadora” ⁹³⁵.

Esta distinción no es exhaustiva, ya que la materia social puede requerir la necesidad de combinar la forma (procedimiento material o plástico) con procedimientos intelectuales. El procedimiento de la categoría es un ejemplo de ello ⁹³⁶.

Gény nos explica que los procedimientos materiales o plásticos (a diferencia de los procedimientos intelectuales) permiten distinguir entre situaciones, hechos o actos jurídicos y no jurídicos. La distinción se realiza por medio de una imposición de forma exterior (formalismo) o, en su defecto, por la imposición de unas “condiciones intrínsecas” (categorías jurídicas) ⁹³⁷.

Gény nos explica que los procedimientos intelectuales usan de las formas y las categorías, elaboran “conceptos”, usan presunciones y ficciones, todo ello con el fin de converger en construcciones jurídicas (representación por conceptos) ⁹³⁸. Esos procedimientos intelectuales, insuficientes pero indispensables, se presentan como un alivio, una cierta disminución de nuestro esfuerzo para penetrar las cosas, un “ahorro del pensamiento” ⁹³⁹, que culmina en conceptos, leyes, hipótesis expresadas con palabras, clasificadas, categorizadas y supone un memorando práctico cuya utilidad hay que precisar ⁹⁴⁰. Esas expresiones, como explica Gény, necesitan ser desarrolladas por vía un de un uso del lenguaje más elaborado.

El lenguaje como expresión del pensamiento, dice Gény, serviría para dar una “armadura” firme a los conceptos que componen las construcciones jurídicas de modo

⁹³⁴ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 163.

⁹³⁵ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 47-48.

⁹³⁶ *Ibid.*, p. 48.

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 498.

⁹³⁸ *Ibid.*, pp. 497-498.

⁹³⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 126.

⁹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 126-127.

que esos conceptos queden fijados para evitar toda “desnaturalización” o “deformación”⁹⁴¹. El lenguaje se presenta como aquel que da seguridad a los conceptos y los fija definitivamente.

Así Gény presenta una primera clasificación que, sin pretender establecer ninguna “jerarquía racional” entre sus elementos, distingue entre⁹⁴²:

1) Procedimientos generales que se sitúan en la base del resto de procedimientos técnicos y que se componen de lo que Gény denomina “la reducción simplificadora de los elementos sustanciales del derecho positivo” que “domina y absorbe todos los demás”⁹⁴³, así como de las fuentes formales.

2) Procedimientos plásticos (materiales)

3) Procedimientos intelectuales (generales y especiales)

4) El lenguaje

Es importante notar que Gény, en el transcurso de la exposición de su pensamiento, y antes de presentar la clasificación que hemos indicado más arriba, se cuestiona por el lugar que deben ocupar las fuentes formales dentro del conjunto de procedimientos técnicos⁹⁴⁴. Una vez expuestos los procedimientos técnicos siguiendo el esquema que el propio Gény presentara y que hemos indicado más arriba, concluye su análisis tratando de establecer una “combinación armónica” y una “reducción sintética” de los procedimientos técnicos en cuatro grandes grupos. Los tres primeros grupos consisten en los procedimientos materiales, los procedimientos intelectuales y el lenguaje respectivamente, dejando para el cuarto grupo a las fuentes formales que califica como dominando tanto los procedimientos materiales como los procedimientos intelectuales. En definitiva, Gény atribuye un valor adicional y distinto a las fuentes formales que permite, aun sin dejar de ser un procedimiento general junto a la reducción simplificadora, considerarlas como un grupo aparte. Las fuentes formales son la expresión más acabada de la técnica del derecho. Podríamos decir que, haciendo uso de la reducción simplificadora (procedimiento general), los procedimientos técnicos

⁹⁴¹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 499-500.

⁹⁴² *Ibid.*, p. 495.

⁹⁴³ *Ibid.*, p. 52.

⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 48.

plásticos e intelectuales (procedimientos técnicos primero y segundo) usarán del lenguaje (procedimiento técnico tercero) para acabar plasmados en las fuentes formales. Como explica Gény, las fuentes formales, en su dimensión técnica, deberán “consagrar las formas u otros elementos plásticos del derecho, usando los conceptos necesarios y empleando un lenguaje netamente definido”. Las fuentes formales constituyen un procedimiento general superior a los demás ⁹⁴⁵. En la exposición que haremos a continuación seguiremos el desarrollo seguido por el propio Gény (con la debida matización respecto de las fuentes formales).

Para concluir, no debemos olvidar que cualquier procedimiento técnico, como medio y como artificio que es, debe abandonarse por otro procedimiento más apto y capaz de contribuir a fortalecer la regla de derecho ⁹⁴⁶.

3.1. Procedimientos generales de la elaboración técnica del derecho

3.1.1. La reducción simplificadora de los elementos sustanciales del derecho positivo

Gény separa este proceder, un poco especial, y lo considera como la “contextura interna de la elaboración técnica”. Se presenta más bien como un conjunto de medios encaminados a un mismo fin más que como un único instrumento técnico ⁹⁴⁷.

Es importante recordar, con Gény, que el derecho moderno es principalmente “espiritualista”, es decir, que entiende las formas y categorías como insuficientes y

⁹⁴⁵ *Ibid.*, pp 494-503 más particularmente pp. 497-498 y 500. Gény insistirá en que la ley, como principal fuente formal, desempeña un rol claro y diferenciado de los distintos procedimientos técnicos. Así explica Gény que “No es menos cierto que, una vez redactada, y cualquiera que sea su perfección técnica, la ley escrita – y por cercanía, la costumbre- desempeña el papel de un elemento distinto con valor propio, que podría, de hecho, ser inferior, desde un punto vista técnico, a la regla concebida libremente por el intérprete. Por lo tanto, cabe esperar aquí la posibilidad de un conflicto entre la técnica libre y la técnica incluida en las fórmulas legales (o consuetudinarias). [...] tal conflicto debe decidirse en el sentido de la preponderancia de la fuente formal”. (“*Il n'en est pas moins vrai, qu'une fois portée, et quelle que soit sa perfection technique, la loi écrite - dont se rapprocherait aisément la coutume - joue le rôle d'un élément distinct, ayant sa valeur propre, et qui pourrait, en fait, se trouver inférieure, du point de vue technique, à la règle librement conçue par l'interprète. Ici donc, se laisse entrevoir la possibilité d'un conflit entre la technique libre et la technique incluse dans les formules légales (ou coutumières). [...] semblable conflit doit être tranché dans le sens de la prépondérance de la source formelle*”). *Ibid.*, p. 500.

⁹⁴⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 47, 53.

considera que se puede, por el espíritu, captar las “circunstancias de la vida social” que plantean un “problema de justicia” y elaborar el “sustrato material” para establecer la sanción coercitiva⁹⁴⁸. Ese sustrato material, compuesto por todos los resultados algo vagos de la elaboración científica del derecho, necesita ser reducido, “cribado”, filtrado, o incluso sometido a un “procedimiento de eliminación”⁹⁴⁹.

Esa reducción que es a la vez una concreción necesaria de la realidad responde, según Gény, a un procedimiento de simplificación directa de los elementos sustanciales de la regla jurídica por el que algunas partes de lo real se verán excluidas⁹⁵⁰. La “razón común”, apoyada por la “experiencia usual”, conseguirán esa reducción por simplificación de la regla para adaptarla a la vida⁹⁵¹.

Este procedimiento de reducción se presenta como el procedimiento típico de la técnica jurídica porque es esencial para la conformación de cualquier regla de derecho⁹⁵². Si analizamos cualquier regla de derecho veremos, sin mucha dificultad que esta se compone de unas condiciones de aplicaciones que van ligadas a unos efectos, pero a su vez, los elementos que componen esa regla (derechos reales, personales, etc.) también se componen de condiciones de aplicaciones y efectos, así como de otros elementos. De allí que sea necesario, si queremos una precisión cada vez mayor para cualquier regla de derecho proceder a depurar las realidades sociales⁹⁵³. Los instrumentos válidos para ello son infinitos. Entre los más elaborados, encontramos las categorías, la terminología, las presunciones y las ficciones⁹⁵⁴.

Gény divide esa reducción entre un procedimiento que sustituye lo cualitativo por lo cuantitativo, como veremos más adelante, y un procedimiento más “radical” pero también “menos frecuente” que elimina de forma artificial ciertas condiciones jurídicas de las reglas jurídica⁹⁵⁵. En este último caso, como dice Peset Reig, ya no busca simplificar, sino suprimir⁹⁵⁶.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 498-499.

⁹⁴⁹ *Ibid.*, p. 53.

⁹⁵⁰ *Ibid.*

⁹⁵¹ *Ibid.*, p. 48.

⁹⁵² *Ibid.*, p. 57.

⁹⁵³ *Ibid.*, pp. 57-58.

⁹⁵⁴ *Ibid.*, p. 58.

⁹⁵⁵ Por ejemplo, la eliminación de la exigencia de la causa de un acto jurídico voluntario para su licitud, bastándose con el conocimiento de las “condiciones” del acto y, de algún modo, presumiendo la

Vamos a detenernos sobre el procedimiento de reducción más característico de la técnica jurídica, es decir, el procedimiento que consiste en pasar lo cualitativo a lo cuantitativo.

Gény habla de transformar las “cualidades”, como conjunto variado de elementos que componen las reglas jurídicas, en “cantidades”, con el fin de dar firmeza y seguridad a la regla de derecho. Por ejemplo, fijar la mayoría de edad en veinticinco años en vez de fijar exclusivamente el principio abstracto de la necesidad de un carácter suficientemente forjado como para permitir la llevanza de los asuntos personales ⁹⁵⁷. Esta transformación, dice Gény, de lo “cualitativo” a lo “cuantitativo” puede basarse en esa “verosimilitud” aproximativa establecida sobre la estadística ⁹⁵⁸, pero las “exigencias prácticas” requieren, en algunos casos, la “apreciación individual de los casos particulares” ⁹⁵⁹.

Esa “cuantificación” de los elementos de los preceptos se podrá realizar, como dice Gény, por vía de elementos morales, económicos o elementos jurídicos “previamente preestablecidos” y el rigor de esa “cuantificación” vendrá dado por el elevado grado de homogeneidad en los elementos definitivamente utilizados, aunque al fijar categóricamente ciertos elementos asumimos siempre el riesgo de reducir el campo de aplicación de la regla ⁹⁶⁰. En esa tarea simplificadora, como bien observa Peset Reig, no se puede confundir la cuantificación, principalmente realizada por vía de símbolos matemáticos, que, de hecho, son poco numerosos en el derecho (sólo presentes en algunas materias económicas y en los pocos ejemplos que pone Gény), con lo que

existencia de la causa por vía de indicios y apariencias (concretamente, en derecho romano, la *in iure cessio* que permite la transmisión de la propiedad a quien la reivindica por falta de oposición del titular del dominio) en pos de conseguir con ello dar satisfacción a alguna necesidad. *Ibid.*, pp. 69-73, 494.

⁹⁵⁶ Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 633. Esta comunicación (o relación) compleja entre lo cualitativo y lo cuantitativo es una expresión del problema más extenso de la relación o vínculo entre la idea (o la forma) y la materia, lo absoluto y lo relativo, lo universal y lo particular, el alma y el cuerpo, etc.

⁹⁵⁷ Este procedimiento ya fue anotado por Ihering. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 59.

⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 61.

⁹⁵⁹ Gény habla del caso citado por Aulio Gelió en sus noches áticas en su libro XX en el que se critica el inconveniente al que puede dar lugar la aplicación de una pena fija. Igualmente hace mención a la necesidad de individualización de la pena remitiendo a la obra de Saleilles. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 63.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, pp. 67-68.

representa la precisión de los elementos del hecho normativo (por ejemplo, la distinción entre mueble e inmueble) ⁹⁶¹.

Con estos procedimientos generales, según Peset Reig, se trata de simplificar y de precisar el derecho para facilitar su aplicación ⁹⁶².

3.1.2. Las fuentes formales como instrumentos técnicos del derecho

Gény no duda en calificar a las fuentes formales como “instrumentos técnicos” al servicio de la jurisprudencia ⁹⁶³. Las fuentes formales son “elementos de expresión del derecho” que quieren dotar de “positividad” a una regla de derecho. Son elementos artificiales y voluntarios ⁹⁶⁴. Dentro de las fuentes formales, la ley escrita ocupa el primer lugar como procedimiento técnico del derecho ⁹⁶⁵ y se sitúa como el elemento más perfecto para expresarlo ⁹⁶⁶. La ley por su carácter artificial y voluntario no goza de una soberanía especial más allá de su dimensión técnica ⁹⁶⁷. Se puede concebir como una combinación de todos los demás elementos técnicos del derecho (categorías, formas, conceptos, etc.), constituyendo, como un elemento técnico “al cuadrado”, el resultado extremo del artificio ⁹⁶⁸.

La costumbre, al ser fuente formal, también es merecedora de “una configuración técnica” ⁹⁶⁹. No obstante, la ley, por su autoridad propia, y por el uso de los procedimientos intelectuales propios de la forma escrita que adopta se impone con más fuerza y consistencia que la costumbre ⁹⁷⁰.

Así, la ley primero y la costumbre en segundo lugar, como medios técnicos, ofrecerán “direcciones generales” que la interpretación deberá esclarecer, haciendo uso

⁹⁶¹ Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, pp. 632-633.

⁹⁶² *Ibid.*, p. 637.

⁹⁶³ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 23.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, p. 82.

⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 84.

⁹⁶⁶ Gény nos indica que el texto de la ley emplea los procedimientos técnicos para expresar la voluntad del legislador. *Ibid.*, p. 92.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, p. 85.

⁹⁶⁸ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 67.

⁹⁶⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 87.

⁹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 502-503.

igualmente de procedimientos técnicos materiales e intelectuales⁹⁷¹. Como dice Gény, si el derecho escrito se limita a ostentar la cualidad de un medio técnico de aplicación del derecho positivo, la interpretación que de él se haga no rebasará tampoco la cualidad de mera técnica⁹⁷².

3.2. Procedimientos plásticos (materiales) de la técnica jurídica

La mayoría de “fenómenos jurídicos” se presentan como hechos o actos nacidos de la voluntad humana. Esta voluntad se presenta bajo mil formas y difícilmente el derecho puede captarlas todas. El derecho deberá captar aquellas voluntades que merezcan la “consagración de la acción en justicia” y revestirlas de una forma que las precise⁹⁷³. Concretamente, según Gény, sólo una cierta plástica o forma traduce claramente “las fuerzas íntimas” que componen el organismo del derecho⁹⁷⁴. Los procedimientos materiales o plásticos son aquellos medios basados en la “forma”⁹⁷⁵.

Tenemos, por un lado, las voluntades que tienden a un “resultado de derecho” (actos jurídicos) y otras voluntades, que, sin tener la intención jurídica, se les reconoce como productoras de efectos jurídicos (cuasi-contratos, etc.). En el primero de los casos (actos jurídicos), estos procedimientos plásticos, consistirán en lo que se puede denominar genéricamente como “formas” y que podemos definir como aquellos “elementos exteriores” (solemnidades exteriores) impuestos a actos jurídicos y completamente independientes del contenido de la voluntad⁹⁷⁶. En el segundo de los casos (cuando no existe intención jurídica), se escoge del “fondo” mismo de los actos y de los hechos humanos, una serie de elementos intrínsecos, que serán exigidos para

⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 503.

⁹⁷² *Ibid.*, p. 91.

⁹⁷³ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 94. En este sentido, para Pérez Luño, y según su propia concepción del derecho, “la acción humana que constituye el dato básico de la experiencia jurídica debe concebirse [principalmente] como acción histórico-social”. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., “la filosofía del derecho como tarea: cuestiones y trayectorias de investigación”, *op. cit.*, p. 548.

⁹⁷⁴ GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 121.

⁹⁷⁵ *Ibid.*, pp. 497-498.

⁹⁷⁶ *Ibid.*, pp. 95-96.

optar al reconocimiento jurídico. En este último caso, estamos ante las “categorías reales”⁹⁷⁷.

3.2.1. La forma o formalismo jurídico

Se trata aquí de considerar la forma, como procedimiento técnico concreto y de averiguar su papel dentro del derecho moderno⁹⁷⁸. La forma se presenta como procedimiento técnico que consiste en un elemento exterior que tratar de fijar “condiciones inmateriales”⁹⁷⁹. Si al principio el formalismo del derecho se presentaba como intuitivo, espontáneo, simbólico, se fue transformando hasta convertirse en una tarea propia de la inteligencia, del razonamiento. Las formas entonces interesan en la medida en que son pensadas y útiles, por lo que es normal entonces que en nuestro derecho moderno predomine el antiformalismo, es decir, que no se exija más que un mínimo de exteriorización de los fenómenos internos (pensamientos, voluntades)⁹⁸⁰.

Así, nuestro derecho moderno reconoce situaciones jurídicas resultantes de “fenómenos internos” siempre y cuando estén lo suficientemente manifestados en la vida social, sin necesidad de formas específicas⁹⁸¹. Las formas, entonces, se exigen sólo para situaciones jurídicas donde los intereses “recomienda una manifestación exterior”⁹⁸² y dado el principio general de no formalismo, las formas que se instauren, deberán limitarse en su número, y venir recogidas en fuentes formales, principalmente, en la ley,

⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 96.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 97.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 98.

⁹⁸⁰ “Podemos tomar como punto de partida que el derecho moderno es - como se dice a veces de una manera poco precisa desde el punto de vista de una sana terminología filosófica, pero demasiado expresiva como para abandonarla - esencialmente *espiritualista*; es decir, que los hechos y actos, reconocidos como aptos para engendrar consecuencias jurídicas, se consideran en sí mismos como entidades inmateriales, independientemente de sus manifestaciones que sólo son su signo externo” (“*Nous pouvons prendre comme point de départ ce principe, que le droit moderne est - comme on le dit parfois d'une façon, peu exacte au point de vue d'une saine terminologie philosophique, mais trop expressive pour que nous l'abandonnions - essentiellement spiritualiste ; c'est-à-dire, que les faits et actes, reconnus aptes à engendrer des conséquences de droit, sont considérés en eux-mêmes comme entités immatérielles, indépendamment des manifestations qui n'en sont que le signe extérieur*”). Gény planteará más adelante el problema de ciertos actos para los que se exige que revistan una determinada forma, como “excepción al principio de no formalismo” de nuestro derecho moderno. *Ibid.*, pp. 102-106.

⁹⁸¹ *Ibid.*, pp. 104-105.

⁹⁸² *Ibid.*, p. 106.

sin perjuicio de que la jurisprudencia pueda afinar su uso o crear algunas, si fuera necesario ⁹⁸³.

Por último, es importante distinguir la “forma” como expresión característica de la técnica jurídica, sin la cual el elemento inmaterial no se constituye y no pasa a formar parte de la organización positiva del derecho, de lo que es llamado la “forma libre” o incluso el “formulario”. La “forma libre” proviene de los hábitos (“*moeurs*”) o de los usos mientras que los “formularios”, nacidos de una práctica prolongada, son la aplicación de una “forma libre” destinada a encuadrar una “voluntad incierta” ⁹⁸⁴. Como analiza muy bien Peset Reig, en los dos casos, la “forma libre” o el “formulario” no poseen fuerza obligatoria, pero pueden usarse para esclarecer o simplificar algunas situaciones jurídicas ⁹⁸⁵.

Así se concluye que la forma es el elemento exterior que reviste cualquier “fenómeno” capaz de producir alguna modificación de derechos subjetivos ⁹⁸⁶.

3.2.2. Las categorías reales

Las categorías formales permitían “(...) caracterizar, en medio del caos social, las instituciones jurídicas, distinguirlas entre sí, asegurar a cada una sus efectos propios, para una mayor precisión del derecho”. Se trata, “entre los innumerables hechos de la vida social”, de “distinguir” y “separar unos pocos, para revestirlos de una sanción eficaz” ⁹⁸⁷. El derecho romano, en un estadio más avanzado, no se contentó sólo de las categorías formales, sino que usó de categorías reales para conformar el “carácter jurídico” de las instituciones. Se procede así a un viraje desde un formalismo más rígido a una liberalización de las formas que permite una mayor flexibilización y adaptación a

⁹⁸³ *Ibid.*, pp. 118-119.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 100.

⁹⁸⁵ Para Peset Reig, el formulario “tan importante en derecho moderno, reduce a maquinal, lo que requiere larga preparación, sirve de recordatorio de aspectos tal vez no pensados y, en suma, facilita los campos libres de forma”. Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 639.

⁹⁸⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique en droit privé positif...*, Tomo III, *op. cit.* p. 101.

⁹⁸⁷ “(...) caractériser, au milieu du chaos social, les institutions juridiques, de les distinguer les unes des autres, d'assurer à chacune ses effets propres, pour la plus grande précision du droit”. “Parmi les faits innombrables de la vie sociale, l'on en distingue et met à part quelques-uns, pour les revêtir d'une sanction efficace”. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 172-173.

los hechos sociales. La forma deviene “accesoria y secundaria” y debido a estas “influencias menos simbólicas y más positivas, se ha tenido que, con el fin de completar los marcos de la organización jurídica, caracterizar y discernir, por sus elementos sustanciales (...) las instituciones cuyo reconocimiento se imponía”.⁹⁸⁸ Estos elementos “específicos” y “substanciales” deben ser “rigurosamente precisados en su substancia y estereotipados en su manera de ser”⁹⁸⁹. Estos elementos también calificados como “intrínsecos” por provenir de la naturaleza misma de las situaciones reconocidas como jurídica, una vez identificados, son “exigidos un poco artificialmente, para asegurarles el reconocimiento jurídico”⁹⁹⁰. Las instituciones jurídicas, identificadas ya por su substancia más que por su forma, quedan ahora vinculadas a las observaciones sociales. Por lo que no pueden contradecir las “teorías del fondo social”, desatender los “efectos prácticos” y las “exigencias de la vida social”⁹⁹¹. Para Peset Reig, la categoría real quiere dar cierta rigidez sin hacer uso de la forma⁹⁹².

Las categorías reales se combinan con los demás procedimientos técnicos. El procedimiento de las categorías reales es “inherente a las condiciones de nuestra naturaleza” y es el procedimiento técnico alrededor del cual convergen el resto de los procedimientos técnicos. Parte de la realidad para, por vía de abstracción, fijar algunos caracteres propios de un fenómeno social y erigirlo en categoría jurídica. La categoría jurídica (real) se va a componer de un conjunto de definiciones y clasificaciones que van a fijar el cuadro de la “circunstancias concretas” que merecen ser reguladas⁹⁹³.

No obstante, la categoría real no puede desvincularse del todo de los “conceptos y construcciones ideales” que permiten aprehender lo real, aunque sea deformándolo⁹⁹⁴. Las categorías reales igualmente harán uso de una reducción de los elementos

⁹⁸⁸ “influences moins symboliques et plus positives, on dut, pour compléter les cadres de l'organisation juridique, caractériser et discerner, par leurs éléments substantiels (...) les institutions dont la reconnaissance s'imposait”. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 173. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.* p. 101.

⁹⁸⁹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 173.

⁹⁹⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.* pp. 96, 123.

⁹⁹¹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 155.

⁹⁹² Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 643.

⁹⁹³ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 166-167.

⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 174.

sustanciales del derecho. Una vez obtenidas, van a conformar la base para la elaboración exterior del derecho, es decir, la elaboración de formas técnicas ⁹⁹⁵.

Las categorías van a permitir precisar las condiciones y los efectos de las instituciones jurídicas y así dar la solidez necesaria para el establecimiento de un orden social. Como elemento técnico del derecho, van a facilitar la aplicación de los principios y el reconocimiento de las realidades sociales ⁹⁹⁶. Las categorías reales sirven para fijar el cuadro derivado de los principios superiores del ordenamiento jurídico, en el que tienen que moverse las voluntades. Por lo que las categorías reales permiten apartar una regla de derecho positivo excesivamente estrecha y abrir la “creación” de otra regla positiva, requerido por un interés social ⁹⁹⁷.

Más concretamente, Géný constata que las categorías reales, en el derecho moderno privado, han perdido su “rigor técnico” ⁹⁹⁸. El principio de la autonomía de la voluntad de nuestro derecho moderno ha dejado sin efecto, al menos en sede de contratos, al sistema de categorías reales edificado por el derecho romano ⁹⁹⁹. Los contenidos de los contratos ya no se limitan por unas categorías reales, y cualquiera que sea su contenido, si es voluntad de las partes y no infringe el orden público, debe ser jurídicamente válido ¹⁰⁰⁰. De allí que, en la actualidad, sólo pueda hablarse de una categoría general de contrato que garantiza el marco del ejercicio de una autonomía de la voluntad casi ilimitada ¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, p. 125.

⁹⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁹⁷ *Ibid.*, p. 152.

⁹⁹⁸ Por ejemplo, denuncia Géný que en sede de cuasi-delitos, en vez de establecer categorías precisas por vía de la ley sobre dicha noción, como por ejemplo lo hiciera el derecho romano, se consagran principios vagos con el apoyo de presunciones legales. En el caso de los cuasi-contratos, la ley organiza dos tipos, que se pueden encuadrar dentro de una teoría general que es necesario precisar por “categorización”. *Ibid.*, p. 126. Sin embargo, las categorías reales se presentan como fundamentales en el ámbito penal. *Ibid.*

⁹⁹⁹ Géný reconoce que la noción de cuasi-contrato, viene mejor precisada si desarrollamos la categoría real que encierra, entendiendo que el enriquecimiento sin causa y el cobro de lo indebido previsto por el Código civil francés no son más que aplicaciones concretas. En cuanto a los contratos como tales, la voluntad de los intervinientes no queda ya “encerrada en un círculo estrecho e infranqueable” por “convenciones predeterminadas”, como lo era en Roma. *Ibid.*, pp. 128-130.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 129.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, p. 130.

Así las categorías más “especiales y precisas” de los contratos nominados de nuestro derecho moderno sólo están para facilitar el “juego” de las voluntades dentro de los “límites que les asigna la organización jurídica”¹⁰⁰².

Por último, las categorías reales presentan dos inconvenientes como procedimiento técnico. Por un lado, las categorías reales pueden limitar la voluntad si esta no encaja en los cuadros previamente establecidos o incluso pueden fijar restricciones arbitrarias a esa voluntad. Por otro lado, puede abusarse de las categorías reales con el fin de eludir prohibiciones legales¹⁰⁰³. Aquí el problema se plantea en el orden civil, donde se ha proclamada una amplia autonomía de la voluntad que debilita el procedimiento técnico de las categorías reales. Ante esas categorías reales debilitadas sólo queda pedir a los intérpretes del derecho que constituyan un sistema de categorías reales sobre la base del análisis minucioso de las realidades sociales (económicas, políticas y morales)¹⁰⁰⁴.

3.3. Procedimientos intelectuales generales: construcción jurídica por vía de conceptos

Como indica GénY, los “procedimientos intelectuales” que tratan de captar las realidades de la “vida del derecho” por vía de los conceptos que representan esas realidades, ofrecen un formalismo “más intelectual” que “material” y esta tendencia ya surge en el derecho romano y se prolonga hasta alcanzar su paroxismo en la modernidad¹⁰⁰⁵. Es de destacar, como lo hace Peset Reig, que tanto las formas como las categorías son, en cierta medida, procedimientos intelectuales, pero GénY las separa del resto de procedimientos intelectuales con el fin de acomodar el análisis que prosigue con los

¹⁰⁰² *Ibid.*, p. 146. En este sentido, en una reseña que publica GénY relativo a un trabajo de Émile Chatelain sobre la naturaleza del contrato de trabajo entre obrero y empresario, GénY nos indica que el autor podría haber optado por construir una categoría *sui generis* para encuadrar las relaciones entre obrero y empresario de un modo más acorde con los fines económicos, necesidades sociales y otros elementos que encuadran esa relación, en lugar de aplicar, “a toda costa” las categorías previstas por el derecho civil. Cfr. GÉNY, F., “Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail”, *Revue trimestrielle de droit civil*, Tomo I, 1902, pp. 333-343, p. 337.

¹⁰⁰³ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 169-170.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, pp. 172-174.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, pp. 47 y 50. Como recuerda Bobbio, la jurisprudencia que, desde la Edad Media, ha tomado como base los contenidos del derecho romano para desarrollarse se ha ampliado sobre el principio de autoridad que consagraba el derecho romano como el derecho por excelencia a costa del principio de la naturaleza de las cosas. Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, *op. cit.*, p. 204.

análisis realizados por Ihering (especialmente su concepto de “construcción jurídica”)¹⁰⁰⁶.

Como vimos, Gény dejó claro que la elaboración científica del derecho queda necesitada del uso de ciertos procedimientos intelectuales generales (como el concepto), pero, si el concepto se excede en la “traducción de la realidad”, entonces, se escapa del ámbito de lo científico (de lo “dado”) y sólo puede valer como elemento de construcción, como hipótesis¹⁰⁰⁷. Ahora Gény se hace la misma pregunta respecto de la elaboración técnica del derecho. Hasta qué punto, podemos permitir hacer uso de los conceptos y de las construcciones, en el ámbito de la acción, para modificar la realidad en vista a la consecución de un fin¹⁰⁰⁸.

Según Gény, el procedimiento intelectual de los conceptos, las construcciones y las teorías que se obtienen de estas últimas no son indispensables para la obtención de soluciones jurídicas. La mayoría de las reglas de derecho se “establecen y se desarrollan por razones intrínsecas de justicia o utilidad”¹⁰⁰⁹. El concepto sólo debe intervenir para facilitar la tarea del juriconsulto. Aunque no resulten indispensables, el concepto que abstrae las realidades para hacerlas aprehensibles para el espíritu y las construcciones que conforman un sistema de conceptos, permiten ofrecer un cuadro más firme que garantiza la solidez de los preceptos, prolonga sus efectos, y satisface las exigencias de plenitud y coherencia de la organización jurídica¹⁰¹⁰.

El concepto y la construcción van a ser de gran utilidad para reforzar, precisar y afinar las categorías reales y van a facilitar el papel de la lógica¹⁰¹¹. La construcción

¹⁰⁰⁶ Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 652.

¹⁰⁰⁷ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 31. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 196. Debemos recordar que algunos conceptos están tan cerca de las realidades que ya no se puede decir que sean artificiales. Por ejemplo, Gény nos muestra ciertos conceptos, como el concepto de “relación de derecho” que es fruto de un ejercicio de abstracción acometido por el espíritu, pero es tan esencial e irremediable para traducir las realidades que ya no podemos decir que sea un concepto puramente técnico (artificial), sino que juega un rol fundamental. En este caso, estos conceptos están más cercanos a la ciencia que a la técnica. *Ibid.*, p. 219.

¹⁰⁰⁸ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 196-197.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 198.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, pp. 203-204.

¹⁰¹¹ *Ibid.*, pp. 205-206.

jurídica pretende construir una “entidad independiente” destinada a “regir los hechos de la vida social” derivada del principio que los “anima” ¹⁰¹².

Aun así, los peligros de los conceptos y las construcciones jurídicas que se alejan de la realidad para construir “ideas puras” subsiste ¹⁰¹³. Gény nos advierte de no olvidar que la construcción jurídica es “esencialmente subjetiva” ¹⁰¹⁴ y no puede ofrecer “más que hipótesis” que debe quedar sometida a los hechos y dispuesta a flexibilizarse ante las exigencias de la vida o ceder ante un “fin práctico” ¹⁰¹⁵.

En definitiva, los conceptos y las construcciones cumplen con los principios de la técnica jurídica fundamental ¹⁰¹⁶ y para que la construcción jurídica por vía de conceptos tenga plena eficacia para el derecho positivo, tiene que reunir los tres requisitos siguientes: 1. La construcción debe adaptarse plenamente a las realidades positivas. 2. La construcción debe ser homogénea, es decir, no deben existir contradicciones internas (así se puede armonizar con otras construcciones). 3. La construcción debe ser útil para dar satisfacción a determinados intereses ¹⁰¹⁷.

Esos requisitos ponen de relieve la necesidad de la adaptación plena de la construcción a la realidad positiva, concretamente, a la realidad sociológica del derecho. Ante cualquier nueva realidad, se deberá modificar o elaborar construcciones jurídicas nuevas para asegurar siempre una plena adecuación ¹⁰¹⁸.

¹⁰¹² *Ibid.*, p. 191. Entendemos que la construcción jurídica encontrará el principio que anima la vida social dentro de una categoría real.

¹⁰¹³ *Ibid.*, p. 198. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 190.

¹⁰¹⁴ El fenómeno de las construcciones intelectuales se produce en todos los hombres por lo que debe tener su sitio en las ciencias sociales (incluido el derecho). Aun sin ser objetivas se basan en conceptos que pueden serlo. Gény menciona, en el ámbito particular del procedimiento intelectual del concepto, que este puede adquirir objetividad cuando “coincide en varias mentes” o por el hecho de “ser accesible a todos”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 205. Sobre la objetividad de los conocimientos obtenidos por vía de procedimientos intelectuales del conocimiento en general. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 127-128.

¹⁰¹⁵ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 146. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰¹⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 206.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 210. Véase el apartado que dedica Ihering a la construcción jurídica. Ihering, en la línea de Gény, busca acercar la construcción jurídica a las realidades de la vida, aplicarla al derecho positivo, así como imponerle el deber de ser útil en la práctica, es decir, ser capaz de alcanzar fines. Véase IHERING, R. VON, *El espíritu del derecho romano*, Tomo II, 2a ed., 3a ed. francesa traducida por Meulenaere, A. Marescq, Paris, 1887, pp. 48-50. Véase IHERING, R. VON, *El espíritu del derecho romano*, Tomo III, 2a ed., 3a ed. francesa traducida por Meulenaere, A. Marescq, Paris, 1880, pp. 15-26, 48-79.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, pp. 210-211.

3.4. Procedimientos intelectuales especiales: presunciones y ficciones

Los procedimientos técnicos de las presunciones y de las ficciones no son más que una prolongación del procedimiento de los conceptos ¹⁰¹⁹. Van a operar en la “estrechez” de las categorías reales ¹⁰²⁰.

La presunción de derecho se basa en “verosimilitudes” y “tiende a generalizar” las soluciones que se presentan como “aisladas” y “fragmentadas”. Sin embargo, como explica Gény, la ficción es un procedimiento más temerario, más atrevido y se opone más frontalmente a lo real, a nuestro entendimiento de lo real. Es capaz de subvertir lo real con el fin de hacer prevalecer un resultado más acorde a nuestros deseos o fines ¹⁰²¹. La presunción de derecho trata de penetrar “realidades oscuras de la vida social” a diferencia de la ficción que se mueve en el ámbito de “lo falso”, del “subterfugio” ¹⁰²².

Tanto con la presunción como con la ficción se trata de “corregir” la “inconsistencia o contingencia de la vida” por vía del artificio. No existe entre las dos más que una diferencia de grado. En cuanto a su aspecto propiamente técnico, la presunción de derecho procede por esa sustitución de los elementos “cualitativos” de las reglas por elementos “cuantitativos”, lo que consiste en simplificar lo real, mientras que con la ficción se procede directamente a una “eliminación artificial de las condiciones jurídicas de las reglas”, es decir, una eliminación de los elementos de lo real ¹⁰²³.

3.4.1. Las presunciones de derecho

Para Gény, la presunción es una “anticipación del juicio sobre una realidad mal conocida” o un acto de voluntad que “da por cierto lo que es dudoso, que da por

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 260.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, p. 125.

¹⁰²¹ *Ibid.*, p. 261.

¹⁰²² *Ibid.*, p. 432.

¹⁰²³ *Ibid.*, p. 261.

probado lo que es, cuanto más, sólo probable”. La presunción de derecho es el “material de explotación” indispensable para el jurista ¹⁰²⁴.

Las presunciones permiten aportar la seguridad y la estabilidad que postula la realización práctica del derecho, allá donde podría subsistir el debate en torno a la interpretación y el acierto de los conceptos que expresan lo complejo de las realidades ¹⁰²⁵.

Dado que la evidencia es tan poco corriente, se necesita “transformar las dudas en certidumbres”, sobre la base de lo que postula “la normalidad” que domina la vida moral y social. Y dado que la justicia, para su realización práctica, tiende al orden, deberá proceder por esta vía ¹⁰²⁶.

La presunción se aplica originariamente, para los problemas de “prueba” de hechos ¹⁰²⁷. Los elementos de hecho son los elementos de base de toda regla jurídica ¹⁰²⁸. Como tal, si queremos aplicar la consecuencia de una regla jurídica deberemos probar el hecho que la sustenta ¹⁰²⁹.

El derecho positivo prevé y organiza determinados medios de prueba, pero si con el uso de esos medios de prueba no podemos obtener la certeza sobre un hecho, ese mismo derecho positivo deberá admitir la prueba de otros elementos equivalentes al hecho y más fáciles de probar, según una probabilidad o una experiencia contrastada ¹⁰³⁰. En ese momento, se deriva de la teoría general de la prueba, el procedimiento técnico de la presunción de derecho ¹⁰³¹.

Este procedimiento opera como una prueba indirecta (análoga a la prueba por indicios) impuesta por el derecho objetivo en vez de quedar supeditada a la apreciación

¹⁰²⁴ “*anticipation du jugement sur une réalité insuffisamment connue, ou mieux, acte volontaire de l'esprit, tenant pour certain ce qui est douteux, pour avéré ce qui est tout au plus probable*”. En cuanto al tema de la “probabilidad”, Géný reconoce que puede haber presunciones que funcionan sin probabilidad como la que establece el Código civil alemán para el caso de conmorienencia. *Ibid.*, pp. 264-265.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, p. 266.

¹⁰²⁶ *Ibid.*

¹⁰²⁷ *Ibid.*, p. 268.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, p. 272.

¹⁰²⁹ Se debe recordar que los elementos de hecho son valorados como “elementos primeros” de la prueba, por lo que quedan sujetos a principios obtenidos de lo “dado”, impuestos por la naturaleza de las cosas, situados fuera de todo “arbitrario”. Estos mismos hechos también poseen una dimensión técnica, propiamente artificial. *Ibid.*, pp. 271-272.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, p. 279.

¹⁰³¹ *Ibid.*, pp. 272 y 335.

del juez. La presunción de derecho viene respaldada por el derecho objetivo (porque se basa sobre una experiencia o probabilidad de la vida) a diferencia de la presunción de hecho que queda supeditada a la apreciación del juez. En el caso de la presunción de derecho, el razonamiento opera *in abstracto* y por generalización, mientras que, en la presunción de hecho, el razonamiento opera *in concreto*, según las circunstancias de cada caso ¹⁰³².

Hemos visto que las presunciones se vinculan al ámbito de la prueba. Gény intenta una clasificación de varias presunciones que operan de un modo distinto, pero guardan relación con el ámbito de la prueba. Tenemos las presunciones de derechos que tratan de hechos que son “imposibles de aprehender en su materialidad precisa” pero que resulta “necesario fijar”. Para ello se usa de las probabilidades más grandes de la vida (por ejemplo, la presunción de paternidad sobre la base del matrimonio) ¹⁰³³. Tenemos presunciones de derecho que tratan de hacer funcionar las categorías, o favorecer algunas situaciones o instituciones jurídicas ¹⁰³⁴. Tenemos presunciones de derecho que buscan completar la voluntad de las partes ¹⁰³⁵. Tenemos presunciones de derecho que completan reglas regidas por un interés social superior (por ejemplo, las que buscan evitar fraudes contra “una prohibición positiva”) ¹⁰³⁶.

No obstante, algunas presunciones de derecho pueden verse otorgadas, por el derecho objetivo, el carácter de irrefragable (*iuris et de iure*) en cuyo caso se convierte en una regla de derecho independiente ¹⁰³⁷. Cuando forzamos el mecanismo de la presunción hasta el punto de no admitir prueba en contrario (presunción *iuris et de iure*), entonces, dice Gény, excedemos el mero ámbito de la prueba para adentrarnos en las cuestiones de fondo del derecho ¹⁰³⁸. Así, las presunciones destinadas a facilitar la carga de la prueba nunca podrán ser *iuris et de iure* ¹⁰³⁹. Este mecanismo debe ser excepcional y admitido sólo para proteger intereses sociales fundamentales ¹⁰⁴⁰.

¹⁰³² *Ibid.*, pp. 280 nota a pie de página número 3, 315 y 328.

¹⁰³³ *Ibid.*, p. 288.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, pp. 289-292.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, p. 295.

¹⁰³⁶ *Ibid.*, pp. 295-296.

¹⁰³⁷ *Ibid.*, p. 282.

¹⁰³⁸ *Ibid.*, p. 299.

¹⁰³⁹ Las presunciones destinadas a facilitar la carga de la prueba se contentan con “probabilidades vulgares” para “trazar la línea entre lo normal y lo anormal”. Operan en el cuadro de un litigio y mediante probabilidades o verosimilitudes, una vez fijada la posición de las partes, tratan de facilitar o aligerar la

No obstante, podemos observar que, de forma general, el mecanismo de construcción de una regla de derecho suele operar con presunciones. Los órganos creadores de derecho deben, en un ejercicio de generalización y abstracción obtener una regla de derecho precisa sobre la base de hechos oscuros cuya consistencia, así como su valor económico o moral no siempre figuran como evidentes. Así, deben romper con la incertidumbre y fijar situaciones indecisas. Por lo que la mayoría de las reglas de derecho habrán hecho uso de presunciones y por el hecho de provenir de una autoridad competente, deberemos, *a priori*, no admitir prueba en contrario contra ellas ¹⁰⁴¹.

Si pensamos la regla de derecho (formulada por el derecho objetivo) como regla imperativa o prohibitiva (es decir, como regla dotada de consideraciones de orden público), la presunción se presenta como un elemento más de la regla de derecho que se integra en su conformación y le sirve de explicación y apoyo racional. Opera como un elemento “intelectual y constructivo”. No guarda relación con las condiciones naturales de aplicación de esa regla de derecho. Una vez constituido la regla de derecho, la presunción (su contenido fáctico) se independiza de la regla de derecho que ha conformado y la presunción no puede ser interpretada para limitar la extensión de los efectos jurídicos de esa regla de derecho. La presunción se desvincula y por ello contra ella no es posible una prueba en contrario ¹⁰⁴².

carga de la prueba de los hechos inciertos. *Ibid.*, p. 287. En algunos casos, existen hechos que por su evidencia no necesitan ser probados. *Ibid.*, pp. 335-336.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, pp. 299-300.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*, p. 340. Es importante recalcar que los jueces “*de tout ordre*” e intérpretes son “órganos” del derecho. Lo que los sitúa a un nivel distinto y no directamente subordinado a la ley. Cfr. GÉNY, F., *Des droits sur les lettres missives : étudiés principalement en vue du système postal français : essai d'application d'une méthode critique d'interprétation*, Tomo I, Sirey, Paris, 1911, p. VIII.

¹⁰⁴² Podemos observar también reglas llamadas de “derecho dispositivo” donde el legislador, al observar una imposibilidad o una negligencia por parte de los interesados en el establecimiento de una regla que rija sus derechos, interviene para suplir a esa falta de reglamentación con la ayuda de una presunción, pero por el principio de la autonomía de las voluntades, las partes podrán deshacer la presunción del legislador probando su auténtica voluntad (o falta de ella). *Ibid.*, pp. 341, 343, 346, 347, 349, 359 y 446. Como nos muestra Gény, el ordenamiento jurídico en tema de incapacitaciones establece muchas presunciones de derecho que conforman reglas de derecho imperativas, por ejemplo: -Presunción general de inmadurez (para los menores de edad), -Presunción de incapacidad de la mujer casada debido a la fragilidad del sexo, -Presunción de influencia paralizante de la voluntad (por ejemplo, cuando la ley prevé la incapacitación del tutor frente al menor porque el tutor perturba al menor), -Presunción de debilidad de la inteligencia o voluntad (por ejemplo, cuando la ley prevé la rescisión del contrato por lesión a favor del menor de edad, cuando este es parte contratante), -Presunción de igualdad imperativa (cuando la ley prevé la rescisión de un contrato por lesión entre dos personas adultas). *Ibid.*, pp. 347-348. Como vemos, si queremos atacar esas presunciones, no atacamos la presunción en sí misma, sino, en todo caso, las razones y apoyos que trata de proporcionar a la regla o los fines de esa misma regla. No atacamos el soporte fáctico usado para “alcanzar” artificialmente el resultado sino el resultado mismo.

Por lo que concluimos que las presunciones que intervienen para constituir una regla de derecho serán *iuris et de iure* cuando la regla de derecho busque proteger un interés de orden público y cuando se trate de proteger intereses sociales fundamentales.

En definitiva, las presunciones o están para solucionar un problema de prueba o están para apoyar racionalmente un supuesto de hecho y por tanto ayudar a la eficacia de la regla jurídica ¹⁰⁴³. Por último, sea cual sea el tipo de presunción de derecho, la opinión corriente atribuye la autoridad de la presunción de derecho a la ley ¹⁰⁴⁴. Sin embargo, las exigencias de la práctica obligan a rellenar las lagunas y ampliar el ámbito de aplicación de las presunciones de derecho consagradas por la ley ¹⁰⁴⁵. Reservar en exclusiva la creación de las presunciones de derecho a la ley es una conclusión que deriva del principio que quiere reducir todo el derecho a la ley. Principio que ya ha sido combatido por Géný ¹⁰⁴⁶.

3.4.2. Las ficciones de derecho

La ficción queda fuera de toda cuestión de prueba y choca de frente contra la realidad. Va más allá de las presunciones de derecho *iuris et de iure* ¹⁰⁴⁷. La ficción se sitúa más allá de la posibilidad misma de una prueba en contrario ¹⁰⁴⁸. La ficción “desnaturaliza” la realidad, que “está a la base de las reglas jurídicas” tras reconocer la “imposibilidad de dar satisfacción a las necesidades del derecho” mientras que la presunción *iuris et de iure*, si no admite la prueba en contrario es porque quiere asegurar

¹⁰⁴³ “no parecerá dudoso que la presunción de derecho [aquí Géný se refiere a la presunción de derecho de forma general, como presunción en el derecho, sin apelar a la distinción entre presunción de hecho y presunción propiamente de derecho] siga siendo en el futuro, como lo ha sido en el pasado, un instrumento de progreso jurídico, no sólo para ayudar al establecimiento de la prueba, sino, fuera de esta misión específica, para dar un apoyo racional a ciertas reglas sustantivas, que a veces aclarará su alcance y aumentará su eficacia” (“*il ne paraîtra guère douteux, que la présomption de droit doive demeurer, dans l’avenir, comme eile l’a été dans le passé, un instrument du progrès juridique, non seulement pour aider à l’établissement de la preuve, mais, en dehors de cette mission spécifique, pour fournir à certaines règles de fond un appui rationnel, qui parfois en précisera la portée et en accroîtra l’efficacité*”). *Ibid.*, p. 359.

¹⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 314.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*, p. 326.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, pp. 327-328.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, p. 360.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, p. 390.

la “fijación de ciertas situaciones jurídicas”¹⁰⁴⁹. La ficción introduce un elemento extraño a una “representación estrictamente natural” o modifica datos naturales¹⁰⁵⁰. No se contenta con el “examen objetivo del mundo”, sino que lo modifica con el espíritu¹⁰⁵¹. De allí surge esa paradoja propia de la ficción jurídica, como indica Gény, la cual “para ayudarnos a encontrar nuestra vía hacia lo justo” usa de “un procedimiento que consiste esencialmente en ir en sentido contrario a lo verdadero”¹⁰⁵².

Ese procedimiento intelectual permite suplir la debilidad del espíritu que no es capaz de captar con conceptos toda la realidad y acude a la voluntad para paliar las limitaciones del entendimiento¹⁰⁵³. La ficción, para Gény, queda fuera de la elaboración científica del derecho¹⁰⁵⁴.

De esta idea de ficción, hay que poner de lado, las “ficciones materiales” o “ficciones de formas” basadas en “circunstancias materiales, en gestos, en palabras” que dan por cumplidas ciertas solemnidades exteriores, ciertas formas que no han llegado a producirse¹⁰⁵⁵. Igualmente se excluyen ficciones de cálculo o contabilidad entre otras o las llamadas por Savigny, “declaraciones de voluntad ficticias” donde se admite una

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*, p. 389.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, p. 369. En la base de toda regla de derecho encontraremos un “concepto natural” que va a funcionar como un *a priori*. Ese concepto aun haciendo uso de abstracción (en su justa medida), consiste en una “representación adecuada de lo real”, un “trabajo del espíritu sobre la realidad social”. *Ibid.*, pp. 367-368.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, p. 362.

¹⁰⁵² *Ibid.*, p. 361.

¹⁰⁵³ *Ibid.*, p. 365.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, p. 396. A las antípodas del pensamiento de Gény, tenemos a Hernández Marín que concibe las entidades (ideales) jurídicas, tales como “derecho natural”, “principios jurídicos”, (que componen para Gény la ciencia del derecho) hasta las normas que componen el “derecho consuetudinario”, como ficciones, es decir, como no existentes. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., “Ficciones jurídicas”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 3, 1986, pp. 141-147, pp. 144-147.

¹⁰⁵⁵ Estas ficciones se distinguen de las ficciones de derecho, propiamente hablando, que Gény denomina como “ficciones intelectuales” porque vienen exclusivamente a “alterar los conceptos” en vista a la consecución de un “resultado de derecho”. *Ibid.*, pp. 371-374.

voluntad casi imposible de hallar o que “razones de utilidad hacen necesaria”¹⁰⁵⁶. Tampoco puede confundirse la ficción con la extensión por analogía¹⁰⁵⁷.

Podemos reconocer varias funciones atribuidas a las ficciones. La ficción (en su función histórica) puede aprovechar la existencia de reglas de derecho ya existentes para introducir en ellas una circunstancia nueva, en vez de crear una regla de derecho nueva¹⁰⁵⁸. La ficción (en su función dogmática) puede dar “coherencia y consistencia teórica” al sistema de derecho, por ejemplo, la ficción de la personalidad jurídica¹⁰⁵⁹. La ficción puede intervenir para dar uso a una teoría caduca¹⁰⁶⁰. Incluso la ficción nace, a veces, sólo para explicar doctrinalmente una concreta solución¹⁰⁶¹. Las ficciones pueden usarse para extender el campo de aplicación de las categorías reales¹⁰⁶² hasta, a veces,

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 373-374. Manifestando la distinción entre voluntad psicológica y voluntad jurídica, nos dice Legaz y Lacambra, que la voluntad psicológica es una voluntad que obra dentro de un sistema con fines y valores por lo que no es una voluntad “independiente” o “libremente” autodeterminable por el sujeto, mientras que la voluntad jurídica se elabora con “construcciones” conceptuales (necesarias) que permiten “conocerla”. Así, sigue Legaz y Lacambra, la voluntad psicológica, como hecho fáctico, debe existir y producirse en la realidad, por lo que, presuponer que en un determinado acto jurídico se ha dado alguna determinada voluntad psicológica cuando ello no es así, es asumir una ficción. Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 71.

¹⁰⁵⁷ La ficción trata de extender los efectos de una regla (o de un concepto) para casos nuevos, desnaturalizando “la regla por vía de un esfuerzo arbitrario del espíritu” mientras que la extensión por analogía se funda en un “análisis seriamente razonado” sobre situaciones “vecinas” para vincular una regla existente con otra nueva que presenta los “mismos caracteres esenciales”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, op. cit., p. 391.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, p. 376.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.* Como explica Recasens Siches, en el ámbito de la personalidad jurídica, la teoría de Kelsen sobre la imputación normativa es fundamental. Concretamente, Kelsen habla de la imputación personal normativa, es decir, cuando una norma imputa un hecho, una conducta a un sujeto. Esta imputación se realiza por criterio jurídico (porque así lo establece la norma) pudiendo, el sujeto imputado, no haber deseado ni haber realizado el hecho que se le imputa (por ejemplo, se imputa la responsabilidad del hecho daños a los padres de un menor). Esto muestra que la condición de persona jurídica (como persona portadora de derechos subjetivos y deberes jurídicos) es una condición artificial, independiente de la realidad física, psicológica, biológica de los fenómenos y de sus conexiones causales. Así, la persona jurídica es una construcción de las conductas del hombre por ser parte del contenido de normas jurídicas. Cfr. RECASENS SICHES, LUIS, *Tratado general del Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1970, pp. 265-267.

¹⁰⁶⁰ Por ejemplo, aquella ficción por la que se atribuye al marido la propiedad de la dote de la mujer, casada bajo el régimen dotal. Como explica Gény, esa ficción permite mantener unas ideas tradicionales e ir progresivamente incorporando el desarrollo moderno de la institución. Por ello, esas ficciones no serán de aplicación (o desarrollables) en todas sus consecuencias lógicas. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, op. cit., pp. 378-379.

¹⁰⁶¹ Así, pone como ejemplo Gény, la doctrina de los romanos sobre la nulidad del testamento. Los romanos fundaban la nulidad del testamento sobre la ficción de alienación mental del testador cuando este desatendía sus deberes con sus allegados. *Ibid.*, p. 383.

¹⁰⁶² *Ibid.*, p. 379.

constituir una categoría nueva ¹⁰⁶³. Otras veces buscan un resultado de derecho preciso por vía de una simplificación técnica ¹⁰⁶⁴.

Dados los peligros de las ficciones, concretamente, de que estas se desborden y produzcan resultados contrarios al fin que las justifica, el jurisconsulto que las necesita para la elaboración técnica del derecho deberá cuidar su aplicación y sus deducciones teniendo presente el fin de justicia o de utilidad social ¹⁰⁶⁵.

La ficción de derecho es por tanto un instrumento técnico que debe ser manejado con cuidado y flexibilidad. Por lo que la intervención exclusiva del legislador en esta cuestión puede resultar en un estrechamiento de la ficción poco recomendable ¹⁰⁶⁶. Es más, las ficciones, como “juego del espíritu”, operan con conceptos y los conceptos son indispensables para la aplicación del derecho positivo. Es por tanto infundado atribuir en exclusiva el uso de las ficciones al legislador. Dado que la jurisprudencia y la doctrina contribuyen a la elaboración del derecho positivo no se les puede negar el uso de las ficciones ¹⁰⁶⁷. La costumbre también puede constituir ficciones ¹⁰⁶⁸.

Sin embargo, dado que la ficción de derecho es un instrumento técnico destinado a crear reglas de derecho objetivo, las voluntades privadas pueden ampliar el campo de aplicación de la ficción, pero no pueden crear una ficción nueva ¹⁰⁶⁹. En definitiva, la presunción no puede estar limitada sólo a algunas fuentes (como la ley) sino que deben estar abiertas a cualquier “agente” que “colabora en la creación o desarrollo del derecho positivo” ¹⁰⁷⁰.

Ahora bien, resultaría infundado retirar al legislador la facultad de construir ficciones ¹⁰⁷¹. El legislador puede no hallar el concepto adecuado para traducir una

¹⁰⁶³ Por ejemplo, la adopción, la muerte civil, o el domicilio entre otros. *Ibid.*, p. 383.

¹⁰⁶⁴ Por ejemplo, el código francés, con el fin de facilitar una solución simple a un problema, considera como verdaderos frutos del usufructuario aquellos vencimientos de una renta vitalicia del que es titular. *Ibid.*, p. 387.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, pp. 416-417.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*, p. 419.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, p. 423.

¹⁰⁶⁸ Gény, basándose en Savigny, ve la costumbre como producto del “derecho científico” (el derecho elaborado por los jurisconsultos) o como originada en el pueblo. *Ibid.*, pp. 424-425.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 444.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, pp. 422, 426.

¹⁰⁷¹ El legislador, al igual que el resto de “agentes” jurídicos (doctrina, jurisprudencia, etc.) está sometido a las mismas insuficiencias del espíritu y usa también de conceptos y del resto de procedimientos técnicos. *Ibid.*, p. 426.

realidad que quiere regular y puede preferir hacer uso de un concepto ya existente para expresar una “voluntad innovadora”¹⁰⁷². Sea como sea, la ficción elaborada por el legislador (ficción legal) siempre debe interpretarse restrictivamente¹⁰⁷³.

3.5. El lenguaje en el derecho

Todo pensamiento necesita una traducción verbal. El lenguaje se presenta como el instrumento del espíritu que va a permitir afinar los conceptos y la regla de derecho¹⁰⁷⁴. Se sitúa por encima de todos los demás instrumentos técnicos del derecho (inclusive de las fuentes formales) y los perfecciona¹⁰⁷⁵. Va a permitir realizar todas las tareas de la vida social¹⁰⁷⁶. Permitirá comunicar el derecho (las reglas de conducta) y así tener un efecto sobre las voluntades¹⁰⁷⁷. Esa comunicación culmina en la “fórmula” como elemento de lenguaje¹⁰⁷⁸.

Según Gény, el primer paso en el estudio del lenguaje jurídico consiste en distinguir entre un “lenguaje técnico” y un “lenguaje común”. El “lenguaje común”

¹⁰⁷² *Ibid.*, p. 428. Una dificultad de la técnica legislativa radica en que, como nos indica Gény, el legislador no suele utilizar el término de “ficción” cuando legisla, sino que emplea términos como “se reputa, supuestamente, se considera como, etc.” que hacen alusión al carácter ficticio del elemento conceptual que introduce. *Ibid.*, p. 429.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, p. 436.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 448. Como indica Whitney, el lenguaje tiene la posibilidad de abrir el campo de significación de una sociedad determinada a otras significaciones transmitidas por el pasado. El lenguaje es la síntesis de los esfuerzos de la humanidad pasada: “El lenguaje... sólo recoge el fruto de sus trabajos [de los hombres]... él [el hombre] sale y se apropia día a día de lo que otros han encontrado para él, por medio de las palabras, los signos y los símbolos; así se convierte, en pocos años, en dueño de todo lo que ha llevado generaciones y generaciones producir”. No obstante, y a pesar de esa posibilidad de investigación de realidades perdidas u olvidadas que ofrece el lenguaje también permite fijar nuevas realidades: “Uno puede haber adquirido a través del estudio (...) todos los conceptos existentes, uno puede haber alcanzado los últimos límites conocidos, y luego encontrar estos conceptos demasiado imperfectos (...) uno puede agregar nuevos hechos a la ciencia, hacer nuevas distinciones, determinar nuevas relaciones, para las cuales el lenguaje técnico existente es inadecuado”. Cfr. WHITNEY, WILLIAM DWIGHT, *La vie du langage*, Librairie Germer Baillière, Paris, 1875, pp. 11-12, 28.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, p. 455.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, pp. 448-449.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 454.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, p. 457. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 150-152. Es importante advertir que para Gény, “La ley escrita es una expresión del pensamiento humano por medio del lenguaje, es decir, por medio de palabras, o conjuntos de palabras, destinadas a producir en aquellos a quienes se dirigen un movimiento intelectual similar al que ha surgido en las almas de las personas de las que emanan” (“*Loi écrite est une expression de la pensée humaine au moyen du langage, c'est-à-dire par des mots, ou des assemblages de mots, destinés à produire chez ceux à qui ils s'adressent un mouvement intellectuel semblable à celui qui a surgi dans l'âme des personnes dont ils émanent*”). GÉNY, F., “La technique législative...”, *op. cit.*, p. 996.

constituye ese “fondo común” por donde se manifiesta la vida social, y el “lenguaje técnico”, como lenguaje especialmente adaptado al derecho, se basa sobre el “lenguaje común” precisando y, a veces, modificando sus términos. El “lenguaje técnico” se consolida con su uso ¹⁰⁷⁹.

El lenguaje, afirma Gény, y por ende toda obra humana intelectual (literaria), incluida el derecho, presenta las cualidades de: unidad, orden, precisión y claridad ¹⁰⁸⁰.

No obstante, el derecho objetivo que quiere fijar con certeza las realidades sociales y necesita la mayor precisión posible del lenguaje técnico, se encuentra con que el lenguaje común, que sirve de base al lenguaje técnico, es sociológicamente cambiante e inconsistente ¹⁰⁸¹. El jurisconsulto deberá escoger las palabras, ya sea del lenguaje común o de otras disciplinas como la moral o la economía, para fijar un sentido permanente (*ne varietur*) para darles el “sello jurídico” y tender a elaborar fórmulas lo más sólidas y atadas posibles. Todo ello sin perder de vista la necesidad de que existan igualmente “formaciones lingüísticas” más flexibles y aptas para adaptarse a la vida social ¹⁰⁸².

Las palabras y las fórmulas son el medio para expresar conceptos o nociones y por ello “incorporan” esos conceptos o nociones. El concepto jurídico debe traducir las realidades sociales. Dado que las nociones corrientes están más cerca de las realidades sociales, el concepto jurídico las tomará para elaborar la regla de derecho ¹⁰⁸³. No obstante, también figuran nociones un poco por “encima” de las nociones corrientes y que son las nociones de moral, político o economía y las nociones propiamente jurídicas. Así, la regla de derecho se compone de esos tres conjuntos de nociones:

¹⁰⁷⁹ Gény advierte del peligro de una “exageración” del uso de la etimología para comprender los términos. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 460-461.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 462.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

¹⁰⁸² *Ibid.*, pp. 463-464. Se trata igualmente de evitar que el lenguaje se vuelva oscuro e incomprensible, alejado de la vida, e incluso, alejado de conocimientos literarios. Como decía Lacretelle, hablando sobre los abogados (como agentes del derecho), hay que reconocer que “la mayoría de nuestros abogados han ayudado a justificar este desdén” por el lenguaje jurídico. “Extraños al conocimiento literario, convirtieron el lenguaje del palacio de justicia en una jerga que revolvía el gusto, y a veces en un arte de la argucia, lo que era un peligro para la equidad y un ultraje para la moral”. Cfr. LACRETELLE, P. L., *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁸³ *Ibid.*, pp. 465-466.

nociones de la vida corriente, nociones de orden moral, político o económico, y nociones propiamente jurídicas ¹⁰⁸⁴.

Nos advierte Gény, que muchas de estas nociones que se emplean para formar la regla de derecho siguen siendo imprecisas. Por ejemplo, las palabras que se emplean en el lenguaje jurídico y que están mal “fijadas”, es decir, mal precisadas como las palabras “derecho”, “acción”, “excepción”, “persona”, “cosa”, “bien”, “patrimonio”, “sujeto”, “objeto”, “causa”, “contrato”, “delito”, etc., por el hecho también de encontrar gran parte de su significado tomado prestado del lenguaje vulgar. Incluso la palabra “servidumbre” es equívoca en su aplicación jurídica porque reenvía a dos realidades distintas, por un lado, la servidumbre que grava un inmueble en favor de otro (servidumbre por hecho del hombre) o la que nace de “limitaciones normales o naturales entre inmuebles debido a su coexistencia o vecindad” (la servidumbre natural y legal) ¹⁰⁸⁵. Igualmente, algunas palabras (y por consecuente nociones) provenientes de la moral, la economía (como la palabra “administración”) o la política, pueden tener un empleo desafortunado, principalmente debido a su imprecisión o indeterminación ¹⁰⁸⁶.

Así, entiende Gény que el progreso de la técnica jurídica radica en precisar y concretar el significado propiamente jurídico de esos términos ¹⁰⁸⁷. Como resume Atias, el saber del derecho “es sedimentario” y en la búsqueda de lo justo siempre habrá que indagar entre “los múltiples significados que el derecho guarda bajo cada palabra” ¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, pp. 466-468.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 485. No debemos olvidar que para Gény, las palabras, los términos, las expresiones, las fórmulas son el medio que se emplea para expresar las nociones y conceptos. Como medios contienen en ellos esas nociones y conceptos. *Ibid.*, pp. 465-466.

¹⁰⁸⁶ Véase cómo Gény considera nocivo la introducción de consideraciones económicas para la interpretación del término “administración” en las instituciones del internamiento o de la tutela entre otras. *Ibid.*, pp. 469-476.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, p. 485. La técnica legislativa, que no es otra que la técnica de las leyes, tiene el centro de sus problemas en el “estilo legislativo” (fraseología) y en la terminología adoptada. “*Mais c'est surtout la considération de ce qu'on peut appeler le style législatif (ou phraséologie) et de la terminologie à adopter pour la rédaction des textes légaux qui fait apercevoir les points les plus précis du problème de la technique des loi*”. GÉNY, F., “La technique législative...”, *op. cit.*, p. 999. Si es trabajada para que esa terminología quede “fijada” y precisada se estará contribuyendo al desarrollo de esa técnica legislativa. *Ibid.*, p. 1037.

¹⁰⁸⁸ Cfr. ATIAS, C., *op. cit.*, p. 86.

CAPÍTULO IV

CIENCIA Y TÉCNICA DEL DERECHO: ELABORACIÓN INTEGRAL DEL DERECHO

1. Conflicto entre elementos científicos y elementos técnicos del derecho

Con lo visto hasta ahora, deducimos que la ciencia del derecho y la técnica del derecho son dos realidades distintas dentro del derecho (la primera pretende el *conocimiento* la otra la *acción*, la primera es superior y rige a la segunda, etc.) que van ambas destinadas a la elaboración del derecho positivo. Si se quiere encontrar el punto de unión y evitar así el conflicto entre ellas es necesario no llevarlas al extremo y tratar de conciliarlas. De esa conciliación, nacerá un derecho “integral”¹⁰⁸⁹. En caso de presentarse un conflicto entre ambas, siempre deberá prevalecer la ciencia sobre la técnica¹⁰⁹⁰.

Los elementos científicos (lo “dado”) deben prevalecer sobre los elementos técnicos (lo “construido”) ya que estos no son más que el medio para aplicar aquellos a la vida. Los elementos técnicos van a actuar como mediadores entre los “preceptos esquemáticos” obtenidos de la ciencia jurídica y la “vida concreta de la humanidad”. Los elementos técnicos quedan necesariamente subordinados a los elementos científicos¹⁰⁹¹. Los procedimientos técnicos (ya sean plásticos o intelectuales) deben servir a lo “dado”. Si se desarrollan hasta tal punto de extralimitarse y “contrariar” los principios, el juriconsulto debe optar por una consideración directa de los principios. Lo mismo cabe decir respecto de los procedimientos intelectuales de la técnica¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁹ La ciencia como la técnica se integran mutuamente en el sistema de derecho que Gény propone. En este sentido, Miguel Reale, atribuye al pensamiento de Gény la búsqueda de una plenitud ajena a todo reduccionismo, que sepa conciliar “realidad y concepto” en un todo integrado e integral. Véase REALE, MIGUEL, “Gény na cultura jurídica brasileira”, *op. cit.*, p. 361. De ahí el título del presente capítulo.

¹⁰⁹⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁹¹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 193. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 60.

¹⁰⁹² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 62-65.

Incluso en cuanto a las fuentes formales como procedimientos técnicos del derecho, ya sabemos que la ley positiva, no es más que un artificio técnico, y por ello puede chocar frontalmente contra “principios de justicia”, es decir, contra la base irreductible del derecho natural (compuesto por lo “dado” racional e ideal)¹⁰⁹³.

No obstante, para Legaz y Lacambra, Gény acentúa demasiado la distinción entre ciencia, que equipara a la filosofía del derecho, y técnica, que equipara al lado artificial del derecho¹⁰⁹⁴. Según Hernández Gil esta distinción entre ciencia y técnica, más allá de su valía, ha permitido, cuanto menos, romper con esa idea que subordina todo el derecho a la ley¹⁰⁹⁵. Queda pendiente resolver ese conflicto entre el derecho natural y la ley positiva.

2. Conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo

2.1. Bases del problema

Para Gény es necesario investigar cómo atenuar o detener, en la práctica, “el poder brutal de las leyes escritas” cuando contravienen el derecho natural o el “dado” de la vida social¹⁰⁹⁶. Ese choque o conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo, según Gény, se encuentra en la base de toda investigación del derecho y preside toda regla jurídica¹⁰⁹⁷.

El derecho natural es, para Gény, un tipo de justicia superior al derecho positivo¹⁰⁹⁸. El derecho natural es el “fundamento indispensable del derecho positivo”, incluso

¹⁰⁹³ *Ibid.*, pp. 67-68.

¹⁰⁹⁴ Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 79.

¹⁰⁹⁵ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, A., *op. cit.*, p. 173.

¹⁰⁹⁶ “es necesario investigar cómo se puede atenuar en la práctica el poder brutal de las leyes escritas, deteniendo su acción o impidiendo sus efectos cada vez que intentaran ultrajar la justicia, desatender el dado objetivo de la vida social, hacer caso omiso de los mandatos o prohibiciones del derecho natural” (“*il y a lieu de rechercher, comment on tempèrera pratiquement le pouvoir brutal des lois écrites, en arrêtant leur action ou empêchant leurs effets, toutes les fois qu'elles tenteraient d'outrager la justice, de faire fi du donné objectif de la vie sociale, de passer outre aux injonctions ou prohibitions du droit naturel*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 87.

¹⁰⁹⁷ Cfr. GÉNY, F., “Le conflit du droit naturel et de la loi positive”, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, vol. XLIX, 1930. (traducción BERNUZ BENEITEZ, M. J., *La libertad en el derecho...*, *op. cit.*, p. 27).

¹⁰⁹⁸ La noción de derecho natural, “cuya existencia estoy defendiendo aquí y que se reduce simplemente a la de un tipo superior de justicia, que debe presidir la elaboración de todo derecho positivo” (“*dont je*

es el fundamento del Estado ¹⁰⁹⁹, ya que hacer depender todo el derecho exclusivamente del Estado es construir un castillo de naipes que se puede derrumbar en cualquier momento ¹¹⁰⁰.

La ley positiva, sea cual sea su “fuente efectiva” (monarquía, aristocracia o democracia), posee una “supremacía primordial” debido a que da cumplimiento a la necesidad de mantener un orden social dentro de la sociedad ¹¹⁰¹ y esa idea de orden dentro de la sociedad se presenta como un “ideal superior” el cual proviene del derecho natural ¹¹⁰². Concretamente, se observa en los “dados” (principalmente en el “dado” racional) la necesidad de un orden social al que la ley positiva sabe dar satisfacción (según lo confirmaría el “dado” histórico) ¹¹⁰³ la mayoría de las veces ¹¹⁰⁴. La ley

défends ici l'existence et qui se ramène simplement à celle d'un type supérieur de justice, qui doit présider à toute élaboration de droit positif). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 241.

¹⁰⁹⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 317. Gény deja claro que el fundamento del derecho no es el Estado sino un “ideal de justicia considerado como obligatorio”. Esta idea de “lo justo” obligatorio en Gény proviene del derecho natural. Esa denominación tradicional de derecho natural, nos dice Gény, que puede ser entendida como derecho racional o derecho objetivo, y en todo caso, se obtiene de la naturaleza de las cosas. Sea cual sea la denominación dada a ese derecho “preexistente” al Estado, Gény aclara que debe responder a una “realidad moral, reconocida como tal, por la conciencia”. Cfr. GÉNY, F., “La notion de droit en France. Son état présent. Son avenir. Essai de ralliement autour d'un programme homogène d'études de philosophie du droit”, *Archives de philosophie du droit*, número 1-2, 1931, pp. 18-19.

¹¹⁰⁰ Gény nos advierte que el derecho positivo necesita un fundamento superior a sí mismo “ya que al reducir el derecho a sus propios medios, [es decir, al derecho positivo], lo fundamentamos sólo en la fuerza y desconocemos fatalmente las ideas morales, cuya integridad pretende salvar” y con ello “lo hacemos depender [el derecho positivo] exclusivamente de un Estado espantosamente omnipotente y desprovisto de todo fundamento objetivo, es edificar una pirámide sin base, que, un buen día, puede derrumbarse repentinamente y dejando, bajo su caída, sólo ruinas” (“*qu'en réduisant le droit à ses propres moyens, on ne lui donne pour fondement que la force et l'on méconnaît fatalement ces idées morales, dont il prétend sauver l'intégrité*” “*Le faire dépendre exclusivement d'un État effrayant par son omnipotence et dépourvu de tout fondement objectif, c'est édifier une pyramide sans base, qui, un beau jour, peut brusquement s'effondrer et ne laisser, sous sa chute, que des ruines*”). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 253-254.

¹¹⁰¹ *Ibid.*, p. 76.

¹¹⁰² En cuanto al choque entre ley positiva y derecho natural: “la supremacía normal de la ley escrita se basa en realidad en una idea superior, que, dominando tanto la ciencia como la técnica, puede reconciliarlas fácilmente, o, al menos, suavizar los choques resultantes de su contacto. - Y, lo que finalmente resultará de esta combinación, es que tendremos dos capas superpuestas de leyes positivas: unas, establecidas según el procedimiento más sencillo de la legislación, siendo ordinarias y de valor normal; las otras, rodeadas, en su elaboración, por formas más solemnes, y por lo tanto algo excepcionales, pero dotadas, por otra parte, de una energía más robusta” (“*la suprématie normale de la loi écrite est réellement fondée sur une idée supérieure, qui, dominant à la fois la science et la technique, peut aisément les concilier, ou, du moins, adoucir les chocs provenant de leur contact. — Et, ce qui résultera finalement de la combinaison, c'est que nous aurons comme deux couches superposées de lois positives : les unes, établies suivant la procédure la plus simple de la législation, par suite ordinaires et de valeur normale; les autres, entourées, dans leur confection, de formes plus solennelles, des lors, quelque peu exceptionnelles, mais douées, en revanche, d'une énergie plus robuste*”). *Ibid.*, p. 82.

¹¹⁰³ *Ibid.*, pp. 76-77.

positiva no es más que un medio para conseguir un fin ¹¹⁰⁵, un procedimiento técnico sujeto a error ¹¹⁰⁶ con resultados “artificiales” y “discutibles” de “voluntades más o menos arbitrarias” ¹¹⁰⁷. La ley proviene de un Estado que no se legitima por una “predestinación divina” ni por un “espíritu del pueblo”, sino por ser un ente legislador (función principal del Estado) que refleja una cierta fuerza de la “opinión pública” y que trata de fijar “aspectos de derecho” que están mal o insuficientes “establecidos” o considerados y que necesitan del apoyo de la fuerza pública ¹¹⁰⁸.

Sin embargo, según Géný, la soberanía de la ley reside, no en el Estado o en la opinión pública, sino en la justicia, la cual emana de Dios. La justicia será encontrada en la naturaleza o en las revelaciones de Dios. La ley positiva, sin embargo, no es más que opinión pública, lo que es lo mismo, opinión de los hombres ¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 78.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 71.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 66-67.

¹¹⁰⁷ “Si nos atenemos simplemente a la jerarquía de valores, establecida por sus respectivos orígenes, nos inclinaremos, una vez más, a afirmar que las reglas, derivadas de lo “dado”, que, por su propia esencia, están por delante del sentido íntimo como ineludibles, deben prevalecer sobre los resultados, artificiales y discutibles, de voluntades más o menos arbitrarias. En caso de un conflicto absoluto, el derecho natural seguiría siendo, contra todo pronóstico, superior a la ley escrita” (“*Si nous nous en tenons simplement à la hiérarchie des valeurs, qu'établit entre elles leur origine respective, nous serons portés, ici encore, à affirmer, que les règles, issues du « donné », qui, par leur essence, se dressent devant le sens intime comme inéluctables, doivent l'emporter sur les résultats, artificiels et discutables, de volontés plus ou moins arbitraires. Dans l'hypothèse d'un conflit absolu, le droit naturel demeurerait, envers et contre tout, supérieur à la loi écrite*”). *Ibid.*, p. 74.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 76.

¹¹⁰⁹ “En realidad, además, la soberanía no reside en la opinión de los hombres. Sólo pertenece a Dios, o, si lo deseamos, a la justicia que emana de Él, y ante la cual todos debemos inclinarnos. Y la justicia no puede derivarse de ningún veredicto humano, sea cual sea. Se puede decir que [la justicia] existe en la naturaleza, ampliamente entendida, a menos que Dios mismo nos la revele más directamente” (“*En réalité, d'ailleurs, la souveraineté ne réside pas dans l'opinion des hommes. Elle n'appartient qu'à Dieu, ou, si l'on veut, à la justice qui émane de Lui, et devant laquelle nous devons tous nous incliner. Et la justice ne peut ressortir d'un verdict humain, quel qu'il soit. On peut dire qu'elle existe dans la nature largement entendue, à moins que Dieu lui-même ne nous la révèle plus directement*”). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 85. Géný remite a Dios, como instancia donde encontrar los fines a los que va encaminada la humanidad. Géný dirá que “Toda la misión de la jurisprudencia, en el orden positivo, consiste en identificar y aplicar a las relaciones generadas por el estado de sociedad, bajo la sanción coercitiva que asegura la fuerza del poder social, reglas que satisfaciendo nuestro sentido íntimo de justicia, sean de tal naturaleza que mantenga entre todos los intereses, con la seguridad esencial, la armonía deseable de conformidad con el fin asignado por Dios a la humanidad” (“*Toute la mission de la jurisprudence, dans l'ordre positif, consiste à dégager et à appliquer aux relations, qu'engendre l'état de société, sous la sanction coercitive qu'assure la force du pouvoir social, des règles, qui soient de nature, en satisfaisant notre intime sentiment de justice, à maintenir entre tous les intérêts, avec la sécurité essentielle, l'harmonie désirable, conformément à la fin assignée par Dieu à l'humanité*”). GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 5. Es más, Géný reenvía expresamente a su estudio específico de la noción de derecho positivo en GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 42-52. Por lo que no cabe duda que los fines de la humanidad que informarán el derecho positivo se encuentran en una instancia superior, eterna e inmutable, que es Dios. Otra cosa distinta, en nuestra

Será necesario, defiende Gény, una justicia progresiva capaz de “afinar” la legislación frente al desorden y a la perturbación que el surgimiento de ideas democráticas o sociales puede aportar a la justicia porque la momentaneidad o instantaneidad propia de las legislaciones nacidas del fulgor, “desordenado y violento” de las emociones conformadas en las masas democráticas en defensa de una contextura social, hacen peligrar “las bases firmes de una justicia sabiamente progresiva”¹¹¹⁰. Así, dice Gény, el legislador es fácilmente “arrastrado” hacia cualquier ideología utopista¹¹¹¹. Vemos también que Gény reconoce el riesgo de que una mayoría aplaste a una minoría¹¹¹².

Así, Gény condena toda ley que sea contraria a la justicia¹¹¹³ y entre en “conflicto absoluto” con el derecho natural¹¹¹⁴.

Ya hemos visto que por “razones de orden general y de seguridad social, la ley debe ser presumida por todos, como reveladora del derecho superior a ella”, aunque, en nuestro estado de civilización su función se limite a expresar la voluntad legislativa. Otra cuestión que se plantea Gény, más inquietante, consiste en saber si la presunción

opinión, es la noción de un posible “dado” ideal basado en una revelación particular y que encuentra igualmente expresión en una dogmática religiosa particular. Por lo que entendemos que la noción de Dios es una remisión a las ideas metafísicas que se encuentran en la naturaleza del hombre y no en una idea religiosa particular, como ya hemos comentado más arriba.

¹¹¹⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 72-73.

¹¹¹¹ *Ibid.*, p. 73.

¹¹¹² Concretamente Gény pone como ejemplo la “utopía libertaria” que hace peligrar la institución de la familia en pos de la reivindicación de una liberación de los “apetitos insaciables” que conformarían un pretendido “derecho a la felicidad” o el ejemplo de una utopía, conformada por la “quimera socialista” que llevaría a aniquilar la propiedad privada e individual como derecho natural al hombre. *Ibid.*, p. 73. Es importante destacar que para Gény podríamos interpretar el derecho positivo según el “ambiente general” que determina y precisa toda voluntad jurídica. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 389. Ahora bien, lo que no es viable es que ese “ambiente general” sea contrario al derecho natural.

¹¹¹³ “La noción de lo justo e injusto, así evocada, condena por lo tanto la ley contraria a la justicia, tal como surge de la conciencia general. Es ya un principio objetivo, que nos acerca a la concepción fundamental del derecho natural” (“*La notion du juste et de l'injuste, ainsi évoquée, condamne donc la loi contraire à la justice, telle qu'elle se dégage de la conscience générale. C'est déjà un principe objectif, qui nous rapproche de la conception fondamentale du droit naturel*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 234.

¹¹¹⁴ El simple hecho de que el derecho natural tenga su origen en lo “dado” lo sitúa por encima de la ley positiva que no puede contradecirlo. *Ibid.*, p. 74. Gény recuerda que el derecho natural también posee su técnica, y como tal, se plasmará en fórmulas más solemnes que formarán una “ley positiva” superpuesta a las leyes positivas ordinarias. Es lo que se pretende con las constituciones “rígidas”. *Ibid.*, p. 82.

puede ser quebrada por “la pretensión de derechos individuales desconocidos” y cómo se debería proceder sin peligro ¹¹¹⁵.

Para contestar a esta pregunta, debemos abordar la problemática constitucional. Nos dice Géný que si queremos que nuestras “constituciones rígidas” sean realmente tales es necesario encontrar un elemento “superior” a las propias leyes constitucionales que de algún modo las extraiga del poder arbitrario del legislador, es decir, controlar las leyes constitucionales no desde ellas mismas sino desde el derecho natural ¹¹¹⁶. Por ello, la Constitución, como nos indica Géný, permitiría medir la concordancia de determinadas leyes escritas con leyes superiores ¹¹¹⁷. Por último, es importante resaltar la independencia de los tribunales en el conocimiento y la aplicación del derecho ¹¹¹⁸.

De ello podemos deducir fácilmente, como lo hace Villey, que para Géný existe un derecho incluso allá donde no exista “una posición expresa” adoptada por el Estado y ese derecho superior (el derecho natural) da preferencia a la naturaleza sobre la

¹¹¹⁵ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 70. Véase CONSTANT, BENJAMIN, *Cours de politique constitutionnelle*, Tomo I, Guillaumin, 2a ed., Paris, 1872, pp. 351-356.

¹¹¹⁶ Géný constata un escaso valor técnico (ambigüedades e inconsistencias) de las denominadas “constituciones rígidas” por lo que, si quieren cumplir su función de poder rectificar las leyes positivas, sólo queda acudir de nuevo al derecho natural. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 85. Existe el riesgo de que nuestra constitución rígida padezca los mismos defectos técnicos que padecen las leyes positivas. *Ibid.*, p. 86. Lo que dejaría pendiente el problema de determinar cómo se desarrolla ese derecho natural superior a la constitución. Según Peset Reig, Géný “hace marcha atrás” y cierra esa posibilidad cuando impide que el juez pueda apartarse de una ley escrita y seguir lo que le sugiere su conciencia incluso si esta está guiada por criterios objetivos. Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, pp. 578-579. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 99-100.

¹¹¹⁷ Por ejemplo, por vía de la “excepción de inconstitucionalidad”. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 91-102. Por vía de un posible recurso directo contra la ley contraria a la Constitución. Véase *Ibid.*, pp. 102-105. O por vía de un recurso por responsabilidad del Estado legislador. Véase *Ibid.*, pp. 105-112.

¹¹¹⁸ Si seguimos ahondando, Géný, analizando los diversos proyectos y la discusión legislativa relativa al *décret* de los días 16-24 août 1790, observa claramente la voluntad de restringir la “actuación” judicial y mantener así una supuesta estricta separación de poderes donde el poder legislativo se guarda el privilegio de “interpretar” la ley (gracias al *référé*) mientras que los tribunales sólo quedan para “aplicarla”. Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 78. Así, Montesquieu advierte que la función judicial queda completamente reducida a la reproducción palabra por palabra de la ley, obviando toda “ciencia” del derecho. Véase MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Libraire Stéréotype, Paris, 1824, lib. VI, cap. III y lib. XI y VI. Géný nos recuerda que pueden existir tribunales encargados de decidir el derecho *in abstracto* y *erga omnes* lo que equivaldría a ser un tribunal político (una “*Assemblée politique*” en palabras de Géný), es decir, una institución política “con apariencia de jurisdicción”, “con misión de interpretar el derecho objetivo” “para dominar eficazmente el poder legislativo” y por otro lado existen tribunales “estrictamente judiciales” (que podemos llamar no políticos), que juzgarían un caso concreto y “relativo a determinadas personas”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 102-103. Entendemos relevante que Géný haga esa distinción y nos indique que la jurisdicción se centra en casos *in concreto* y “respecto a determinadas personas” ya que es una forma de reconocer que en el ámbito jurisdiccional, es decir, allá donde se aplica el derecho adquieren toda su significación e importancia las realidades distintas a las fuentes formales (ley y constitución).

“ideología” fruto de ideas *a priori*, tales como el Contrato social Rousseauiano y el idealismo kantiano ¹¹¹⁹. Como recuerda Auberger, Gény en su testamento intelectual, insiste en el “recurso a la ley natural” y “la búsqueda de una espiritualidad más elevada” si se quiere “un derecho positivo más avanzado” y la mejor justicia ¹¹²⁰.

2.2. La fuerza en el derecho. La resistencia a la opresión. El derecho a la insurrección.

Ya sabemos que para Gény la fuerza no es fundadora del derecho ¹¹²¹. Pero Gény considera que la fuerza “debe integrarse en la justicia para asegurarle el carácter de derecho” ¹¹²². La fuerza se integra en el derecho por vía de ideas y se miden las ideas entre sí según su “valor intrínseco respectivo” ¹¹²³. Al reconocer la fuerza como parte del derecho se abre “un amplio campo a la acción” ¹¹²⁴. Primero el hombre debe concebir la idea y juzgarla con “su razón y su conciencia” ¹¹²⁵, con la “creencia íntima” que se desarrolla con “todas las fuerzas de la ciencia” ¹¹²⁶ y haciendo uso de su libertad, perseguir la realización de la idea “con los medios con que cuenta” ¹¹²⁷. Una vez concebida la idea y justificado su “valor intrínseco” se plantean dos formas de realización: una forma de realización colectiva y otra individual.

¹¹¹⁹ Cfr. VILLEY, M., “François Gény et la renaissance du droit naturel”, *op. cit.*, p. 45.

¹¹²⁰ Cfr. AUBERGER, M., “De Méthode... à Ultima Verba... et au-delà”, *op. cit.*, p. 231.

¹¹²¹ Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 23.

¹¹²² Cfr. GÉNY, F., *Ultima verba*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1951. (traducción BERNUZ BENEITEZ, M. J., *La libertad en el derecho...*, *op. cit.*, p. 92). Según Bobbio, el positivismo jurídico como teoría afirma que si se quiere elaborar una ciencia del derecho hay que considerar como derecho “aquel conjunto de reglas que en una sociedad determinada son efectivamente obedecidas o aplicadas” ya sea por consenso, ya sea por la fuerza. Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, *op. cit.*, pp. 67-68. Podemos clasificar a Gény como positivista en su concepción del derecho (según Bobbio entiende la noción de positivismo jurídico).

¹¹²³ Cfr. GÉNY, F., *Justice et force...*, *op. cit.*, p. 76. Para Aristóteles, las conductas cotidianas de la mayoría de los hombres en la *polis* vienen gobernadas por las pasiones; las pasiones no atienden a razones (se contraponen a los dictados de la razón) ni se dejan doblegar por ellas si no es a través de la fuerza. Así la combinación de razón y fuerza dará lugar a la ley. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 115.

¹¹²⁴ Cfr. GÉNY, F., *Justice et force...*, *op. cit.*, pp. 83-84.

¹¹²⁵ *Ibid.*

¹¹²⁶ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 329.

¹¹²⁷ Cfr. GÉNY, F., *Justice et force...*, *op. cit.*, pp. 83-84.

En su forma de realización colectiva se trata de defender ciertas ideas y afirmarlas “en las luchas políticas y sociales para asegurarles su consagración por el legislador”¹¹²⁸.

En su forma de realización individual, el hombre sostiene su idea frente a la “administración o el juez” y “si fuera necesario, él mismo asumiría su legítima defensa” si fuera atacado en su persona o en sus bienes¹¹²⁹.

Por lo tanto, entendemos que, en su forma de realización colectiva, el hombre se enfrenta al poder legislativo mientras que, en su forma más individual, el hombre se enfrenta al poder ejecutivo o judicial.

En todo caso, entendemos que lo importante reside en la posibilidad del uso contra cualquier poder (legislativo, ejecutivo, judicial) de una fuerza basada en unas ideas legítimas (fundadas en la razón y la conciencia). Esas ideas se integrarán en el derecho natural, en el derecho objetivo, o en el derecho subjetivo. En todo caso, el derecho subjetivo se presenta como derecho suficiente para ejercer la fuerza contra la ley escrita. En palabras de Gény, el hombre “debe conquistar, retener, acrecentar los derechos subjetivos que son patrimonio de su personalidad a través de una voluntad de poder, constantemente orientada hacia la justicia”¹¹³⁰.

No podemos dejar de ver un cierto vínculo entre el ejercicio de la fuerza, la resistencia a la opresión y el derecho a la insurrección. Gény los percibe como verdaderas instituciones jurídicas. Son portadores de una idea de crisis que puede tener diverso alcance incluso “prever una completa transformación de la constitución, o incluso un cambio de régimen gubernamental”. En principio, el ejercicio de esos derechos no puede ser castigado¹¹³¹.

¹¹²⁸ *Ibíd.*

¹¹²⁹ *Ibíd.*

¹¹³⁰ *Ibíd.*

¹¹³¹ “Esa resistencia siempre implica la idea de una crisis, de alcance más o menos amplio (las crisis forman parte del orden general del mundo). que genera en las conciencias, incertidumbres sobre el valor de la regla de derecho cuestionada. Sin necesidad de prever una completa alteración de la Constitución, o incluso un cambio de régimen gubernamental, la crisis en cuestión se resolverá un día u otro, y su solución podrá conducir al triunfo del derecho superior que se oponía al derecho positivo establecido. En tal caso, aunque el cambio efectivo del derecho sólo puede lograrse definitivamente mediante la promulgación de una nueva ley, es posible, si se admite la legitimidad del cambio, considerar como lícitos los actos de resistencia a la ley que hubieran precedido a dicho cambio; e incluso, en ausencia de una mutación formal del derecho positivo, será posible, sobre la base de una facultad de crítica prudentemente

Este fenómeno de oposición/modificación de la ley positiva es, según Peset Reig, el más radical (a diferencia de la excepción de inconstitucionalidad, responsabilidad del Estado legislador, etc.) ya que se sale del derecho positivo (entendemos el derecho positivo instituido por las fuentes formales)¹¹³². Frente a una carencia de soluciones positivas previas para orientarnos, Géný resuelve acudir a la razón que puede apoyarse sobre “teorías jurídicas previamente admitidas”¹¹³³. Según Peset Reig, Géný lo tratará como lo hizo el iusnaturalismo clásico¹¹³⁴.

Primero tenemos que poner de relieve el papel relevante que desempeñan los derechos individuales. En primer lugar, como ostentadores de un contenido material. En un segundo lugar como medio de ejercicio de ese mismo contenido material.

En cuanto al contenido material de los derechos individuales, no cabe duda de que estos “abarcan todas las partes esenciales de la justicia”¹¹³⁵. Los derechos individuales, según el derecho público moderno, son una “traducción de los principios esenciales para el libre desarrollo de la personalidad humana” (libertad de consciencia, de culto y la libertad religiosa) y limitan la soberanía del Estado¹¹³⁶. Su contenido no

reconocida, absolver, por falta de intención culpable, ciertos actos contrarios a las prohibiciones formales de la ley. Por lo tanto, no es ni absurdo ni superfluo hablar de un derecho a la insurrección, o considerar la resistencia a la opresión como una verdadera institución jurídica” (*“Pareille résistance implique toujours l'idée d'une crise, de portée plus ou moins large (les crises font partie de l'ordre général du monde), où règne, dans les consciences, quelque incertitude sur la valeur de la règle de droit contestée. Sans qu'il soit besoin de prévoir un bouleversement complet de la Constitution, ni même un changement de régime gouvernemental, la crise, dont il s'agit, se résoudra un jour ou l'autre, et sa solution pourra aboutir au triomphe du droit supérieur qu'on opposait au droit positivement établi. En pareil cas, bien que le changement effectif du droit ne soit définitivement réalisé que par la promulgation d'une loi nouvelle, on peut, si on en admet la légitimité, tenir pour licites les faits de résistance à la loi qui auraient devancé ce changement ; et même, à défaut d'une mutation formelle du droit positif, on pourra, sur le fondement d'une faculté de critique prudemment reconnue, absoudre, faute d'intention coupable, certains agissements contraires aux prohibitions formelles de la loi. Il n'est donc, ni absurde, ni superflu, de parler d'un droit à l'insurrection, ou d'envisager la résistance à l'oppression comme une véritable institution juridique”*). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 115-116.

¹¹³² Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 581.

¹¹³³ “Por lo tanto, dado que se trata de un problema que está claramente fuera del alcance de las soluciones positivas, debemos resignarnos a resolverlo sólo con el esfuerzo de consideraciones racionales. Pero incluso entonces, estas consideraciones podrían basarse provechosamente en alguna teoría jurídica, previamente aceptada” (*“Il faut donc, s'agissant d'un problème manifestement en dehors des solutions positivement acquises, nous résigner à le résoudre par l'effort des seules considérations rationnelles. Encore, celles-ci pourraient-elles s'appuyer, avec profit, sur quelque théorie juridique, préalablement admise”*). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 117.

¹¹³⁴ Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 581.

¹¹³⁵ Cfr. GÉNY, F., “Le conflit du droit naturel et de la loi positive”, *op. cit.*, pp. 30 y 43.

¹¹³⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 62.

“evoca un ideal subjetivo” sino que “el ideal se impone” de manera objetiva “y no debe prestarse a las diversas interpretaciones de cada uno”¹¹³⁷.

En cuanto al fundamento de su ejercicio, el derecho natural reconoce poderes a los individuos frente al Estado¹¹³⁸. Los derechos individuales tienen una base en el derecho natural tan sólida que “permiten justificar una reacción contra el Poder que tiene que protegerlos”¹¹³⁹. Todo Estado, en “cierto grado de civilización”, debe consagrar el derecho natural y garantizar el ejercicio de los derechos individuales¹¹⁴⁰. Mas concretamente, la ley “tiene como razón de ser fundamental la consagración y el mantenimiento de los derechos individuales del hombre”¹¹⁴¹.

Por lo tanto, si el Estado (incluida su ley) por “diversas influencias” falta a su deber y hiere “violentamente las libertades individuales” o desconoce “los preceptos elementales de la justicia” justifica una reacción del individuo “que, consciente de su derecho, lo reclama, lo defiende, lo mantiene” frente al Estado¹¹⁴².

Según Gény, frente al Estado, podemos ejercer esa reacción que pasa a denominarse como “resistencia a la opresión”. Esa “resistencia a la opresión” tendrá como única finalidad salvaguarda los derechos individuales ante la inactividad o

¹¹³⁷ Cfr. GÉNY, F., “Le conflit du droit naturel et de la loi positive”, *op. cit.*, p. 30.

¹¹³⁸ *Ibid.* Dada la importancia del individuo como ostentador de derechos naturales y reconociendo que la autoridad puede llegar a no traducir todos los imperativos del derecho natural, traemos aquí un pensamiento de Basch (autor citado por Gény como perteneciente a la corriente del individualismo anárquico. Corriente inviable para construir un sistema de derecho por ser demasiado extrema) que, a nuestro juicio, encajan con los desarrollos de Gény y muestran los posibles peligros del Estado que ve el hombre “sólo como ciudadano, como obrero, como hombre en general” limitado en sus derechos que, sin embargo, “asume deberes con todo su ser”. Cfr. BASCH, VICTOR, *L'individualisme anarchiste Max Stirner*, Oxford University, Félix Alcan, Paris, 1904, p. 77.

¹¹³⁹ Es más, para Gény, esa reacción que se concreta en una resistencia a la opresión “sólo es admisible para el mantenimiento de los derechos individuales del hombre”. Cfr. GÉNY, F., “Le conflit du droit naturel et de la loi positive”, *op. cit.*, p. 43.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 30.

¹¹⁴¹ *Ibid.*, p. 43.

¹¹⁴² *Ibid.*, pp. 30 y 43. Como explica Welzel, una vez fijado el marco institucional mínimo, el derecho entrará en conflicto con la conciencia del individuo. No obstante, si las instituciones se mantienen dentro de unos “rasgos fundamentales”, los individuos podrán hacer valer sus convicciones personales dentro de la institución. Aunque el derecho deba establecer un orden supraindividual y que, como tal, dicho orden no pueda dejarse a la “aprobación en conciencia del individuo”, sí que, a la hora de aplicar dicho orden, puedan adaptarse las consecuencias jurídicas a las decisiones adoptadas en conciencia por individuos que siguen, sinceramente, criterios distintos al poder. Cfr. WELZEL, HANS, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material*, traducción de Felipe González Vicen, B de F, Argentina, 2011, p. 343. Se trata siempre de no reducir el derecho al poder. Lo interesante con Gény es que quita la dimensión de poder a la noción de ley positiva ya que la reduce a mera técnica del Estado.

conculcación del Estado y deberá ser ejercida por el o los individuos afectados, ya que son aquellos que sufren la merma o pérdida de sus derechos individuales ¹¹⁴³.

Igualmente, podemos distinguir la “resistencia a la opresión” en función de su impacto en el orden público. Gény comenta que la resistencia tanto pasiva (no actuar) como defensiva (oponerse a la ley) está legitimada si no supone una perturbación violenta para el orden general, es decir, si se desenvuelven en el ámbito de la “justicia privada” ¹¹⁴⁴. La resistencia agresiva (que daría nacimiento a un derecho a la insurrección o a una revolución), es decir, directamente dirigida contra la ley, desde la esfera pública sólo es legítima si la injusticia que combate es intolerable e insoportable, está apoyada por la opinión pública y posee fuerzas suficientes para triunfar ¹¹⁴⁵.

Vemos, por un lado, la dimensión social de la “resistencia a la opresión”. Es decir, una vulneración grave de derechos individuales contra la que se eleva una opinión pública organizada y que puede dar lugar a una insurrección o una revolución. Por otro lado, vemos una dimensión más individual de la “resistencia a la opresión” que consiste en la oposición de un individuo (o de un grupo limitado) el individuo que sufre una imposibilidad política o social arbitraria, y que conecta con la idea de derecho subjetivo.

En todo caso, debe producirse siempre un mínimo de “consenso” popular alrededor de esa primera reacción “espontánea” y se debe reservar la vía de la resistencia (tanto pasiva como activa) para casos de injusticias graves e irreparables cuando no exista otro modo de “impedir el mal” o repararlo y así evitar en la medida de lo posible la revuelta social ¹¹⁴⁶.

¹¹⁴³ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 120-125. Cfr. GÉNY, F., “Le conflit du droit naturel et de la loi positive”, *op. cit.*, p. 43. Peset Reig nos recuerda que las condiciones que establece Gény a ese derecho de resistencia “son ya clásicas, pero Gény las vuelve a moldear sobre ideas de la revolución francesa y de la democracia parlamentaria francesa de su tiempo”. Cfr. PESET REIG, M., *op. cit.*, p. 584.

¹¹⁴⁴ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 124.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 125. Cfr. GÉNY, F., “Le conflit du droit naturel et de la loi positive”, *op. cit.*, p. 44. Nos dice Gény que, al menos en los casos más recientes, cuando ha habido vulneración de derechos individuales se ha producido una revuelta general que “se asocia” con las “rebeliones individuales”. *Ibid.*, p. 40.

¹¹⁴⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 120-125. Según las clasificaciones de Bobbio, podemos clasificar a Gény como iusnaturalista moderado (por adherirse a la teoría de la desobediencia condicionada o de la obediencia pasiva que sostiene el derecho a la desobediencia o a la resistencia frente al derecho positivo sólo en caso graves y extremos de injusticias contenidas en las leyes positivas). Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 86.

Podemos preguntarnos a modo de reflexión final por la verdadera naturaleza de los derechos individuales y su papel dentro de la elaboración científica y técnica del derecho. En realidad, si los derechos individuales se conciben con una base tan sólida en el derecho natural que pueden no solo replantear todo el orden positivo, incluso la ley estatal, sino oponerse a ella y derrocarla, entonces, los derechos individuales se sitúan en lo más alto del sistema de derecho, con un potencial y unos efectos superiores a todos los demás derechos (al resto de los derechos naturales, al derecho ideal, al derecho objetivo, y al derecho positivo).

Mostraremos en el siguiente apartado la valía de los derechos subjetivos y cómo estos son la expresión positiva de los derechos individuales. Primero porque los derechos subjetivos derivan tanto del derecho natural (concretamente de los derechos individuales) como del derecho objetivo, y poseen un grado mayor de técnica y concreción.

3. El derecho subjetivo

3.1. El derecho subjetivo como concepto técnico

No hemos incluido el derecho subjetivo dentro del concepto de derecho porque el derecho subjetivo no tiene una entidad propia, a diferencia del derecho natural (basado en los “datos”), del derecho ideal (basado en ideales), del derecho objetivo (basado en las instituciones sociales y en los principios un reglamento universal de conducta exterior) y del derecho positivo (basado en la técnica y en los detalles de la vida jurídica). El derecho subjetivo se presenta, como veremos, derivado del derecho objetivo y también del derecho natural, concretamente, de los derechos individuales.

Gény afirma, ni más ni menos, que “los principios generales, que están en la base de nuestra organización jurídica positiva” se presentan “como la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo” y “la persona humana como sujeto necesario de estos derechos”¹¹⁴⁷. La persona¹¹⁴⁸ como base de todo derecho subjetivo no implica,

¹¹⁴⁷“(…) los principios generales, que están en la base de nuestra organización jurídica positiva, como la distinción entre derechos objetivos y derechos subjetivos, la persona humana como sujeto necesario de los

mismos (...)” (“(...) *les principes généraux, qui sont à la base de notre organisation juridique positive, tels que la distinction du droit objectif et des droits subjectifs, la personne humaine érigée en sujet nécessaire de ceux-ci (...)*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 196. Como explica Del Vecchio, el único principio que rige el mundo ético, es el “carácter absoluto de la persona”. La persona se encuentra a sí misma fuera de la naturaleza física. Su yo, es la síntesis ideal (por vía de ideas) de “la realidad en el que converge”. Esta es la verdadera naturaleza de la persona, su naturaleza trascendental. Así, la persona se convierte en un “ser autónomo, con cualidad de principio y fin”. Las acciones humanas no son ya un nexo empírico sino un nexo trascendental con respecto al ser absoluto (el ser nouménico) del sujeto. Es en esa dimensión trascendental (y ética) de la naturaleza humana donde se fundamenta el derecho. Cfr. DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 524-531.

¹¹⁴⁸ La palabra “persona”, en el ámbito jurídico, es el sujeto de derechos subjetivos y deberes jurídicos. En el ámbito de la filosofía, dicha idea hace referencia a la “esencia del ser humano”, “del individuo humano”. Esa esencia participa del reino de los valores éticos y permite definir al hombre como un ser con “dignidad”. En el ámbito de la psicología, la persona se considera como la combinación íntima, en cada individuo, del conjunto de factores que determinan o condicionan al sujeto (factores biológicos, psíquicos, sociales, culturales, etc.). Desde una perspectiva histórica, la filosofía antigua y la medieval veían en el concepto de persona al “ser racional”, una “substancia racional”, o “individuo de naturaleza racional” e incluso en la filosofía moderna se consideraba al individuo como “ser racional reflexivo”. La persona se encuadra dentro de la Ontológica clásica como un ente más, pero que se diferencia de los demás por poseer la razón. No obstante, con la modernidad (con Kant y luego Fichte) la persona se define y diferencia de los demás seres por pertenecer al mundo moral. El ser entonces pasa a vincularse con la idea de Ética. No se caracteriza por poseer un “especial modo de ser” (por ejemplo, la racionalidad) sino porque en él reside la ley moral y el libre albedrío. Se constituye, así como un fin en sí mismo, distinto de las demás cosas del mundo, que opera en el mundo guiado por un ley propia y única al hombre: la ley moral (aunque quede sujeto a las leyes de la naturaleza física). De esa ley moral del hombre, nace la libertad y la dignidad humana. El hombre pasa de ser un individuo sujeto a un deber ser universal abstracto (para Kant) a ser (para Fichte y para Scheler) un individuo concreto con “una concreta estructura de valor”. El individuo perseguirá los valores, entendidos como “buenos en sí mismos” que él considere más conforme a su singular configuración psicológica, así como aquellos valores generales mínimos de los que “se deriven universalmente deberes para todos los hombres”. (Hay que dejar claro que esos valores generales no incluyen todos los valores que permiten la realización del pleno valor moral de la persona)”. Cfr. RECASENS SICHES, L., *Tratado general del Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 241, 245-249. Hablando ahora sobre la posibilidad de justificación de la dignidad como condición inherente a la naturaleza humana y que tiene, dicha dignidad, por contenido la segunda y la tercera formulación del imperativo categórico kantiano (el del hombre como fin en sí mismo, y el de autonomía para autolegislarse), se plantea hasta qué punto hombres en los que no se cumpla el tercer imperativo porque por ejemplo sufren deficiencias mentales, puedan aun así ser objetos de dignidad (ya que sí que se cumple la segunda formulación, pero se argumenta que los animales cumplen también la segunda formulación, pero no la tercera, por lo que podría entonces deducirse que estos hombres tienen dignidad en el sentido en que la tienen los animales, porque estos últimos, por sentir dolor y tener “deseos-instintos” son fines en sí mismos) y para ello se quiso argumentar que la tercera formulación es un principio de razón presente en todos los hombres (así se solventaría el problema) aunque algunos no lo realicen, pero se contraargumenta que: “Aquello que desde sus bases se deshace totalmente de lo empírico, difícilmente puede exigir eficacia en el mundo empírico”. Cfr. SEELMANN, KURT, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 36. El problema radica en si debe reconocerse toda orientación, todo tipo de auto-representación o toda voluntad formada sobre una concreta imagen del hombre con el que el individuo se identifica y si esta es merecedora de protección; parece ser que en nuestro días la *dignidad* también se entiende en el sentido de reconocer la “identidad” personal (y sus posibles cambios); El derecho protege entonces al *hombre* como sujeto responsable debido a que es poseedor de *dignidad*, por lo que cualquier ataque “exteriorizado” que vulnere el ejercicio de la libre voluntad del *hombre* está vulnerando indebidamente su competencia de orientación o elección de la conducta; Ahora bien, los delitos o conductas reprochables debido al comportamiento o al sentimiento (delito de odio, etc.) tratan de evitar conductas que agreden la posibilidad de comportamiento de *otro hombre* o su *sentimiento* formado por sus valores y por sus orientaciones; Dar protección a un concreto comportamiento o “sentimiento” equivaldría a juridificar la moral y en un Estado de Derecho plural, la penalización de esas concretas conductas no estaría más justificado que la penalización de otra cualquiera; Una posible justificación está en entender que el *hombre sujeto* (merecedor de protección en

como Gény critica a algunos filósofos de su época, que se sitúe el fundamento de toda facultad jurídica en el individuo, por encima de “cualquier entidad colectiva”¹¹⁴⁹. En general, en la época de Gény se reconoce la necesidad de contemplar el “hecho de la sociedad” y el propio Gény invita a no contemplar al hombre “aislado”, como un “Robinson” sino más bien como un “hombre social”¹¹⁵⁰.

su dignidad) se identifica con una serie de valores comunes (o Derecho Colectivo) que hace suyos y por tanto cuya vulneración le afecta directamente; De este modo, se cumpliría el principio de universalización al haberse penalizado una conducta en base a que este vulnera unos valores que no responden sólo a unos intereses particulares sino colectivos; En conclusión, los valores comunes no pueden convertirse en la “instancia última legitimadora” sino que “deben estar legitimados frente a los individuos afectados, deben ser reconocidos por ellos”. *Ibid.*, p. 69. No necesariamente está justificado, por ejemplo, el utilitarismo que da una excesiva preponderancia al beneficio de todos sobre el beneficio particular lo que podría llevar a una vulneración injustificada de la dignidad que no deja de ser un valor o (derecho natural), sin perjuicio de que, por su autonomía normativa, el individuo decida adherirse voluntariamente a unos valores colectivos, pero no dejaría de ser un valor individual. *Ibid.*, pp. 48, 57, 65. Recordamos que Gény no concibe al hombre con una visión utilitarista y materialista. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 43-44.

¹¹⁴⁹ “Hay filósofos del derecho que persisten en pensar que el asiento más profundo de cualquier facultad jurídica se encuentra en el individuo humano, cuyo destino prevalece sobre el de cualquier entidad colectiva” (“*Il est des philosophes du droit, qui persistent à penser que le siège profond de toute faculté juridique réside dans l'individu humain, dont la destinée l'emporte sur celle de toute entité collective*”). Es lo que se ha pretendido con el individualismo anárquico. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 18. El derecho subjetivo (junto a la idea de individuo o persona que subyace) va a constituir el centro del derecho y de todas las reflexiones sin que se deje de considerar la dimensión social del individuo. Gény recalca que sólo podemos conocer la medida exacta (“justa” y “verdadera”) de los derechos que corresponden al individuo si “examinamos su fin económico y social”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 172-173. Véase igualmente GÉNY, F., “*Risque et responsabilité*”, *Revue trimestrielle de droit civil*, Tomo I, 1902, pp. 812-850, p. 849. Como bien apunta López Hernández, Ihering se percató de que “el contenido y la riqueza de las instituciones” estaba “en los derechos subjetivos que las componían” y que para estudiar esos derechos subjetivos era necesario acudir al interés del individuo, pero también a la sociedad y a la utilidad. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, *op. cit.*, p. 40.

¹¹⁵⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 18-19. El propio Saleilles, en conformidad con el pensamiento de Gény, recordará que el intérprete (el juez) debe partir de la “convicción” de la existencia objetiva de una “justicia individual” que debe conciliarse con la justicia social. La justicia social viene expresada en la ley y en su defecto, esta se encontrará el en la “convicción absoluta en la idea de justicia adaptada a las exigencias el orden social”. Cfr. SALEILLES, RAYMOND, “*Ecole historique et Droit naturel, d'après quelques ouvrages récents*”, *Revue trimestrielle de droit civil*, Tomo I, 1902, pp. 80-113, p. 105. En efecto, la dimensión social del hombre no puede ser olvidada cuando se habla de derechos subjetivos. Como pone de relieve Kirat, Gény no es indiferente a la cuestión del individuo inserto en una estructura socio-económica particular, pero observa que, mientras Gény solucionará los conflictos de intereses buscando el equilibrio y la armonía entre las partes, Lambert, pondrá más el acento en el equilibrio en la búsqueda de un equilibrio económico. Cfr. KIRAT, THIERRY, “*Les théories de la jurisprudence de François Gény et Édouard Lambert et la common law : remarques sur la position de la case-law method par rapport à l'œuvre des deux juristes français*”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 321-341, p. 327

Así, Géný adopta una teoría del derecho subjetivo basado en el interés de la persona ¹¹⁵¹. Es decir que la persona tiene derechos subjetivos debido a la existencia (previa se entiende) de un interés, sea de índole psicológico u otro, ya que los “primeros elementos de las decisiones” son los “deseos, creencias, voliciones u otras realidades psicológicas que se consolidan en necesidades o intereses que entran en una lucha por ganar preeminencia” ¹¹⁵². De allí nacerán un conjunto de principios que “con el nombre de derechos subjetivos, tienden a reconocer al hombre una serie de facultades o poderes esenciales para cumplir con su destino” ¹¹⁵³.

Se ha pretendido con la reciente denominación de “derechos de la personalidad” reagrupar el conjunto de facultades propias de la persona que le permitan asegurar “la realización de sus intereses propios, vida, integridad corporal, individualidad, libertad, dignidad, honor, intimidad, etc.”. Esta clasificación y generalización no puede agotar la idea persona y cualquier derecho subjetivo que se constituya quedará supeditado a ella ¹¹⁵⁴. Como dice Géný, estas distinciones “sólo pueden precisarse y desarrollarse” por

¹¹⁵¹ A la noción de derecho subjetivo se vincula el concepto de sujeto de derecho y de personalidad jurídica. El derecho subjetivo y los conceptos que lo conforman son problemáticas que dominan todo el derecho, tanto público como privado. En palabras de Géný: “(...) el concepto de sujeto de derecho, que constituye el elemento capital en la construcción del derecho subjetivo, y al que está estrechamente vinculada la importante teoría de la personalidad jurídica. (...) Sabemos con qué tenaz y concentrada energía estos temas capitales, dominan todo el derecho, tanto público como privado, porque constituyen su sustancia fundamental, mucho más directamente, en mi opinión, que las nociones relativas al derecho objetivo” (“(...) *le concept de sujet de droit, qui forme l'élément capital de la construction du droit subjectif, et auquel se lie étroitement l'importante théorie de la personnalité juridique. (...) On sait avec quelle énergie, tenace et concentrée, ces thèmes capitaux, — qui dominant tout le droit, tant public que privé, parce qu'ils en constituent la substance fondamentale, bien plus directement, à mon avis, que les notions relatives au droit objectif*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 212. Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 138. Es importante destacar que Géný critica a Duguit que, en su visión puramente positivista del derecho, la noción de “derechos subjetivos naturales” no esté admitida: “Además, en virtud de la concepción puramente positivista de Duguit, la noción a priori de los derechos subjetivos naturales no puede aceptarse” (“*A cela s'ajoute, qu'en vertu de la conception purement positiviste de Duguit, la notion a priori de droits subjectifs naturels ne saurait être admise*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 215.

¹¹⁵² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 115. La influencia de Ihering y de Heck es innegable. Por lo que la idea de “interés” y todo posible “psicologismo” u otra interpretación que quiera deducirse de la visión de Géný en cuanto a la dimensión técnica del derecho, encuentra sus bases en las ideas de estos dos autores. Ihering es citado más de 110 veces y Heck una decena a lo largo de su obra *Méthode d'interprétation y Science et Technique*.

¹¹⁵³ Cfr. GÉNY, F., “Le conflit du droit naturel et de la loi positive”, *op. cit.*, p. 30. Recordamos estas palabras de Géný que muestran la importancia de la idea de individuo o persona como destinatario de todo el derecho. Géný reconoce al hombre el deber de “conquistar, retener, acrecentar los derechos subjetivos que son patrimonio de su personalidad” y “si fuera necesario, él mismo asumiría su legítima defensa si fuera violentamente atacada en su persona o en sus bienes”. Cfr. GÉNY, F., *Justice et force...*, *op. cit.*, pp. 83-84.

¹¹⁵⁴ “Unas palabras, antes de nada, sobre los derechos de la personalidad. Recientemente se ha intentado agrupar bajo esta denominación, las prerrogativas inherentes a la persona como tal, consistentes en

conceptos técnicos “que son los únicos” que pueden poner de relieve la riqueza de la idea de persona ¹¹⁵⁵, permiten introducir una “compartimentación” y distinguir las “facultades que responden a esta noción” en varias “categorías de derecho subjetivo”, algunas destinadas a “salvaguardar prerrogativas inherentes a la persona” y otras a salvaguardar “los derechos relativos a sus intereses patrimoniales” ¹¹⁵⁶.

No cabe duda de que el derecho subjetivo es la concreción técnica de la idea de persona (como base fundamental del derecho natural).

3.2. Esclarecimiento de la noción de derecho subjetivo: conflicto entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo

Ya hemos dicho que el derecho subjetivo es fundamental para el sistema de Géný. Pero, como indica López y López, ese concepto ha sido tema habitual de estudio y ha constituido un perpetuo debate doctrinal que constituye “una encrucijada

poderes de los que está investida, para asegurar, de alguna manera, sobre sí misma, la realización de sus intereses propios, vida, integridad corporal, individualidad, libertad, dignidad, honor, intimidad, etc.” (*“Quelques mots, d'abord, sur les droits de la personnalité. C'est assez récemment, qu'on a tenté de grouper, à part, sous cette dénomination, les prérogatives inhérentes à la personne en cette qualité, et consistant en puissances, dont elle est investie, pour assurer, en quelque façon, sur elle-même, l'épanouissement de ses intérêts propres, vie, intégrité corporelle, individualité, liberté, dignité, honneur, intimité, etc.”*). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 230-231.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 230. Para Recasens Siches, la personalidad jurídica que se atribuye a un individuo no se corresponde con su personalidad total o real que posee en la vida fuera del derecho. Es una construcción artificial que no toma al individuo (y su personalidad total) como base, sino que toma los aspectos generales de la personalidad que existen en común en varios hombres y que permiten encajarlo en la norma jurídica (mayoría de edad, marido, ciudadano, etc.) de allí que, como sostiene el autor, la consideración de persona jurídica sea una atribución genérica y común de atributos de la personalidad humana considerada desde el punto de vista colectivo a un determinado sujeto para que pase a ser sujeto imputable. Así la personalidad jurídica no traduce los “aspectos auténticamente individuales” de cada persona. El concepto de persona jurídica (y más extensamente, el derecho) no es más que una regulación esquemática y general que excluye gran parte de la dimensión de los valores morales y así no expresa la “plenaria y concreta realidad humana”, ni del individuo (para el concepto de persona jurídica) ni de los entes colectivos (cuya “personalidad social” es mucho más abarcadora). Cfr. RECASENS SICHES, L., *Tratado general del Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 270-271. Explicará Carpintero Benítez que los sistemas de derecho (en general todo sistema) soporta la grave carga de tener que ser coherente y lógico consigo mismo y que los derechos reconocidos a las personas sólo pueden ser los contenidos dentro del sistema y de las argumentaciones del mismo lo que difiere de la realidad de la persona. Cfr. CARPINTERO BENÍTEZ, F., “Métodos científicos y método del derecho: una historia superada”, *op. cit.*, p. 50. Su expresión más extrema en la actual teoría de los derechos humanos completamente fuera del contexto en el que han de vivir los derechos. Cfr. MASSINI CORREAS, C. I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 13, 15.

¹¹⁵⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 228.

sustancial” de la moderna ciencia del derecho ¹¹⁵⁷. Aquí se abre el debate tradicional entre Géný y Duguit sobre el concepto de derecho subjetivo. Para Duguit, Géný es pragmatista por no considerar el derecho subjetivo sino como un instrumento técnico, maleable, sin fundamento y al servicio de fines sociales ¹¹⁵⁸. Chazal también ve en Géný, y en ciertos momentos de su obra, un carácter pragmatista ¹¹⁵⁹.

Si tratamos de dilucidar la noción de derecho subjetivo para Géný veremos diferencias esenciales con lo sostenido por Duguit. Para Géný “todos los derechos subjetivos se derivan de ciertos hechos, a los que el derecho objetivo reconoce la virtud de aplicar la coacción social” ¹¹⁶⁰. Esos hechos se encuadran en una “relación entre hombres” de donde nace la “relación de derecho”. La naturaleza íntima de esa “relación de derecho” muestra la existencia de un sujeto de derecho revestido de un poder, es decir, un derecho subjetivo. Esto permite hacer ver la importancia del sujeto de derecho como ostentador de derechos subjetivos derivados de esa “relación entre hombres” reconocida por el derecho objetivo ¹¹⁶¹. Los conceptos de “sujeto de derecho” y de

¹¹⁵⁷ Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, ANGEL M., "Géný, Duguit y el derecho subjetivo: evocación y nota sobre una polémica", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 20, núm. 1, 1991, pp. 161-179, p. 161.

¹¹⁵⁸ Véase DUGUIT, LÉON, "Le pragmatisme juridique", *Conférence de Coïmbra*, 1923, pp. 123-24.

¹¹⁵⁹ Chazal cita el siguiente pasaje de Géný: “En realidad, como lo ha demostrado irrefutablemente R. von Jhering, las reglas jurídicas y las soluciones que ellas consagran están esencialmente determinadas por el fin práctico y el fin social de las instituciones. He aquí su fuente, y, si queremos, he aquí también su lógica; lógica realmente segura y fecunda, porque está hecha enteramente de motivos morales, psicológicos, económicos y que tiende a realizar la equidad objetiva, por la combinación de la idea de justicia con la idea de la más amplia utilidad social”. CHAZAL, J., *op. cit.*, p. 124 citando literalmente a GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, p. 145. Este pasaje sólo muestra la dimensión finalista de las reglas jurídicas y muestra dos tendencias fundamentales en Géný: la justicia y la utilidad social. En ningún momento se puede deducir que Géný sea pragmatista al punto de desatender la realidad subyacente detrás del concepto de derecho subjetivo.

¹¹⁶⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 185. Para Recasens Siches, “El derecho en sentido objetivo, es decir, como norma, al proyectarse sobre situaciones concretas, determina derechos subjetivos y deberes jurídicos, en correlación”. Cfr. RECASENS SICHES, L., *Tratado general del Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 232-234. Para Del Vecchio, el derecho subjetivo es la facultad o poder jurídico nacido de una norma de derecho objetivo. Se define el derecho subjetivo como “la facultad de querer y de pretender atribuida a un sujeto a la cual corresponde una obligación por parte de otros”. Cfr. DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 406.

¹¹⁶¹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 219-220. En la filosofía del derecho de Boistel, al hablar de derecho natural “es especialmente importante identificar el principio moral, que está en la base del derecho [objetivo] y justifica el mantenimiento, incluso por imposición material, de los derechos [subjetivos]” (los corchetes son del propio Géný). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 282. Así, recuerda Recasens Siches la importancia del sujeto de derecho. El derecho subjetivo no es un fenómeno de voluntad, ni de interés de un sujeto concreto ya que se atribuyen derechos subjetivos a personas que “carecen de voluntad efectiva”, como niños o enfermos, o a personas incluso en contra de su voluntad (por ejemplo los derechos subjetivos irrenunciables como ciertos derechos de los trabajadores). El derecho subjetivo es atribuido o dimana de la norma jurídica de derecho objetivo (norma que regula las conductas sociales en general) como una facultad del sujeto para determinar

“derecho subjetivo” no son, para Gény, más que conceptos técnicos ¹¹⁶². Pero el concepto de “relación de derecho” es tan necesario para traducir las realidades que no puede pasar por un concepto artificial ¹¹⁶³.

Según Gény, el derecho subjetivo de Duguit deriva de “poderes objetivos” que se obtienen como “contrapartida” del conjunto de deberes que imponen las reglas de derecho objetivo, sobre la base del principio de solidaridad social. Esos “poderes objetivos” son muy diferentes a los “derechos naturales que se derivarían de la “eminente dignidad de la persona humana”. En ese contexto, sólo se pueden generar situaciones jurídicas, que obtienen la nota de subjetividad, porque proceden de la realización de un acto de voluntad por una persona determinada quedando fuera la idea de “relación entre dos sujetos” ¹¹⁶⁴.

Para Gény, esa visión del derecho subjetivo de Duguit es confusa, por un lado, el propio Duguit reconoce la presencia en su concepto de ciertos aspectos de la teoría clásica del derecho subjetivo, pero también admite que ese “poder objetivo” del que deriva el derecho subjetivo responde a otros aspectos distintos ¹¹⁶⁵.

Lo que Gény propiamente reprocha a Duguit es contemplar el fenómeno que encuadra el concepto de derecho subjetivo desde una dimensión exclusivamente técnica. Así Duguit, olvida que los conceptos de sujeto de derecho o de derecho subjetivo son el

normativamente la conducta de otro sujeto. Cfr. RECASENS SICHES, L., *Tratado general del Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 232-234. Es interesante ver la importancia que Savigny otorga a la noción de “relación jurídica” en su sistema. Como explica López Hernández, el derecho para Savigny es un “poder del individuo”, es el “derecho en su aspecto subjetivo”, el “derecho subjetivo”. Lo que hace posible la relación jurídica, según Savigny, es la existencia de los derechos subjetivos (voluntad libre del individuo o poder) que recaen sobre las cosas. Las reglas que “regulan las relaciones jurídicas” constituyen el “derecho en sentido objetivo” (el derecho positivo). Las fuentes del derecho son las que van a regir tanto el derecho objetivo (las reglas de las relaciones jurídicas) así como los derechos subjetivos. Por último, las fuentes del derecho de donde emana el derecho objetivo o positivo (las instituciones y las reglas) son la costumbre jurídica, la legislación y la ciencia jurídica. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., pp. 198-199.

¹¹⁶² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, op. cit., p. 218. Igualmente, Gény reconoce la existencia de unas categorías como procedimiento técnico que distingue de las “categorías reales” y que irían “destinadas simplemente a imponer el orden en la aplicación de los derechos subjetivos”. *Ibid.*, pp. 123-224, nota a pie de página núm. 1.

¹¹⁶³ *Ibid.*, p. 219.

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 214. Recuerda Bobbio que el concepto “relación jurídica” ha servido de base para la construcción de un sistema por inducción y se ha convertido en el “concepto sistemático por excelencia de la ciencia jurídica moderna”. Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, op. cit., p. 176.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, pp. 216-217.

resultado de una abstracción tendente a simplificar la complejidad de los fenómenos
1166.

Para Géný queda claro, así se lo indica al propio Duguit, que existen conceptos que traducen más directamente las realidades y que conforman el conocimiento (la ciencia) del derecho mientras que otros conceptos, de naturaleza artificial, buscan aplicarlo ¹¹⁶⁷.

Y sigue Géný indicando que será tarea de la ciencia dilucidar si las “ventajas jurídicas” que pueda conceder el derecho objetivo deben quedar “reservadas a los individuos” o “hechas en beneficio de fines colectivos” ¹¹⁶⁸. Es más, la deriva sindicalista de Duguit explica las observaciones de Saleilles que ve en el sistema de Duguit, basado sobre el solidarismo, el “aniquilamiento del derecho del individuo” el cual se sustituye por su “función social” ¹¹⁶⁹. Para Géný, queda claro que Duguit se opone al derecho subjetivo porque se opone a la idea tradicional de un derecho basado en la naturaleza del hombre del cual pueda derivarse una autonomía de la voluntad y reduce toda voluntad a no ser más que el producto de un derecho objetivo exclusivamente basado sobre el principio de solidaridad social ¹¹⁷⁰.

Para Recaséns Siches, Duguit al tratar del derecho subjetivo no descubre nada nuevo que no supiera la teoría jurídica y además cae en equívocos. Lo que en definitiva denuncia es la concepción iusnaturalista clásica del derecho subjetivo que quiere proclamar los derechos subjetivos como derechos fundamentales del individuo. Para el autor, no se discute el derecho subjetivo como derivado lógicamente del derecho objetivo sino su momento constitutivo en la mente humana. Sostiene que el derecho subjetivo aparece en la mente del sujeto cuando este se enfrenta a situaciones injustas en cuyo momento toma conciencia de la existencia de derechos subjetivos que más tarde plasmará en una norma jurídica que los consagre. El proceso intelectual procede de la situación concreta o problemática de la cual emanan sentimientos o emociones de agravios, ataques a su persona e injusticia que hacen nacer la idea de unos derechos subjetivos natural y necesario (o fundamental) de los que el hombre es titular y de allí,

¹¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 221.

¹¹⁶⁷ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. XXI.

¹¹⁶⁸ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 222.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 215.

¹¹⁷⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 203.

por un ejercicio intelectual, se halla la norma ideal en que se funda y se consagra positivamente ¹¹⁷¹.

Esta importancia del derecho subjetivo vendría justificada, según López y López, por el hecho de que Gény sigue la tradición que exacerbó la “lógica del sujeto” y que conduce a la idea de los derechos innatos, fruto de los desarrollos del iusnaturalismo individualista (siglo XVII, XVIII), que llevó al desarrollo de un sistema de derecho basado en el derecho subjetivo como “concepto ordenador básico” ¹¹⁷².

López y López concluye la polémica entre Duguit y Gény, afirmando que, si bien el individualismo jurídico está en declive a favor de concepciones más sociales, no podemos prescindir de la “lógica del sujeto” para analizar y explicar el derecho, por el hecho de que el derecho subjetivo representa la oposición misma entre el individuo y lo público (el Estado) ¹¹⁷³.

Gény realiza un estudio ¹¹⁷⁴ sobre los ataques dirigidos contra las teorías de la responsabilidad. En ese estudio vemos los resultados del ejercicio de la libre investigación científica del derecho y a su vez la reafirmación de una institución fundamental del derecho (la responsabilidad) y su relación con el derecho subjetivo. De este modo podremos ver la conexión del principio de responsabilidad de la persona con su manifestación técnica (el derecho subjetivo) ¹¹⁷⁵.

El primer escollo al que se enfrenta Gény, según Pierre, es la sustitución de la teoría de la responsabilidad por la teoría del riesgo, la cual Gény rechaza totalmente ya

¹¹⁷¹ Cfr. RECASENS SICHES, L., *Tratado general del Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 238-239.

¹¹⁷² Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *op. cit.*, pp. 162-163. Como indica Auberger, el “bien común” hace contrapeso a los “intereses personales”. La prudencia, en su nivel más elevado de reflexión, tratará de solucionar la dicotomía entre individuo/sociedad. Véase AUBERGER, M., “Un autre regard sur François Gény et son œuvre”, *op. cit.*, pp. 267-268. La distinción entre lo público y lo privado tiende también un papel importante en la configuración del derecho subjetivo. Como dirá Rousseau “Se acuerda que todo lo que cada uno enajena, por el pacto social, de su poder, de sus bienes, de su libertad, es sólo aquella parte de todo ello cuyo uso importa a la comunidad” (“*On convient que tout ce que chacun aliène, par le pacte social, de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté*”). Cfr. ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Libro II, capítulo 4, 1762. Como afirmarán Saavedra y Maresca, en un sistema capitalista como el nuestro, regido por la inversión privada y la obtención de beneficios, la existencia del conflicto entre interés privado y público es irresoluble. Cfr. SAAVEDRA, MODESTO y MARIANO MARESCA, *op. cit.*, p. 146.

¹¹⁷³ Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *op. cit.*, p. 175.

¹¹⁷⁴ GÉNY, F., “Risque et responsabilité”, *op. cit.*, pp. 812-850.

¹¹⁷⁵ A diferencia de la opinión de López y López que atribuye a Gény el “olvido” del derecho subjetivo, desconectando así la realidad del derecho subjetivo con su manifestación técnica. Cfr. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *op. cit.*, p. 176.

que él está por “la defensa científica del concepto de responsabilidad contra una lógica diferente: la de la indemnización” que está en el centro de la teoría del riesgo¹¹⁷⁶. Gény, sigue diciendo Pierre, no se muestra contrario a la reparación de la desgracia acaecida sin culpa, simplemente defiende la coherencia de la responsabilidad civil¹¹⁷⁷. Entendemos que Gény quiere devolver la teoría de la responsabilidad civil a sus supuestos originales que implican la necesidad de reconocer una vinculación del daño con el sujeto que lo provoca (concepto de culpa)¹¹⁷⁸.

Para adentrarse en la idea de responsabilidad, Gény explora lo que se deriva de su incumplimiento: la culpa. El concepto de culpa para Gény, según Pierre, es “el ejercicio anormal de los derechos y libertades”¹¹⁷⁹. Gény define la culpa desde una perspectiva sociológica como un “ejercicio anormal de la libertad natural o de los derechos subjetivos que hayan contribuido a causar el daño”. Pone el acento en la dimensión de “normalidad” en el ejercicio de los derechos la cual viene marcada según las condiciones sociales¹¹⁸⁰. También, según Pierre, la culpa en Gény se define por el “referencial de normalidad moral que constituye la persona prudente y razonable”¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁶ Cfr. PIERRE, NATHALIE, "François Gény et la responsabilité civile: le droit-science et le sens de l'histoire", en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Gény*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 153-173, p. 155.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 155-156.

¹¹⁷⁸ Para Gény, se sobreentiende como implícito, “*allant de soi*” dentro de la noción de responsabilidad, el principio de “atribución de riesgos”. Este principio viene reconocido en la “conciencia jurídica colectiva” de la época en esa sociedad dada, en correspondencia con el principio de culpabilidad. No obstante, el ideal social puede cambiarse para aceptar una atribución de riesgos en correspondencia con un principio de mutualidad solidaria entre todos los individuos de la sociedad. Ahora, con ello se plantearía así el problema de la rectificación de los nuevos desequilibrios económicos y sociales con motivos del nuevo ideal. Como observa Gény, ese nuevo ideal social, llevada su lógica al extremo, tiene por consecuencia desvirtuar (por no decir eliminar) de la responsabilidad el principio de culpa, y por ello, “toda exigencia psicológica o moral en el autor responsable”, chocando nuestro sentimiento jurídico de justicia. Se pasa así de un principio de responsabilidad basado en la culpa personal a un principio de responsabilidad basado en el riesgo. Cfr. GÉNY, F., "Risque et responsabilité", *op. cit.*, pp. 816-821. Saleilles, interpreta ese nuevo ideal de una responsabilidad no basada en la culpa sino exclusivamente en el riesgo, formado en la “conciencia colectiva jurídica” como la expresión de un nuevo derecho natural. Cfr. SALEILLES, R., *op. cit.*, pp. 106-107. Si nos remontamos en el tiempo, Aristóteles ya defendía una teoría de la imputación basada en la “estructura teleológica de la acción”, es decir, en la existencia una relación de causa-fin entre el acto y su causante y elabora una teoría de la culpa teniendo en consideración “el problema de la ignorancia de la prohibición”. Principalmente, será imputable todo hombre que actúe voluntariamente y de modo reflexivo (es decir, con reflexión racional sobre el acto y la premeditación de la ejecución de la acción. Igualmente, todos los actos realizados por causa de la emoción o impremeditadamente son irreflexivos y no permiten la imputación). Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, pp. 40-43.

¹¹⁷⁹ Cfr. PIERRE, NATHALIE, "François Gény et la responsabilité civile: le droit-science et le sens de l'histoire", *op. cit.*, p. 156.

¹¹⁸⁰ Cfr. GÉNY, F., "Risque et responsabilité", *op. cit.*, p. 843.

¹¹⁸¹ Cfr. PIERRE, N., *op. cit.*, p. 160.

Hasta aquí tenemos el concepto de culpa derivado de la idea social de responsabilidad, que conlleva una serie de derechos y obligaciones que podemos entender como objetivos, o provenientes del derecho objetivo. Por otro lado, tenemos la dimensión más individual que tiene que ver con “una voluntad consciente” que haya intervenido ¹¹⁸². Entendemos aquí que esa voluntad consciente representa la dimensión psicológica propia del hombre que permite afirmar la existencia de derechos individuales (y por tanto, de derechos subjetivos).

De este análisis podemos deducir la existencia de principios inmutables descubiertos por la razón que invitan a conservar la idea de responsabilidad y de culpa personal (derecho natural), la visión colectiva de la sociedad que trataría de hacer triunfar el ideal del riesgo sobre el de la responsabilidad (derecho ideal), una dimensión inevitablemente sociológica (normas sociales mínimas de prudencias, de vigilancia y guardia, etc.) que completa y ayuda a fijar la nueva institución (derecho objetivo), y el individuo que opera, mediante una voluntad consciente, en ese marco (derechos subjetivos).

Concluimos que para Géný, no se produce conflicto entre derecho objetivo y derecho subjetivo por el simple hecho de que el derecho subjetivo deriva de un derecho objetivo, que respeta la naturaleza de las cosas. El derecho objetivo a su vez deriva de un derecho natural que necesariamente tiene en cuenta la dimensión social e individual del hombre.

Hemos calificado, dentro del derecho natural, los derechos individuales como los más significativos. El contenido del derecho subjetivo no es otro que el contenido de los derechos individuales, su contenido no puede derivarse de una solidaridad social (como lo pretende Duguit) ni de la idea de bien común. El derecho subjetivo da respuesta técnica a la realidad del individuo (derechos individuales) que vive en sociedad y constituye relaciones con sus semejantes reconocidas como jurídicas (derecho objetivo). Esa plasmación de los derechos individuales dentro del marco del derecho objetivo es lo que conformarán los derechos subjetivos.

Así, el derecho subjetivo se presenta a nosotros como un derecho más cercano al derecho positivo (y a las leyes escritas). Está más capacitado que el derecho natural para

¹¹⁸² Cfr. GÉNY, F., "Risque et responsabilité", *op. cit.*, p. 843.

dar respuestas concretas y está más adaptado al contexto donde se desarrolla la vida social (el derecho objetivo). Por eso pensamos que el derecho subjetivo es más apto para mostrar los correctivos concretos necesarios al derecho positivo. Así el derecho subjetivo se presenta como aquel capaz de conciliar ciencia y técnica, solventar el conflicto entre derecho natural y derecho positivo, y permitir una elaboración integral del derecho.

CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE

En esta primera parte, realizamos un breve recorrido transversal de lo que ha marcado más significativamente la vida y el contexto en el que se ha desarrollado la obra de François Gény con el fin de dejar asentados los determinismos ineluctables que han forjado el destino vital e intelectual del ilustre jurista.

Nacen en la floreciente Francia de finales del siglo XIX y principios del XX unos conflictos sociales e ideológicos que obligarán a los intelectuales a repensar la estructura orgánica de la sociedad, la legitimación de las relaciones sociales y los nuevos modelos de vida y de pensamiento. Gény, hijo de su tiempo, tratará de abarcar en sus estudios todas las consideraciones científicas, sociales, morales, económicas, políticas, ideológicas, filosóficas y religiosas que nacen en ese ecosistema particular, con el fin de integrarlas a la ciencia del derecho, y con ello, podemos decir, adaptar la anticuada ciencia del derecho a *l'air du temps*.

Mientras encontramos una lucha entre opuestos, característica de esta época: ciencia contra religión, racionalismo contra irracionalismo, progreso contra conservadurismo, socialismo contra individualismo, el derecho, y más concretamente, el método predominante, el de la exégesis, debía encontrar igualmente su opuesto, en este caso, la escuela científica en la que queda incluido Gény. Gény, a diferencia del resto de sus compatriotas (Hauriou, Duguit, Saleilles, Michoud), buscará integrar la totalidad de los conocimientos que le proporciona su época con los distintos métodos jurídicos (métodos actuales como el sociológico, o métodos que encuentran sus bases en el pasado, como el método jurídico romano, de alto valor técnico, tal cual, lo puso de relieve Ihering) en un todo integral, más próximo al espíritu organicista que mostrará Savigny o Ihering.

El aspecto social desempeñará un papel importante en el método de Gény, pero este se verá complementado por toda una doctrina que tratará de superar los errores del historicismo de la escuela histórica, el conceptualismo de la jurisprudencia de conceptos y las insuficiencias de la doctrina teleológica del segundo Ihering.

Gény se situará de nuevo en el problema ontológico del derecho para tratar de refundir las aportaciones de las metodologías propuestas por las escuelas en boga, buscando una nueva fundamentación más acorde a los tiempos, es decir, una fundamentación científica y objetiva.

El punto principal de sus dificultades reside en la escuela de la exégesis. Esta escuela, que propugna un método de interpretación y aplicación del derecho centrado exclusivamente en el texto de la ley, es ampliamente aceptado por la gran mayoría de los juristas y puesto en práctica sin mayores escrúpulos. Para Gény, y el resto de componentes de la escuela científica, este método presenta graves consecuencias ideológicas, teóricas y metodológicas hasta el punto que no responde a las necesidades sociales, económicas y políticas que crea la particular coyuntura del siglo XX. Es más, tras una análisis minucioso y detallado, la metodología de la escuela de la exégesis resulta del todo inaceptable, por ser contraria a las exigencias históricamente impuestas a la ciencia del derecho y al trabajo de los juristas.

Gény construirá su método sobre la crítica del método de la escuela de la exégesis. Extraerá de ella lo que considera de utilidad, es decir, un acercamiento riguroso al texto de la ley, un cierto respeto al principio de autoridad, el uso de la lógica (aunque esta pueda dar lugar a excesos) y rechazará su dimensión ideológica y su falta de acercamiento a las realidades sociales. Construirá su método sobre las bases conocidas de la exégesis para extenderlas a los horizontes de las nuevas ciencias y de la realidad social.

Gény denunciará que el método exegético invita al jurista que lo usa a poder moldear el texto de la ley para que este no sea más que el soporte para expresar su propio pensamiento subjetivo. Así se produce un ardid para justificar en derecho opiniones personales, lo que es inaceptable si pretendemos que el derecho, y las opiniones que se emiten sobre él, sean científicas.

Ese subjetivismo impregna todo el método de la escuela de la exégesis y se manifiesta por el uso de una lógica deductiva basada exclusivamente sobre el texto de la ley y la consiguiente construcción de conceptos abstractos. Este proceder lógico-deductivo y constructivo, analizado como proceder intelectual, no proporciona resultados subjetivos ni es contrario a la idea de ciencia. La subjetividad no se

encuentra, por tanto, en la naturaleza de ese proceder sino en el uso que de él se hace. La subjetividad nace entonces cuando usamos exclusivamente este procedimiento para conocer un objeto que, por su naturaleza, requiere otros procedimientos para ser conocido. La escuela de la exégesis limita el conocimiento de la ciencia jurídica a los resultados obtenidos por el uso de esos procedimientos.

El problema de la escuela de la exégesis radica en una errónea identificación del objeto de la ciencia del derecho. Mientras la escuela de la exégesis reduce el objeto de la ciencia del derecho a la ley, Gény lo abrirá a otras realidades (realidades sociales, exigencias de la vida, principios racionales, creencias, etc.). Gény abre la mentalidad de los juristas a tener que aceptar cualquier idea, por muy insólita que parezca, si esta puede llevarnos más cerca de la idea de justicia.

Es importante resaltar que Gény no es antilegalista, es decir, reconoce a la ley como parte del derecho, pero no reconocerá la ley como el único objeto de estudio de la ciencia del derecho. Se trata entonces de fijar el papel de la ley dentro de la ciencia del derecho.

La ley se presenta como un instrumento político, es decir, como la voluntad de un legislador. Por ello, Gény no tendrá inconveniente en reconocer la ley como fuente formal del derecho, pero cuestionará el papel exclusivista que la escuela de la exégesis le atribuye. Gény reconocerá como legítimos los mandatos contenidos en la ley (fuente formal) pero construirá un método (distinto al de la escuela de la exégesis) para fundamentarla, interpretarla y aplicarla.

Gény partirá de los problemas metodológicos (crítica de los resultados subjetivos de la escuela de la exégesis), para fundamentar seguidamente una nueva epistemología (procedimientos intelectuales adecuados para la ciencia del derecho) hasta llegar al problema ontológico (fundamentación de la ciencia del derecho, y, en última instancia, del derecho mismo). Así, abordando las tres áreas fundamentales (metodología, epistemología, ontología) Gény construye una doctrina que permite crear, interpretar y aplicar el derecho. Podemos criticar a Gény que, al haber seguido el proceso que parte de la crítica (o deconstrucción) del método exegético, pasa por la epistemología y llega a la ontología, termina por construir un sistema de derecho en el sentido ascendente. Este ascenso emprendido sobre las ruinas del método exegético ha

permitido convencer al jurista (formado en el método exegético) sobre la existencia de un nuevo fundamento para el derecho, pero, con esta forma de proceder, Gény ha dejado sin desarrollar la vía de “descenso” que va desde esa ontología hasta la exposición positiva de un método de interpretación y aplicación específico para el intérprete, acorde a ese nuevo sistema.

En el aspecto metodológico, Gény rastreará el problema de la subjetividad (por tanto, falta de consistencia de las soluciones sobre la base de principios) criticando las posturas de los defensores de la escuela de la exégesis: omnisciencia de la ley que deriva en plenitud del ordenamiento jurídico (principio de plenitud), deducción lógica de todo precepto a partir del texto de la ley que garantiza la inexistencia de lagunas y la coherencia del sistema (principio de coherencia), falta de principios racionales superiores a la voluntad del legislador (lo que conduce al voluntarismo) que consagra al legislador como el órgano supremo (principio de unidad).

En el plano epistemológico, Gény reconoce que la ciencia experimental y empírica, así como sus procedimientos intelectuales (su método), responde a un objeto (los entes físicos) que es distinto del objeto del derecho. Así el derecho, que estudia el objeto moral (no físico) de la realidad y que encuentra su manifestación en el hombre requiere de otras fuerzas para ser conocido. Esas fuerzas son la intuición y la creencia.

Gény, para cumplir con su idea de construir un sistema de derecho capaz de integrar todos los conocimientos aptos (científicos y no científicos) para conocer el objeto del derecho, acoge las tendencias filosóficas más en boga en su época. Concretamente, acude al irracionalismo de Bergson y a su concepto de intuición.

La intuición se presenta como aquella facultad destinada a descubrir los aspectos más vitales de la experiencia humana, superando el mero racionalismo y la consideración de una realidad estática, absoluta y *a priori*. La intuición bergsoniana pretende abordar la realidad en su aspecto más cambiante y variable. Gény tomará ese concepto de la filosofía bergsoniana para completar la realidad tomada según el método de la ciencia empírica. Esta “incorporación” de la filosofía bergsoniana no es exclusiva ya que Gény no limita la ciencia del derecho a ninguna filosofía en particular, siendo el concepto de intuición de Bergson, una base filosófica que Gény usa “con reserva” y a la espera de que la filosofía bergsoniana se consolide o que los nuevos aportes filosóficos

la modifiquen. Es más, Gény insiste en que el conocimiento llamado científico no son más que hipótesis aceptadas por convención y con resultados pragmáticos, por lo que en sí, el conocimiento científico no es más valioso que otro tipo de conocimiento, como puede ser el conocimiento filosófico. Lo que marcará lo valioso de una ciencia (o más extensamente de una filosofía), su rectitud y acercamiento a la verdad, consistirá en su mayor o menor adaptación a la naturaleza del objeto que estudia. También concluye Gény que los procedimientos intelectuales que componen el acto de conocer están presentes en todo acto de conocimiento, pero con grados de manifestación distintos en función de la naturaleza del objeto que se pretende conocer.

Así, la ciencia del derecho consistirá en el estudio del fenómeno “derecho”, una vez se haya concretado la naturaleza de ese fenómeno. Hasta ahí, Gény sólo constata que la ciencia del derecho, se aproxima, debido a la naturaleza del fenómeno “derecho”, a lo que son las ciencias morales y como tal, serán de aplicación al derecho los procedimientos intelectuales que lo son para las ciencias morales. Las ciencias morales usan de los procedimientos intelectuales propios de las ciencias: se usa de la inducción, la deducción, el análisis, la síntesis, la comparación y la analogía para, por medio de las palabras, establecer nociones sobre la base de las realidades que conforman el objeto “moral” de la vida. El derecho, haciendo uso de esos procedimientos de las ciencias morales, establecerá reglas jurídicas, un sistema jurídico y construcciones derivadas de ese sistema.

El problema del uso de los procedimientos intelectuales radica en que la lógica que los mueve, los lleva a proporcionar resultados cada vez más abstractos y por ello alejados de las realidades que estudian. Parten de una concreta realidad (delimitada en su inicio) para abstraer afirmaciones, negaciones, y, en definitiva, todo un sistema complejo de relaciones construido sobre la base de una realidad mínima, pero, virtualmente, con consecuencias y deducciones infinitas. Gény deja claro que estos procedimientos, tendentes a la abstracción y a la construcción de un sistema complejo de relaciones abstractas, son perfectamente válidos para las ciencias exactas, cuyo objeto se reduce a los objetos físicos perfectamente definibles, pero no para las ciencias morales, entre ellas, el derecho. El derecho como ciencia que estudia objetos morales no sólo parte de objetos físicos, por lo que no puede limitarse a construcciones abstractas y debe optar por incorporar otros procedimientos. Se afirma así la necesidad de introducir,

para el derecho, postulados, principios, y procedimientos que provienen de la intuición, así como de la creencia. La creencia se presenta como una positividad de la conciencia moral (o razón práctica) del hombre. Esa creencia permitirá guiar al hombre hacia el cumplimiento de su destino.

En el plano ontológico, una vez delimitadas las formas de conocer el fenómeno “derecho”, surge el problema de delimitar con exactitud su naturaleza (los valores que lo componen), su objeto y enunciar un concepto de “derecho”. El fenómeno derecho se nos aparece, en primer término, como un conjunto de normas que encuentran su origen en ciertas realidades sociales, que quedan pendientes de identificar, delimitar y estudiar. La primera realidad social a la que nos enfrentamos, por su carácter autoritativo e imperativo es la ley. La ley será un “objeto” del derecho que podemos llamar “fuente” y va a fijar de forma radical una parte del derecho, mientras que otros elementos que conforman el “objeto” del derecho deberán buscarse en otras realidades. Esas otras realidades, se encuentran en la “naturaleza de las cosas” y el método para buscarlas lo denomina Gény: “libre investigación científica”.

Ahora bien, es importante remarcar que, para Gény, la fuente material del derecho es la “naturaleza de las cosas”. La ley se presenta entonces como una *subfuente* o fuente positiva que Gény llamará “fuente formal” y que encuentra su explicación socio-histórica en la existencia del Estado y en el ejercicio por este de una fuerza coactiva.

La comprensión de la fuente formal que representa la ley pasa por una comprensión del origen del que procede, es decir, del Estado. Así, con el fin de explicar la justificación y génesis del instrumento que representa la ley, se parte de la hipótesis que la ley es la expresión de la voluntad de ciertos hombres que ostentan el poder social, ilustrada por la inteligencia y manifestada de forma condensada en fórmulas escritas que contienen el conjunto de reglas que van a regir la conducta de los hombres en sociedad. En conclusión, la ley es la expresión de un poder el cual se supone, por hipótesis, estar guiado por la inteligencia.

Ese poder, aunque Gény lo reconozca disperso entre varios colectivos, en última instancia, recae, en nuestra civilización actual, en el Estado (con excepción de la Iglesia Católica). Por ello, Gény va a definir la ley (positiva) por su origen estatal y la

entenderá como aquellos mandatos escritos que emanan de una autoridad regular y formalmente constituida. La ley será entonces, con sus fórmulas escritas, la expresión de la voluntad legislativa del Estado que la promulga y nada más. La ley es un acto volitivo de un poder instituido. Como acto volitivo concreto, posee unas determinaciones particulares que lo hacen válido para un tiempo y un lugar. Gény defenderá que ese acto volitivo que representa la ley debe ser interpretado ateniéndose exclusivamente a la voluntad tal cual se conformó en ese tiempo y lugar y no pretender adaptarla a las nuevas circunstancias. De este modo, la interpretación del acto volitivo (la ley) será fiel a la voluntad que la promulgó. Sin embargo, si surge un nuevo contexto socio-político que derogase el contexto anterior en el que la voluntad del legislador se conformó, el intérprete debe acudir a otras fuentes del derecho para ofrecer una solución. Se renvía así al problema ontológico de identificación y definición del “objeto” (o de los “objetos”) del derecho. Como ya hemos dicho, la “naturaleza de las cosas” es la fuente primera o material del derecho, es decir, el principio desde el que derivan los distintos “objetos” del derecho, entre ellos, las fuentes formales.

La costumbre se presenta para Gény, como la otra fuente formal. No hay que olvidar que una fuente formal es un mandato de una autoridad externa. La costumbre es derecho no escrito que encuentra su fuente en la conciencia jurídica colectiva (que encontraríamos en la naturaleza de las cosas como, por ejemplo, en el fenómeno de la creencia. Como tal, la costumbre queda vinculada al derecho natural en mayor medida que la ley) y se traduce en usos reconocidos y aceptados. La costumbre es entonces un uso, es decir, una práctica, un hecho social fáctico que adquiere la condición de jurídico en la conciencia de un colectivo. Esa conciencia de la juridicidad de ese uso (*opinio iuris seu necessitatis*) se identifica como existente cuando se observa una práctica constante y prolongada en el tiempo que no haga dudar que ese uso es, para quienes lo aplican, merecedor de la sanción pública. La costumbre se presenta así para quien la ejerce, como un ejercicio de un derecho subjetivo respaldado por el derecho objetivo.

La función de la costumbre como fuente consiste en remediar los vacíos de la ley, llegar a cubrir aquellas parcelas de la realidad social que la ley no cubre. La costumbre, como tal, se produce como un fenómeno psicológico y encuentra su justificación en un sentimiento profundo de la naturaleza humana que invita a seguir las tradiciones de nuestros antepasados. No obstante, la costumbre está abocada a

desaparecer debido a la dificultad de identificar con precisión la *opinio necessitatis*, al peso cada vez mayor del Estado, y al número creciente de leyes.

Las fuentes formales se limitan a la ley y a la costumbre. La doctrina y la jurisprudencia proporcionarán argumentos de autoridad los cuales tendrán un valor objetivo debido al prestigio de la autoridad que la emite, pero no son fuentes formales. La doctrina y la jurisprudencia intervendrán en complemento de las fuentes formales, es decir, para suplir las lagunas de esas fuentes. Gény aporta un criterio temporal que le permitirá calificar la doctrina y la jurisprudencia. Gény calificará de Autoridad a la doctrina y jurisprudencia más recientes y de Tradición a las más antiguas. La Autoridad es la prolongación de la Tradición hasta el presente. La doctrina es el trabajo teórico y científico mientras que la jurisprudencia es el trabajo práctico, de adaptación del derecho a los casos concretos de la vida social.

En nuestro Estado de derecho actual, la jurisprudencia positiva no tiene poder para crear reglas de derecho generales y abstractas. La jurisprudencia tiene como práctica apoyarse sobre sus precedentes, pero esa práctica no permite transformar la jurisprudencia en una fuente formal. Aunque el precedente judicial desempeña un papel importante en la práctica cotidiana de los tribunales y favorece la seguridad jurídica, no puede imponerse hasta el punto de contradecir o ignorar las tendencias sociales (o el progreso). En todo caso, la jurisprudencia positiva puede llegar a adquirir el carácter de costumbre (fuente formal) cuando es seguida de manera prolongada por los interesados y estos la consideran como obligatoria.

Por último, dentro de los métodos para conocer los distintos “objetos” que conforman el derecho, Gény instaura la “libre investigación científica” como aquel procedimiento de investigación destinado a descubrir, en la “naturaleza de las cosas”, todo aquello que las fuentes formales no han sabido plasmar, y la Autoridad y Tradición no han sabido resolver.

La libre investigación científica busca investigar la naturaleza de las cosas de forma objetiva y científica. Su objetivo es descubrir en la naturaleza íntima del hombre (su naturaleza moral) los fundamentos de la justicia y buscar en la naturaleza de los fenómenos sociales las leyes de su funcionamiento (armonía y orden). Por lo que la libre investigación científica del derecho buscará por un lado los principios superiores

de justicia que anidan en la conciencia moral del hombre y estudiará las ciencias morales, políticas y económicas para interpretar los hechos sociales. La libre investigación científica del derecho (pensada para el derecho privado) tiene su límite en las fuentes formales, y más ampliamente, en las materias propias al Estado. Es decir, la libre investigación científica no puede substituirse a la ley, a la costumbre ni a todo aquello que afecte al orden público, a restricciones de derechos fundamentales y libertades públicas (derecho público), ni que limite las facultades individuales de los individuos. En otras palabras, todo aquello que es competencia del Estado, por corresponder al derecho público, no será objeto de la libre investigación científica (destinada exclusivamente al derecho privado). Esto no es óbice para que Gény sitúe la “naturaleza de las cosas” como orden superior que rige y fiscaliza la actividad legislativa y el Estado (incluido el derecho público), y que, como orden superior de cosas, se encuentre igualmente en las bases de la interpretación y la aplicación del derecho propiamente estatal (o derecho público).

La naturaleza de las cosas contiene una serie de leyes naturales que son, en suma, todas las relaciones de hecho existentes en el orden físico-natural como en el orden social y moral que resultan impuestas al hombre sin que este las pueda infringir. Gény distingue entre “naturaleza de las cosas positivas” y “naturaleza superior de las cosas”. La naturaleza de las cosas positivas se compone del conjunto de relaciones sociales que configuran la atmósfera exterior del derecho. Sobre esta naturaleza de las cosas positivas se impone una naturaleza superior de las cosas (naturaleza moral). Esta última naturaleza hace referencia a la naturaleza íntima del hombre que se investiga con la razón y la conciencia. En esta naturaleza superior encontramos la idea de justicia.

De ese conjunto (naturaleza positiva y moral de las cosas) vamos a extraer todos los contenidos necesarios para construir el sistema de derecho. A efectos de la libre investigación, la justicia y la utilidad (siendo la primera superior a la segunda) se presentan como elementos esenciales del orden social que, como tal, deben ser buscados por el intérprete.

Por último, debemos conectar la naturaleza de las cosas a las reglas jurídicas que construirá el intérprete por medio de la libre investigación científica. Dado que la libre investigación científica se usa para cuando las fuentes formales presentan lagunas (y la

Autoridad o la Tradición no las suplen), Gény propone suplirla haciendo uso del procedimiento analógico. Gény presenta entonces la analogía no ya como una forma de extraer la voluntad del legislador sino como un procedimiento científico aplicado a los elementos positivos recogidos en las leyes. Por lo que el intérprete tomará un elemento positivo de la ley (un concepto o una categoría vinculada a elementos sociales. Quedan excluidos todos aquellos elementos referidos a consideraciones excesivamente particulares) para elaborar una construcción. Esta construcción se nutrirá de todos los elementos que componen la idea de ciencia del derecho en Gény, es decir, la ciencia empírica, la filosofía, la psicología, la ética, la moral, la religión, la economía política, el derecho público racional, y la historia. La analogía es un procedimiento de creación de derecho que queda supeditado, con el fin de asegurar la objetividad de los resultados, a la justicia y la utilidad (ambas ideas incluidas dentro de la ciencia del derecho).

Surgen por último dos consideraciones (dentro de nuestro estado de civilización actual) que no son tratadas por las fuentes formales y que son elementos del orden social y político. Concretamente, la autonomía de la voluntad que se reconoce como capaz de imponer criterios válidos en derecho y constituir derechos subjetivos para las partes, al margen de las fuentes formales y limitada exclusivamente por el orden público y el poder discrecional del juez que, aunque cercano a la libre investigación científica (debido a que busca reglas de derecho, sin contradecir la ley), sólo se basa en criterios de razonabilidad, utilidad u oportunidad con el fin de aplicar el derecho general y abstracto a casos particulares. Estas dos dimensiones deben estar presente en las investigaciones del jurista.

Una vez analizada la manifestación actual del derecho, es decir la concreta positividad que adopta la ciencia del derecho, tal cual, podemos observarla objetivamente (el Estado y la ley, la costumbre, la existencia de una tradición jurídica milenaria, una jurisprudencia positiva y actual limitada a la exégesis de los mandatos recogidos en la ley del Estado, una doctrina excesivamente conceptualista y abstracta, una práctica judicial sin método, una realidad social cambiante, una falta de principios superiores para el derecho distintos de las opiniones y las ideologías), Gény ofrece un método, el de la libre investigación científica que, se ofrece como un cuaderno de bitácora, para desenvolverse en esa realidad jurídica. En un segundo momento Gény tratará de poner orden y armonía y volver a posicionar el derecho en su eje central, es

decir, como práctica destinada a conseguir el ideal de la justicia. Para ello Gény se preguntará abiertamente sobre el concepto de derecho.

El concepto de derecho para Gény se divide en varios tipos: derecho natural, derecho ideal, derecho objetivo, derecho positivo.

El derecho natural encuentra su base en la “naturaleza de las cosas” y es el fundamento de todo orden social positivo. El objeto de la ciencia del derecho es el derecho natural. El derecho natural es universalmente válido para todos los tiempos y lugares y su misión es conformar un derecho positivo justo. Por lo que se compone de principios de justicia (universales e inmutables) que deberán adaptarse con el tiempo y las épocas. El derecho natural se compone de una dimensión racional e ideal (parte más esencial, siendo la razón la que predomina sobre el ideal), así como una dimensión natural e histórica.

Esas dimensiones, Gény las llamará (*donnés*) y son, para él, el resultado de la filosofía primera (o metafísica). Esa filosofía es válida para todos y como tal, se pueden concebir el acuerdo de los hombres la misma. Proporciona los principios primeros del Universo. De estos principios primeros se “derivan” principios secundarios de utilidad para la vida. Así existen fines o principios superiores y fines o principios intermediarios. Lo “dado” (*donné*) se presenta como un complejo filosófico que recoge todos los datos sobre la vida humana, el Universo y el papel del hombre dentro de este Universo (su destino).

El dado natural (o real) se compone de realidades positivas y actuales del orden físico, moral, religioso, político, económico, es decir, de elementos físico-biológicos y sociales impuestos al hombre. El dado histórico recoge todo el conjunto de reglas jurídicas positivadas (ya que toda ley positiva es necesariamente derecho histórico ya que se aplica a situaciones posteriores a la fecha de su redacción) y busca en ellas, la historia de las instituciones jurídicas. El dado racional se corresponde con el conjunto de reglas universales e inmutables que se encuentran en la naturaleza moral del hombre. El dado ideal que se presenta como aquellas tendencias, inclinaciones, aspiraciones del hombre que conforman un código cultura para un estado de civilización concreto que va a marcar la vía del cambio (en la búsqueda del progreso) del derecho positivo. En conclusión, el dado racional se sitúa por encima del dado ideal y ambos conforman la

expresión significativa de la naturaleza superior de las cosas (naturaleza moral) en vista de la consecución del ideal de la justicia. El dado racional e ideal compondrán la parte estricta del derecho natural. El dado natural e histórico son el resultado de la observación de la naturaleza de las cosas positivas y van a servir de base positiva para la realización de la justicia (sirven de base positiva al dado racional e ideal). La ciencia del derecho que tiene por objeto conocer el derecho natural, se compondrá del conjunto de esos datos. La justicia, estudiada y expresada científica y objetivamente, gracias a la ciencia del derecho, se realizará si se respeta la jerarquía observada entre los datos y si se sigue el proceso de concreción del principio de justicia hasta alcanzar el caso concreto. En ese proceso de concreción (o positivación) la técnica jurídica entrará en juego.

El derecho ideal se presenta como el resultado de la concepción particular e individual que de la realidad (elementos morales, económicos, creencias, etc.) tiene el individuo que lo formula y que acaba por expresarse en reglas hipotéticas sin realidad (o positividad) efectiva. El derecho ideal se presenta como una utopía que puede ser usado para medir la adecuación del derecho positivo vigente con un cierto ideal (o ideología). El derecho ideal difiere del derecho natural debido a su falta de objetividad, universalidad e inmutabilidad por no apoyarse en principios de razón (en el dado racional). El derecho objetivo es una construcción técnica que trata de establecer una reglamentación universal que regule las conductas exteriores y establezca un orden social sobre la base de instituciones jurídicas, tendencias, movimientos sociales, morales, políticos, presentes en la sociedad. El derecho positivo es el derecho más cercano a los hechos. Se trata de asegurar de manera efectiva, por lo tanto, bajo sanción, en su caso, coercitiva, y en todas sus contingencias posibles, la conducta exterior fijada por el derecho objetivo. El derecho positivo tiene sus coordenadas dentro de un tiempo y un lugar preciso. Su finalidad es práctica y se apoyará en las ciencias descriptivas (morales y políticas). El derecho positivo es técnica del derecho y es resultado de un proceso que se inicia en la ciencia del derecho (derecho natural), pasa por el derecho objetivo hasta llegar al derecho positivo (expresión más detallada y cercana a la vida del derecho). Es el medio que tratará de hacer cumplir de modo efectivo en la realidad social los fines del derecho manifestados por la ciencia del derecho.

Así, la ciencia del derecho para Gény es aquella disciplina encargada de enunciar la naturaleza de las cosas (la naturaleza de las cosas morales y la naturaleza de las cosas positivas), así como poner de relieve el estado actual de manifestación del Estado o de otras formas positivas que dan cumplimiento al ideal de justicia y proceder a validarlo o criticarlo para rectificarlo. La ciencia del derecho propuesta por Gény tiene como objeto el derecho natural y la filosofía del derecho positivo (es decir, la fundamentación de las bases de la técnica jurídica).

La técnica jurídica se presenta como el elemento clave para conformar el derecho positivo. La técnica jurídica será una forma destinada a moldear la materia que le proporciona la ciencia del derecho. La técnica jurídica viene compuesta por consideraciones pragmáticas (efectos prácticos de los elementos sociales. Teorías de la acción) destinadas a proporcionar medios basados en principios racionales de la acción (realización, seguridad, rapidez, economía) que van a permitir alcanzar los fines de la ciencia del derecho. La técnica es enteramente obra de construcción. Es por naturaleza artificial. La técnica jurídica busca la firmeza y la seguridad en los resultados, la simplicidad, la coherencia de los procedimientos, y la economía de medios. Estos presupuestos conforman una teoría de la acción humana y son, en definitiva, perfectamente conformes con las exigencias propias de las sociedades industriales y de su movimiento tecnificador de todos los aspectos de la vida humana (esta tendencia se sigue y se pronuncia incluso más en nuestras sociedades postindustriales). El problema de la técnica jurídica, sobre todo en una realidad en la que el jurista da más preferencia a los hechos que al derecho, es caer en el error de dar preferencia a las construcciones artificiales, es decir, a los resultados de la inteligencia y los efectos prácticos, olvidando la primacía de los principios. La técnica jurídica queda siempre supeditada a la ciencia jurídica.

Es importante entender que la ciencia del derecho necesita de una técnica particular para estudiar su objeto (el derecho natural), es decir, necesita una técnica particular para “construir” los “datos”, pero esa técnica, sólo está movida por la idea de la verdad, el bien, la justicia y la utilidad. La técnica jurídica, propiamente hablando, estudia el fenómeno de la acción y como tal, sólo se preocupa de buscar efectos prácticos y aplicaciones concretas a la ciencia del derecho, según principios racionales propios de la acción humana dentro de nuestras sociedades postmodernas

(postindustriales y postmetafísicas). La dificultad última radica en combinar de forma armoniosa y coherente los resultados de la ciencia del derecho con la técnica del derecho propiamente hablando.

Los procedimientos técnicos pueden distinguirse entre procedimientos materiales o plásticos y procedimientos intelectuales. Ambos procedimientos se combinan para conseguir un resultado técnico. El procedimiento material ofrece la forma (el revestimiento exterior) o las condiciones intrínsecas necesarias para considerar un fenómeno social como jurídico (categoría jurídica). El procedimiento intelectual usará de lo que ofrecen los procedimientos materiales para construir conceptos. Ambos procedimientos (materiales e intelectuales) necesitan de una herramienta especial: el lenguaje. Las fuentes formales son la máxima expresión técnica del derecho, en ellas, se condensan todos los procedimientos técnicos.

El elemento fundamental de todo procedimiento técnico (lo que podríamos denominar teoría fundamental de los procedimientos técnicos) y que podemos relacionar con las bases mismas de toda epistemología, es la idea por la cual todo conocimiento (por tanto, todo resultado obtenido como fruto de la aplicación de procedimientos técnicos) se obtiene por vía de reducción o simplificación de los elementos variados y complejos que componen el objeto al que se aplica el procedimiento. A ese resultado común a todo procedimiento técnico Gény lo denominará: reducción simplificadora de los elementos sustanciales del derecho positivo. Esta reducción consiste en una traslación de lo cualitativo a lo cuantitativo.

En ese grado de “cuantificación progresiva del derecho”, el grado más alejado y por tanto más situado en lo cualitativo es el lenguaje como expresión del mundo de las ideas (mundo de lo cualitativo por excelencia). El “primer” grado de cuantificación es, para Gény, la forma. La forma representa la manifestación exterior con existencia independiente y diferenciada de las ideas que acoge en cuanto receptáculo. Por ejemplo, el contrato representa la forma exterior en la que quedan plasmadas las voluntades de los individuos. Esas voluntades quedan plasmadas en una forma (el contrato) que viene configurada según criterios y límites distintos e independientes a esas mismas voluntades. Estos criterios responden a consideraciones de tiempo, lugar, seguridad, tecnología, orden público, etc. El carácter esencialmente no formalista de nuestro

derecho moderno implica que las “formas” como tales, debido a una restricción positiva impuesta a las voluntades, pueden variar como lo hace toda positividad según las condiciones o estados de civilización, o incluso resultar insuficientes, como todo elemento técnico.

El segundo grado de “cuantificación” se denomina: categorías reales. Estas no tratan ya de elaborar formas que permitan acoger voluntades, sino que tratará de captar los elementos inherentes a la generalidad de los movimientos de la realidad social que van a permitir conformar instituciones jurídicas. La identificación de los elementos inherentes a la naturaleza de los fenómenos sociales que forman la realidad social pasa necesariamente por la consideración de esos fenómenos sociales como jurídicamente relevantes. Esa consideración de jurídicamente relevante vendrá dada según criterios (conceptos y construcciones) distintos de la simple observación. La categoría jurídica real (técnica jurídica) parte de la observación empírica de lo social (ciencias sociales) para extraer de allí sus elementos inherentes según consideraciones ideales y racionales (ciencia del derecho). Por lo que la categoría real (jurídica) no es una categoría sociológica. La primera se basa en la segunda, pero incorpora un elemento valorativo que la segunda no posee.

El procedimiento intelectual general es un procedimiento que, a través del concepto, y en un proceso de abstracción sucesiva, ofrece teorías. El procedimiento intelectual general se aplica a los procedimientos materiales para consolidar (con conceptos y teorías) y precisar (con desarrollos lógicos) las categorías reales o las formas. En el ámbito propiamente de la técnica, Gény identifica dos procedimientos intelectuales característicos: la presunción y la ficción.

La presunción intervendrá para aprehender una realidad con aspectos cualitativos relevantes pero difícil de aprehender en la realidad material (distinta de la ideal). Por lo que ese procedimiento intelectual intervendrá en el ámbito conocido como la teoría de la prueba, debido, a que el ámbito de la prueba trata de proporcionar herramientas para fijar la realidad o no de ciertos fenómenos (ideales como materiales). La presunción establecerá como ciertos, por vía de conceptos y teorías, y sobre la base de formas y categorías reales, unas realidades materiales e ideales que no han sido plenamente observadas con anterioridad o manifestadas. Tenemos presunciones para

facilitar la expresión de realidades de hecho (presunciones de hecho) y presunciones destinadas a cumplir aspectos ideales y racionales de las reglas jurídicas (presunciones de derecho o *iuris et de iure*).

La ficción, sin embargo, queda fuera de la dimensión de la prueba (presunción de hecho) ya que no trata de pronunciarse sobre la realidad de los hechos y queda fuera de la presunción *iuris et de iure* porque no trata de conseguir objetivos racionales o ideales (morales, económicos, sociales, políticos, etc.) que están en la base de una regla jurídica. La ficción desatiende la realidad social (e incluso natural) declarando a veces realidades que nunca han llegado a producirse. La ficción trata de dar satisfacción a una utilidad social, proporcionar coherencia a una teoría, simplificar soluciones, extender o crear categorías reales nuevas.

Por el último el lenguaje se presenta como el instrumento intelectual por excelencia que va a permitir constituir toda técnica y que está a la base de todos los procedimientos. Existen distintos lenguajes que Gény sintetiza en dos grupos: el lenguaje común (el fondo común de nociones que permiten la intelección de la vida social) y el lenguaje técnico (aquel conjunto nociones que se consolidan en su uso como formando parte del derecho). El lenguaje atiende a tres órdenes de realidades captadas por el espíritu: nociones ideales (morales, políticas, económicas), nociones ordinarias (costumbres, hábitos, vida corriente), nociones jurídicas (nociones técnicas que poseen el sello de jurídico). Podemos decir que las nociones ideales se encuentran en la ciencia del derecho, las nociones ordinarias se encuentran en el mundo social. La combinación de las nociones ideales (ciencia del derecho) con las nociones del mundo social van a permitir crear un conjunto de conceptos propiamente jurídicos, es decir, un lenguaje técnico-jurídico-positivo que servirá para formar el derecho objetivo y el derecho positivo.

Queda claro que la ciencia del derecho que tiene por objeto el derecho natural es, por ende, la ciencia de la justicia y, por consecuencia, la ciencia del Estado, es decir, permite hallar el fundamento de la justicia y de una de sus manifestaciones: el Estado. La manifestación primordial del Estado se encuentra en su ley positiva, por lo que dicha ley no encuentra su fundamento en sí misma, sino que se limita a ser una expresión positiva (y técnica) de la manifestación positiva de un determinado Estado (u

organización política). Así, la ley positiva y el Estado (como organización política) son manifestaciones positivas de la ciencia del derecho y como tal, pueden entrar en conflicto con esta. En nuestra época la manifestación positiva del Estado y de su ley positiva encuentran su fundamento en la opinión pública expresada por un legislador constituido democráticamente. No obstante, este fundamento no es científico para Gény, y no es más que técnico. La fundamentación (científica) del Estado y de la ley no puede residir en la opinión pública, sino sólo en la justicia y esta encuentra su origen y fundamento en Dios (entendido como el conjunto de principios universales e inmutables del Universo que explican el destino de los hombres). De allí que el Estado, democráticamente constituido sobre la opinión pública, sometido a todo tipo de ideologías (que no tienen más que un valor parcial e hipotético para Gény), en todos sus principios constitucionales y en todas sus leyes positivas, es maleable y debe quedar sometido y controlado continuamente por los principios de justicia, que son, en este estado de cosas, superiores a él.

Así, surge necesariamente el derecho a usar la fuerza contra el Estado en su manifestación positiva con el fin de hacer valer colectivamente algunas formas de organización política o leyes positivas diferentes e individualmente una serie de derechos individuales. En todo caso, esas reivindicaciones colectivas o individuales sólo pueden basarse en la ciencia del derecho y buscan realizarse por vía de la técnica del derecho.

Los desajustes más comunes entre ciencia del derecho y técnica del derecho (por ser los más numerosos y los que más inmediatamente afectan a la vida de todos los individuos) no son los que afectan directamente a la organización política del Estado (que darían lugar a rebeliones o insurrecciones que por ser más extremos y violentos son menos frecuentes), sino los que encontramos en el momento de aplicar el derecho o, dicho en otros términos, de administrar justicia. Así, el conflicto cotidiano entre ciencia del derecho y técnica del derecho se produce a un nivel individual (individuo-Estado) y su solución pasa por una reconsideración de los derechos individuales (como expresión más directa del derecho natural) dentro del contexto social (derecho objetivo). En otros términos, si el conjunto del derecho positivo (ley positiva, principios constitucionales, etc.) y la interpretación que de él hacen las autoridades encargadas de aplicarlo, no dan cobertura a los derechos individuales (derechos naturales), entonces el individuo

vulnerado debe construir una positividad para estos derechos. Esa positividad no es otra que la del derecho subjetivo, es decir, la trasposición del derecho natural en un contexto social (derecho objetivo) y para unas circunstancias determinadas (derecho positivo). Por lo que la salvaguarda última del sistema de derecho (ciencia y técnica del derecho) se encuentra en los derechos subjetivos y se hace valer en los tribunales. De allí la importancia de la obra de Gény que ha tratado de mostrar el funcionamiento y los fundamentos del sistema de derecho (ciencia y técnica) según la naturaleza de las cosas y ha invitado, en lo más práctico, con la denominación inspiradora de “libre investigación científica” a luchar por un método capaz de expresar ese sistema y, lo que es más importante, aplicarlo efectivamente en la vida diaria del Estado y de los tribunales de justicia.

SEGUNDA PARTE:

**ACTUALIDAD DEL PENSAMIENTO JURÍDICO Y DEL MÉTODO
DE FRANÇOIS GÉNY**

CAPÍTULO I

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHO NATURAL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y APORTES DE FRANÇOIS GÉNY

1. Introducción

Aun considerando que, según lo ya observado desde antiguo, el derecho es mudable a lo largo del tiempo, nace la necesidad de una construcción lógica del mismo que “reduzca” el múltiple contenido empírico a un “principio racional unitario”¹¹⁸³. Al margen de las corrientes escépticas (Pirron, Montaigne, etc.) que negaron todo carácter “genérico” al derecho, es decir, la imposibilidad de conocer “el” derecho debido a que este se manifiesta de formas diversas en cada tiempo y lugar, sí que se ha concebido la idea de un derecho natural basado en la “constitución misma de las cosas” y, como tal, libre de los caprichos y arbitrariedades de un legislador positivo¹¹⁸⁴.

Por lo que el concepto de derecho (entendido como concepto lógico del derecho, es decir, un concepto de derecho que permita incluir en un sistema toda la experiencia jurídica) debe incluir necesariamente tanto el sistema ideal del derecho (el derecho natural) como el o los sistemas de derecho positivo que van constituyéndose¹¹⁸⁵.

Es innegable que existen desacuerdos entre los distintos autores que han expuesto y defendido una concreta teoría del derecho natural y por tanto unos concretos fundamentos del derecho¹¹⁸⁶. La naturaleza, como tal, “no ofrece apoyo suficiente para determinar lo que es justo y lo que es injusto de modo universalmente válido” de allí

¹¹⁸³ Cfr. DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 314-315.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, pp. 315-317.

¹¹⁸⁵ *Ibid.*, pp. 317-318.

¹¹⁸⁶ Existen desacuerdos sobre la consideración de la justicia y la naturaleza como dos conceptos claves del derecho natural. Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, op. cit., pp. 26-27. Como explica Del Vecchio, algunos ponen el fundamento del derecho en la fuerza y la autoridad (los escépticos como Trasímaco, los sofistas en general, Montaigne, etc.), otros la ponen directamente en el Estado (el realismo empírico seguido por Hobbes entre otros). Algunos otros ponen el fundamento del derecho en la historia. La teoría del historicismo ve el fundamento del derecho en la explicación causal de los hechos que se suceden y determinan el derecho. Por último, algunos ponen el fundamento del derecho en la divinidad (el teologismo que reduce el derecho a la voluntad divina, a un “mero mandato”) o en la utilidad (el utilitarismo que reduce el derecho a la utilidad). Cfr. DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 507-515.

que las distintas teorías del derecho natural (se hayan posicionado a favor del iusnaturalismo o del positivismo) han otorgado validez al derecho positivo ¹¹⁸⁷.

El derecho positivo se presenta como garante de un orden, contribuyendo a una seguridad en la convivencia por lo que ha sido innegable su peso y su labor ¹¹⁸⁸ y, como indica Del Vecchio, el derecho natural se caracteriza por conformar el “deber ser” de ese derecho positivo, y por tanto existe por tener validez ideal ¹¹⁸⁹.

Así, para que una teoría de derecho natural tenga validez debe existir acuerdo sobre el sistema de valores que usa para enjuiciar los hechos considerados como naturales en el hombre y sobre lo considerado como “natural” en el hombre ¹¹⁹⁰. El acuerdo entonces, como explica Bobbio, radica en que el iusnaturalismo se explica como teoría de la moral y no como un determinado sistema de valores. El iusnaturalismo es, en realidad, el conjunto de conceptos, razonamientos y argumentos que se usan para justificar un concreto sistema de valores, es decir, un concreto derecho natural. Así el iusnaturalismo no tiene preferencias éticas. Cualquier sistema de valores puede adoptar el nombre de derecho natural “cuando recurre a la naturaleza para demostrar que su sistema de valores es objetivo” con el uso de argumentos ¹¹⁹¹.

Podemos ver en Gény trazas de esa consideración del derecho natural como conjunto de argumentos que componen la justificación del sistema de valores que regirá

¹¹⁸⁷ El iusnaturalismo (a diferencia del positivismo) adoptará una teoría de la desobediencia para ciertos casos, reconociendo para todos los demás el deber de obedecer el derecho positivo. Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, op. cit., pp. 27- 28.

¹¹⁸⁸ *Ibid.* El derecho positivo lo define Del Vecchio como el “sistema de normas jurídicas, que informa y regula efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento histórico”. Son aquellas normas jurídicas que “son efectivamente impuestas” con independencia de su valor. Cfr. DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 380. Así, el derecho en su dimensión extrínseca u objetiva se presenta como una imposición de normas jurídicas y en su dimensión intrínseca o subjetiva, se presenta como garante de la libertad. El derecho es como indica el autor, “la coordinación de la libertad, bajo la forma imperativa”. *Ibid.*, p. 409.

¹¹⁸⁹ No se puede medir o juzgar el derecho natural por su efectiva realización en el “ser” del derecho, es decir, en el derecho positivo. Cfr. DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 317.

¹¹⁹⁰ Cfr. BOBBIO, N., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, op. cit., p. 165. Bobbio concluye que de los teóricos del derecho natural ha aprendido a distinguir lo que es natural en el hombre (lo que ocurre con más frecuencia entre los hombres) y lo que no lo es. Pero en ningún momento existe un criterio que nos permita pasar de lo natural a lo justo. Lo natural se ha descubierto como un juicio sobre hechos mientras que lo justo o injusto se obtiene por un juicio de valor. La insuficiencia de los teóricos del derecho natural radica en que parten de un sistema de valores previo a su observación de la naturaleza por lo que una vez observada la naturaleza (por ejemplo, Hobbes que observa que el hombre en el estado de naturaleza está en guerra) la juzgan como buena o mala (el estado de guerra es malo) y deducen de allí la ley natural (el hombre busca la paz). *Ibid.*, pp. 163-164.

¹¹⁹¹ *Ibid.*, pp. 169 y ss., particularmente pp. 172, 174.

el derecho positivo. Gény estructura su derecho natural sobre la base de un “dado” racional (completado con el “dado” ideal, histórico, y real). El “dado” racional sirve de base que se concreta de un modo distinto con el tiempo y al tenor de la evolución del conocimiento científico y de los descubrimientos del mundo de las ideas. Concretamente, cuando el ideal formulado ha conseguido elaborar un discurso conforme a la razón (a los conceptos que muestra la razón como inmutables) entonces pasa a ser derecho natural ¹¹⁹². La idea de “razón” (y sus derivados, como la idea, de “racionalidad”) es fundamental para Gény hasta el punto de encontrarse en la más alta posición de todo su sistema. Si queremos indagar un poco más en esa idea de “razón” y descubrir cómo esta idea puede ser entendida dentro del sistema de Gény, con el fin de medir la valía histórica y actual de este sistema, debemos acudir a los significados históricos y actuales de la idea de “razón” y su vinculación con el derecho.

Debemos entonces abordar el problema de la “razón” o “racionalidad” en el derecho natural y por tanto también el problema del “derecho natural racional”. Dicha cuestión se plantea no sólo por el peso que la racionalidad ha tenido a lo largo de la historia del derecho natural sino por el papel fundamental que desempeña, incluso en la actualidad, con las llamadas teorías de la argumentación jurídica. De lo que se trata es por tanto de saber hasta qué punto la racionalidad que ha estado presente en las doctrinas del derecho natural a lo largo de la historia, sigue hoy siendo relevante para la comprensión de la teoría del derecho y de su aplicación.

Las posturas vanguardistas ven el derecho natural como “un conjunto de tesis metaéticas”, es decir, un método de acercamiento a valores y coinciden en afirmar la necesidad de que todo sistema jurídico reconozca unos derechos básicos de quienes lo integran, así como defender “la posibilidad de conocer y justificar racionalmente tales derechos” ¹¹⁹³. Vemos la importancia entonces que sigue teniendo en la justificación del derecho el aspecto “racional” que permite conocer racionalmente los objetos que componen el derecho.

¹¹⁹² Véase GÉNY, F., “La laïcité du droit naturel”, *op. cit.*, p. 19 y GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 388.

¹¹⁹³ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos. Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p 137. Cfr. HERRERA FLORES, JOAQUÍN, “Reflexiones teóricas sobre el uso contemporáneo del derecho natural como método”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 4, 1987, pp. 296-297.

Veremos que el concepto de “razón” ha tenido varios significados a lo largo de la historia. En un primer momento, Según Massini Correas, la ley natural en la concepción clásica de naturaleza-entelequia, era “capaz de ser fuente de sentido jurídico y raíz de contenidos normativos con relativa independencia del sujeto pensante”, es decir, por sí misma, como razón autónoma. Hoy en día, sin embargo, ya no es aceptado el concepto clásico de ley natural y esa raíz de contenidos normativos se encuentra en la razón del propio sujeto, “quien fabrica normas y principios prácticos a partir de postulados de su misma razón” ¹¹⁹⁴.

La razón o racionalidad, aun puesta en el sujeto, no puede resultar plenamente subjetiva. Si seguimos a Herrera Flores, la idea de razón o racionalidad carecería de todo contenido, y se reduciría a una premisa formal que permite “conectar nuestros deseos, necesidades y fines con las pautas teóricas y prácticas influyentes en la acción humana colectiva” ¹¹⁹⁵.

Así, ser “racional” consistiría en actuar “conforme” a “unas determinadas normas y reglas imperantes en una comunidad o forma de vida” siendo el hombre racional el que pone en práctica “esa normativa estructural en el conjunto de su acción cotidiana”. También la racionalidad, vista desde una “abstracción especulativa”, permitiría discriminar por medio de “instancias crítico-valorativas” “los posibles modos de praxis en función de principios universales y abstractos” ¹¹⁹⁶.

Frente a un iusnaturalismo dogmático basado en un objetivismo ontológico, como el iusnaturalismo tradicional o el racionalista, parece que el “más acorde con las exigencias filosóficas y jurídicas del presente” sea “un iusnaturalismo crítico, que propugna una racionalidad práctica intersubjetiva y concibe la naturaleza como el conjunto de necesidades antropológicas que enmarcan el devenir histórico de las sociedades” ¹¹⁹⁷. De este modo, la racionalidad ya no pone sus miras en una

¹¹⁹⁴ Esto supone que la fundamentación del derecho “ya no radica en la ley eterna de Dios, ni en la ley natural descubierta a partir de las estructuras de las cosas” sino, pura y simplemente, ya sea en “la razón del sujeto constructor”, ya sea en “los simples mandatos del soberano”. Cfr. MASSINI CORREAS, CARLOS IGNACIO, “La teoría del Derecho Natural en el tiempo posmoderno”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (Buenos Aires, 1977)*, volumen 2, número 21, 2005, pp. 289-303, pp. 292-293.

¹¹⁹⁵ Cfr. HERRERA FLORES, J., *op. cit.*, pp. 313-314.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 315-317.

¹¹⁹⁷ Sostiene Pérez Luño que “el ejercicio actual de la racionalidad práctica puede y debe contar con las aportaciones de otras tradiciones culturales, así como con los datos últimos de la evolución del

universalidad absoluta que tiende a generar principios generales vacíos de contenido sino en una racionalidad socio-antropológica que tiene en cuenta al hombre ya no desde la perspectiva ontológica sino antropológica, como ser social determinado por estructuras socio-históricas, culturales, etc. De este modo se permite relativizar el acercamiento metodológico racional a la ontología fundamental del hombre con los aportes del existencialismo y del posestructuralismo. Así, el hombre no sólo se constituye preponderantemente de principios racionales especulativamente descubiertos que puedan legitimar toda una razón práctica y toda una práctica social racional, sino que “lo social” más que un accidente de la racionalidad del hombre constituye, por sus estructuras, una determinación antropológica irrevocable, contingente y por “desentrañar” en cada momento histórico y en cada sociedad.

No obstante, un posible intento de fundamentar el orden jurídico positivo en unos principios distintos del derecho natural racionalista nos sitúa en una vertiente hasta ahora desconocida de superación conjunta del iuspositivismo y del iusnaturalismo ¹¹⁹⁸.

Es necesario acercar más estrechamente el derecho natural al derecho positivo y viceversa. Aun teniendo el derecho natural un “alcance tan extenso como la propia naturaleza humana”, defiende Leclercq que debe ser adaptado a las circunstancias

pensamiento filosófico y científico”. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., “Los clásicos españoles del Derecho natural y la rehabilitación de la razón práctica”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 12, 2001, pp. 313-323, pp. 322-323.

¹¹⁹⁸ Como indica Horn, con el renacimiento del derecho natural, después de 1945, “lo que se quería crear no era un oponente a la Escuela Positivista [que llevó al desastre del nazismo] en el sentido de la obediencia a las leyes en general, ya que esto es un precepto de justicia (de la *iustitia legalis*), sino que lo que se postuló fue una función estabilizadora y complementaria del Derecho natural como “elemento de la Ciencia jurídica positivista”. HORN, N., “Sobre Derecho natural racionalista y Derecho natural actual”, traducción del alemán de María José Falcón Y Tella, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época, Vol.1, Universidad complutense de Madrid*, pp. 84-85. Es importante tener presente la diferencia entre las nociones de “derecho natural” y de “derecho positivo”, y las nociones de “iusnaturalismo” y de “iuspositivismo”. El derecho natural, a lo largo de la historia, ha consistido en una doctrina destinada a fundamentar y explicar el derecho positivo. El iusnaturalismo y el iuspositivismo se constituyen como ideologías o corrientes ideológicas que emiten un juicio de valor que establece una jerarquía o primacía entre el derecho natural y el derecho positivo. Así, podemos decir que todo derecho positivo estará siempre construido sobre las bases de una concreta doctrina de derecho natural, no obstante, una vez construido el derecho positivo podemos calificarlo como superior al derecho natural (iuspositivismo) o como inferior, es decir, situando al derecho natural como superior, preferente y anterior a él (iusnaturalismo). Para mayor desarrollo Véase HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1989.

particulares y “hasta allí llegaría su contenido” cuyo límite podría venir dado por la sociología ¹¹⁹⁹.

Esta perspectiva de un derecho natural adaptado a los hechos, ofrece a la teoría jurídica actual, como indica Massini Correas, un contexto de ideas en el cual los problemas de indeterminación, irresolubilidad y conflictualidad dentro del derecho, cuando se exige al derecho certidumbre, posibilidad de objetivación y determinación, “pueden alcanzar soluciones satisfactorias y racionalmente justificadas” ¹²⁰⁰.

Lo que parece insuficiente como fundamentación del derecho natural es la visión de los posmodernos y su posestructuralismo arqueológico por el que entienden que: “los procesos de fundamentación o justificación racional de lo jurídico resultan sustituidos por una «arqueología» o «genealogía» del derecho, que busca develar su origen encubierto en relaciones de mero poder” ¹²⁰¹. Sin embargo, todo sistema de derecho necesita de un criterio de fundamentación de la obligatoriedad de las normas jurídicas “ya que el mero *factum* de la fuerza no es suficiente” y se necesita “una instancia crítica de apelación valorativa, situada más allá del mero poder” ¹²⁰².

Por lo que podríamos afirmar que, si bien la racionalidad es un elemento necesario dentro del derecho natural, no parece ser capaz hoy en día de proporcionar un método *per se* dador de las disposiciones o principios de derecho natural, aunque pueda contribuir al “método aplicador” o “concretizador” de los principios o disposiciones normativas del derecho natural junto a otros elementos.

¹¹⁹⁹ Cfr. LECLERCQ, J., *Del Derecho natural a la Sociología*, Traducción José-Angel de Juanes, Morata, Madrid, 1961, p 226. Cfr. SERRANO VILLAFANE, E., “La filosofía del derecho y el derecho natural en Heinrich Henkel (Derecho natural, Derecho «correcto» y Derecho positivo)”, *Anuario de filosofía del derecho*, número 15, 1970, p. 14.

¹²⁰⁰ Cfr. MASSINI CORREAS, C.I., “Iusnaturalismo e interpretación jurídica”, en ALARCÓN CABRERA, CARLOS., y VIGO, RODOLFO LUIS., *Interpretación y argumentación jurídica: Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Argentina, 2011, p. 338. Incluso, para Mark C. Murphy el derecho natural se compone de proposiciones normativas como proposiciones descriptivas de la naturaleza humana. Dado que ambas se basan en un “referente semántico” es posible “fundar dialécticamente las primeras sobre las segundas, aunque no pueda establecerse entre ellas relación lógica propiamente dicha”. *Ibid.*, p. 329.

¹²⁰¹ Entiende que la única justificación del derecho reside en la existencia de concretas relaciones fácticas de poder procedentes de un continuo histórico. Cfr. MACINTYRE, A., *Tres versiones rivales de la ética. Enciclopedia, genealogía y tradición*, traducción R. Rovira, Rialp, Madrid, 1992, pp. 61 ss. Cfr. MASSINI CORREAS, C.I., “La teoría del Derecho Natural en el tiempo posmoderno”, *op. cit.*, p. 295.

¹²⁰² Cfr. MASSINI CORREAS, C.I., “La teoría del Derecho Natural en el tiempo posmoderno”, *op. cit.*, pp. 296-297.

En conclusión, podemos sostener que la racionalidad del derecho natural en su dimensión formal (como procedimiento) encaja con la racionalidad formal exigida a la metodología jurídica, pero esto ya se podía intuir de antemano. El problema radica en si la racionalidad “material” como “validadora” de normas (o “regla de reconocimiento” de normas pertenecientes al derecho natural por su contenido racional) puede llegar a *justificar* la concreta aplicación del derecho positivo. A este último problema, hay que añadirle la pregunta de si la racionalidad puede servir como contexto de descubrimiento de las premisas del derecho natural y de si existe una racionalidad (una posible teoría de la racionalidad) suficiente para justificar el contenido del derecho natural y el método para su aplicación.

2. El derecho natural anterior a la época moderna: el problema de la “naturaleza” y de la “razón”

En este apartado no pretendemos llevar a cabo una historia exhaustiva de todas las distintas doctrinas del derecho natural sostenidas desde la Antigüedad hasta la Edad Moderna. Para nuestro propósito, será suficiente hacer referencia a Tomás de Aquino y a su doctrina del derecho natural, así como brevemente a la doctrina de la ley natural sostenida por Aristóteles. Queremos con estas líneas mostrar las posibles analogías entre el pensamiento sobre el derecho natural de Tomás de Aquino y de Aristóteles con el sostenido por Gény, así como apuntar el trazo característico que define la idea de “razón” o “racionalidad” en esos dos pensadores.

En Aristóteles se presenta, dentro de la idea de justicia política, los conceptos de “justo natural” y de “justo legal”. Lo “justo natural” consiste en todas aquellas normas y reglas no escritas que son inmutables y por ello son válidas para todos los pueblos, y lo “justo legal” consiste en las normas y reglas particulares de un pueblo, que nacen por convención, son variables, dependen de la voluntad del legislador, y regulan cuestiones cuya regulación resulta en principio indiferente. Lo “justo natural” (o justicia natural) se encuentra jerárquicamente a un nivel superior que lo “justo legal” (o justicia legal) ¹²⁰³.

¹²⁰³ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, op. cit., pp. 110-112.

Gény defiende el análisis racional que ha realizado Aristóteles del concepto de justicia como un análisis racional universalmente válido y el más logrado ¹²⁰⁴.

Vemos que, con Aristóteles, la justicia natural tiene validez general y es axiológica mientras que la “ley positiva” (justicia legal) es “axiológicamente indiferente” ¹²⁰⁵. Esto recuerda al concepto de ley positiva como técnica jurídica desarrollado por Gény. Para Gény, la técnica jurídica es axiológicamente indiferente, por ello, al ser la ley positiva un instrumento de la técnica jurídica, también esta resulta ser indiferente en el plano de los valores ¹²⁰⁶.

El concepto de naturaleza o de “lo natural” como algo evidente, constatable fácilmente, e inmutable va a suscitar muchas controversias. El propio Aristóteles acabará reconociendo que “lo natural” se mide con el criterio de validez general y que la mejor constitución política no es la mejor en lo absoluto, sino la que es más realizable para la mayoría de los Estados, la más realista ateniéndose a las fuerzas y medios del hombre corriente. Esta condicionalidad de lo natural (y por tanto de lo mejor) va a imposibilitar la constitución de un derecho natural ideal y abrirá la puerta a “la condicionalidad” y “singularidad histórica” del derecho natural ¹²⁰⁷. Es más, con

¹²⁰⁴ Véase en general GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 392, 394. “la precisión más clara que se ha intentado de la noción de justicia, en cuanto a sus principios al menos, se remonta, a Aristóteles. Y los modernos, que persisten en buscar en la razón las bases objetivas del derecho natural, no han podido sino retomar los análisis del Filósofo” (“*la précision, la plus nette, qu'on ait tentée de la notion de justice, remonte, pour ses principes du moins, à Aristote. Et les modernes, qui persistent à chercher dans la raison les bases objectives du droit naturel, n'ont pu que reprendre les analyses du Philosophe*”). *Ibid.*, pp. 390-391. Es más, explicando la doctrina de Cathrein, Gény explica respecto de la actividad moral que “el principio rector, ya claramente vislumbrado por Aristóteles, mejor determinado por los escolásticos, susceptible de encontrar aún más precisión en las filosofías de nuestro tiempo, se situará en la adaptación de la conducta a la naturaleza razonable del hombre, tomado en sí mismo o en sus relaciones con todos los demás seres; de tal manera que la regla moral debe tender a asegurar al hombre la situación que su naturaleza razonable le asigna dentro del conjunto del mundo” (“*le principe directeur, déjà nettement entrevu par Aristote, mieux déterminé par les scolastiques, susceptible de rencontrer encore une précision plus grande en la philosophie de notre époque, sera placé dans l'adaptation de la conduite à la nature raisonnable de l'homme, pris en lui-même ou dans ses rapports avec tous les autres êtres; de telle sorte que la règle morale doit tendre à assurer à l'homme la situation, que lui assigne sa nature raisonnable dans l'ensemble du monde*”). *Ibid.*, p. 299.

¹²⁰⁵ Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 36.

¹²⁰⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 18-19. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 155. Esto no significa que la técnica jurídica no tenga fines, como el de la “realizabilidad”, entre otros. Concretamente, Gény propone una formulación del fin de la técnica jurídica como “la realización efectiva de la justicia entre los hombres”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 12.

¹²⁰⁷ Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 38.

Aristóteles, se lleva a cabo una “metafísica teleológica” en la que se mezcla la idea con el concepto de naturaleza. Esto permitirá crear un derecho natural ideal ¹²⁰⁸.

Pasando ahora a la doctrina del derecho natural sostenida por Tomás de Aquino, apuntamos en primer lugar el vínculo entre esta doctrina y la de Aristóteles. Concretamente, Tomás de Aquino partirá del esquema propuesto por Aristóteles, aunque lo simplifique ¹²⁰⁹ y lo complementará con la jurisprudencia romana ¹²¹⁰. Es más, en cuestiones prácticas y en lo referido a la “naturaleza de las cosas”, Tomás de Aquino se basará en la metafísica aristotélica mientras que en cuestiones de fe se basará en la metafísica agustiniana ¹²¹¹.

La justicia general en Tomás de Aquino va destinada a ordenar las acciones de los hombres en relación a los otros hombres. Se desenvuelve por tanto en la comunidad y va destinada a la consecución del bien común ¹²¹². La Justicia general al ordenar al hombre cosas en relación al otro, incluye una noción de igualdad ¹²¹³. Tomás de Aquino asociará la justicia general a la justicia legal de Aristóteles, es decir, a la observancia de las leyes de la comunidad ¹²¹⁴. La justicia particular hace referencia a las relaciones entre individuos, nacidas del trato cotidiano y privado y también, a través de ella, se ejerce la “igualdad” entre particulares ¹²¹⁵. Gény vinculará la idea de justicia con la idea de igualdad y con una idea de bien, incluida dentro de la idea de utilidad ¹²¹⁶.

¹²⁰⁸ *Ibid.*, pp. 30-31. Es indudable la presencia de una dimensión teleológica y metafísica en la noción de naturaleza de Aristóteles, “en la cual el deber ser aparece como intrínseco al ser”. No obstante, como observa López Hernández, Aristóteles habla bien poco de “derecho natural”. A lo que hace referencia es a lo “justo natural” y este se refiere a una subdivisión de la justicia general (la justicia de la *polis*) que como tal es una justicia “referida a la *polis* y no al individuo”, de allí que no sea de aplicación plenamente el concepto metafísico de naturaleza (en la que se engloba al individuo) que desarrolla Aristóteles. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 100, 118.

¹²⁰⁹ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 196.

¹²¹⁰ Cfr. TRUYOL Y SERRA, ANTONIO, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Tomo I: De los orígenes a la baja Edad Media, Alianza editorial, Madrid, 1987, p. 370.

¹²¹¹ Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, pp. 70-71.

¹²¹² Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 196. En Aristóteles, la justicia total permite realizar la virtud de la justicia como perfeccionamiento destinado a un tercero (el que recibe los efectos de la acción justa). *Ibid.*, p. 104.

¹²¹³ Cfr. TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Tomo I, p. 370.

¹²¹⁴ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 197.

¹²¹⁵ Existe dos clases de justicia particular en Tomás de Aquino. La justicia conmutativa que trata de ordenar “los intercambios y relaciones entre individuos bajo el criterio de la igualdad”. Por otro lado, tenemos la justicia distributiva que busca repartir en individuos particulares los bienes de la comunidad. Consiste por tanto en “ordenar el bien común hacia las personas privadas” (mientras que la justicia legal o justicia general “ordena las personas privadas hacia el bien común”). *Ibid.*, p. 197. En Aristóteles, también existe la noción de “igualdad” como parte de la noción de justicia. Concretamente, la justicia

Tomás de Aquino distingue distintos tipos de ley ¹²¹⁷. En esa jerarquización que propone Tomás de Aquino de las leyes, quedando la ley divina por encima de todas las demás, vemos una analogía con la estructura jerárquica que propone GénY para su sistema de derecho cuando indica que la soberanía de la ley reside, no en el Estado o en la opinión pública, sino en la justicia y que esa justicia emana de Dios y será encontrada o en la propia naturaleza (lo que equivaldría a la ley natural o a la ley eterna) o en las revelaciones de Dios (ley divina) ¹²¹⁸. Es más, la ley (en una concepción general) es, para Tomás de Aquino, la “regla y medida de las acciones humanas” y sólo la razón “puede ser regla y medida” por lo que la ley es necesariamente obra de la razón. Basar la ley en la voluntad es crear una ley injusta ¹²¹⁹. La razón guiará tanto la construcción del sistema de derecho de GénY (la elaboración de las leyes) como su aplicación y dejará la voluntad para el aspecto técnico del derecho ¹²²⁰.

particular consiste en reconocer la igualdad que debe presidir la “relación con otro”. La justicia particular se desenvuelve en una relación de intersubjetividad (Aristóteles presenta tres subtipos, la justicia distributiva, la correctiva y la retributiva). Con la justicia retributiva existe igualdad entre las personas (lo que descarta la posibilidad de aplicar una justicia distributiva), y diferencia de especie y cantidad en los objetos que conforman la relación (lo que hacen imposible aplicar la justicia correctiva). Para esta justicia, se busca una “reciprocidad” que se conseguirá contemplando el aspecto económico del intercambio y el papel valioso que desempeña la moneda. *Ibid.*, pp. 106-107.

¹²¹⁶ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 122. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 394. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 103-104. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 91. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 26.

¹²¹⁷ 1) Ley divina como aquella ley transmitida al hombre por vía de la revelación. 2) Ley eterna. Esta ley es la razón divina y es el fundamento de toda ley. Dios ha creado el mundo y lo gobierna. La razón divina contiene en forma de ideas todas las cosas creadas, así como sus fines según el designio divino. La ley eterna sólo puede ser conocida por el hombre común (no santo) por su “irradiación” en el mundo terrenal. 3) Ley natural. “la ley eterna y la ley natural no se confunden” pero tampoco son distintas, son dos modos de ser de una misma ley (la ley divina). Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 189-195. La ley natural, en Tomás de Aquino, es la “participación específica, intelectual de la criatura racional” (el hombre) en la ley eterna. Véase TOMÁS DE AQUINO, *Summa teológica*, I-IIae, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1990, q. 91, art. 2.

¹²¹⁸ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 85.

¹²¹⁹ Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa teológica*, I-IIae, *op. cit.*, q. 90, art. 1.

¹²²⁰ En cuanto a la necesidad de estudiar la ley desde una perspectiva racional. Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 69. El derecho concebido como una construcción racional. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 419. En cuanto a la necesidad de investigación racional de las reglas de derecho. *Ibid.*, pp. 31-32. Como indica Tomás de Aquino, la voluntad es el medio usado por la razón para realizarse. Véase TOMÁS DE AQUINO, *Summa teológica*, I-IIae, q. 17, art.1. Como recuerda Carpintero, para Tomás de Aquino la voluntad aun siendo la “raíz de la libertad” no deja de tener su causa en la razón (ya que toda voluntad, aunque pareciese dirigirse hacia el mal, tiene que interpretarse como voluntad dirigida hacia un fin “mal interpretado” o “incompleto”). Cfr. CARPINTERO BENÍTEZ, FRANCISCO, “Sobre la ley natural en Tomás de Aquino”, *op. cit.*, p. 316. Basado en TOMÁS DE AQUINO en *Summa teologica*, I-II, q. 17, art. 1.

La ley natural tiene los caracteres de cognoscible, universal, inmutable¹²²¹ e indeleble (es decir, grabada en los corazones de los hombres. Sus primeros principios o preceptos no pueden ser borrados, no obstante, por la “concupiscencia u otra pasión” la razón puede verse ineficaz para imponer preceptos más concretos y no tan generales. En cuanto a sus primeros preceptos (los más generales)¹²²². Según Tomás de Aquino, los principios prácticos, “en cuanto principios primeros”, son captados por “evidencia analítica sin necesidad de discurso ni, menos aún, de demostración” y por ello se identifican con “los primeros preceptos de la ley natural”¹²²³. Gény entenderá que existen primeros preceptos que la razón descubre como universales e inmutables que conforman el “dado” racional, así como preceptos más concretos y mudables que se encuentran en los demás “dados”. El “dado” racional de Gény contendrán en su seno la ley natural, que debe ser buscada por el hombre. Gény no hablará de ley divina o eterna, pero estas, por ser leyes superiores al hombre que se le imponen a su conciencia de forma objetiva y por un principio superior al propio hombre (Dios), podemos entenderlas incluidas en esa amplia idea de “naturaleza de las cosas”¹²²⁴.

En cuanto a la ley humana, Tomás de Aquino nos explica que esta deriva de la ley natural (la cual encuentra su fundamento en la ley divina) y toda ley humana contraria a la ley natural “ya no es ley, es corrupción de ley”¹²²⁵. La ley humana se

¹²²¹ La invariabilidad del derecho natural en Tomás de Aquino se explica porque la voluntad divina es invariable. La voluntad divina es invariable porque las ideas eternas (sede de la sabiduría de Dios) también lo son. Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 78.

¹²²² Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 192-193. Véase TOMÁS DE AQUINO, *Summa teológica*, I-IIae, *op. cit.*, q. 94, art. 6. Tomás de Aquino va a limitar la cognoscibilidad inmediata del derecho natural exclusivamente a los principios supremos. Es decir, que los principios supremos del derecho natural son conocidos por todos los hombres, mientras que sus aplicaciones pueden dar lugar a errores (no culpables). Tomás de Aquino se acoge a la doctrina de Aristóteles sobre la culpa y la imputación basada en la voluntariedad. Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 81.

¹²²³ Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa teológica*, I-IIae, *op. cit.*, q. 94, art. 2.

¹²²⁴ Gény habla de un mínimo de preceptos universales e inmutables que constituyen una “evidencia racional” de las cosas. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 102. Cfr. GÉNY, F., “La laïcité du droit naturel”, *op. cit.*, pp. 8-9. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 381, 393. Gény habla de “leyes naturales” (físicas, psicológicas, morales, sociales, o trascendentales) que se imponen al hombre y no pueden ser infringidas por “una voluntad rebelde”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 43-45, 134. Nos recuerda Auberger el mensaje de Gény en su *Ultima Verba*, destinado a las generaciones futuras que les invita calurosamente a recurrir a la ley natural. Cfr. AUBERGER, MICHEL, “De Méthode... à Ultima Verba... et au-delà”, *op. cit.*, p. 231.

¹²²⁵ Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa teológica*, I-IIae, *op. cit.*, q. 95, art. 2. Como explica Welzel, en Tomás de Aquino, el hombre posee dos “naturalezas”, la naturaleza sensible de la que se deduce el pecado y el vicio, y la naturaleza racional. No todas las inclinaciones naturales son “naturales” en sentido axiológico, sino sólo las buenas, “libres del vicio”. Sólo serán “naturales” las inclinaciones naturales que sigan la razón (no lo sensible) es decir las que sean buenas. Así, “lo bueno” pasará a definir lo que es “natural”. “Lo bueno” para Tomás de Aquino serán los valores cristianos. Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 77.

obtiene, por un lado, por conclusión de la ley natural, es decir, como la conclusión de un silogismo aplicado a uno de los primeros preceptos (o principios comunes) de la ley natural (por ejemplo, del precepto general o común de la ley natural que manda “no hacer mal a nadie” puede derivarse el precepto “no matarás”). Por otro lado, se obtiene de la ley natural, preceptos por “determinación”. En este caso, los preceptos por determinación “no tienen más fuerza que la ley humana” (a diferencia de los preceptos obtenidos por “conclusión”), debido a que se limitan a elegir entre varias de las posibles opciones que ofrece la ley natural ¹²²⁶. Los preceptos de la ley humana obtenidos por determinación de la ley natural son axiológicamente neutros. Estos preceptos por determinación recuerdan la técnica jurídica de Gény en la que predomina la voluntad enfrentada a varias opciones indiferentes para la ciencia del derecho ¹²²⁷.

Para Tomás de Aquino la ley humana, aunque pueda ser corrupta y deba ser condenada por injusta, su cumplimiento no puede quedar al libre arbitrio de los que quedan sujetos a ella. La ley humana debe imponerse coercitivamente, por la “fuerza de la colectividad” ¹²²⁸. Gény condenará igualmente toda ley humana (ley positiva) contraria a los principios de justicia, pero, por razones de seguridad y orden, otorgará presuntivamente la consideración de justa a la ley humana (positiva) para que sea impuesta coercitivamente ¹²²⁹.

Para los Tomistas: “la reflexión jurisprudencial nos muestra más bien reglas que no normas, porque la regla es un criterio racional que busca imponerse por la fuerza de su racionalidad, mientras que la norma es un precepto que reclama obediencia por estar

¹²²⁶ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 194. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa teologica*, I-IIae, *op. cit.*, q. 95, art. 2.

¹²²⁷ La voluntad interviene como el medio libre que va a construir la técnica jurídica. Igualmente, la voluntad siempre está supeditada a la consecución de fines que ella misma no sabe darse. Es una pericia en la elección de medios destinados a cumplir fines. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, sec. 90-91. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 23, 34-35 y.

¹²²⁸ Cfr. TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Tomo I, *op. cit.*, p. 369.

¹²²⁹ Gény quiere probar la necesidad del derecho natural mostrando que, aun existiendo medios sociales y políticos suficientes para garantizar un orden eficaz en una sociedad determinada, queda abierta la pregunta sobre la noción misma de orden. Esa pregunta será resuelta por el derecho natural. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 70. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 146-148, 220-221, 234. Gény igualmente atribuye a la ley positiva el carácter de ley provisionalmente justa y cuya autoridad se fundamenta en su carácter previo a toda otra reflexión posterior, más detenida y profunda sobre la justicia. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. XX. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 78. El derecho natural siempre debe prevalecer sobre la ley positiva. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 74, 234.

impuesto por una voluntad superior”¹²³⁰. Ya hemos dicho que el derecho no es *sólo razón*, pero la razón aquí (el concepto de *razón escolástica*) se opone la *voluntad* (concepto de voluntad), es decir, que opone la idea de *un conocimiento* (el obtenido por la razón) a la idea del *conocimiento* dado por la voluntad (redundante en una arbitrariedad). No es posible querer sostener la tesis antropológica propuesta por el voluntarismo de Scoto para el establecimiento de una jurisprudencia, en definitiva, de un “derecho”. El voluntarismo no reconoce ninguna fuerza vinculante a la racionalidad, entendida como *intelectualidad* (y no mera ciencia empírico-positiva). Posiciona al hombre en un estado en el que su voluntad trasciende los mandatos de la razón y no sólo puede, sino que quiere prescindir de las ataduras de la razón para declarar su voluntad totalmente libre. “La ratio legis, es decir, aquello por lo que la ley es ley, le llega a una conducta -de acuerdo con Duns y sus seguidores- porque una voluntad más fuerte impone su cumplimiento” y entonces “si el ser humano es determinado a obrar por la fuerza de una simple voluntad superior, entonces no es libre”¹²³¹.

Si partimos del supuesto de que el bien del hombre debe ser conocido de un modo u otro por él mismo, la voluntad como fuerza de movimiento del hombre no puede ser en sí instrumento de conocimiento del bien sino sólo el instrumento de realización efectiva del bien concreto para cada hombre. Por lo que el hombre necesita conocer “su bien concreto” lo que pasa por conocer “el bien en general” y estos dos conocimientos sólo pueden darse por las vías del conocimiento racional (entendido escolásticamente). Una vez conocido el bien (o los varios “bienes”) el hombre ya no está en condición de elegir, si no es para elegir el bien, ya que, sosteniendo la tesis tomista, toda acción humana tiene por causa primera la realización de un fin humano. Todo fin humano es a la vez un bien para él mismo, siguiendo la tesis tomista, por lo que no cabe como fin el mal. Entonces, toda voluntad que pareciese dirigirse hacia el mal tiene que interpretarse como voluntad dirigida hacia un fin “mal interpretado”, “incompleto” o un fin que sea bien “concreto” pero que constituya un mal “general”. “Tomás entendía que lo que impera al hombre no es la voluntad, sino su razón misma a

¹²³⁰ Cfr. CARPINTERO BENÍTEZ, F., “Sobre la ley natural en Tomás de Aquino”, *op. cit.*, p. 312.

¹²³¹ *Ibid.*, p. 318-319.

través de la voluntad, de modo que la raíz de la libertad es la voluntad, como su subjectum, pero su causa es la razón”¹²³².

Esta idea tomista encaja perfectamente con la concepción del derecho natural de Gény y su distinción entre ciencia (donde impera la razón) y técnica (donde impera la voluntad).

En definitiva, nos adentramos aquí en la necesidad de contemplar al hombre como sujeto de derechos. Es algo necesario en sí mismo más allá del poder político. Concretamente, aquellas “situaciones en las que un hombre puede hacer algo de acuerdo con las leyes divinas, naturales o humanas” han estado presentes y han sido conocidas siempre por los juristas como el *jus utile*, o con terminología moderna que pasó a denominarlas *ius subjetivum*¹²³³.

Por último, como explica Bobbio, con el iusnaturalismo escolástico el derecho natural se presenta como el conjunto de primeros principios éticos que provienen de la naturaleza¹²³⁴ y que van a inspirar las reglas de derecho positivo (con Tomás de Aquino las reglas positivas se obtienen por conclusión o determinación de los preceptos de derecho natural). El derecho natural va destinado al legislador¹²³⁵.

Sin embargo, como bien analiza Bobbio, el positivismo, apoyado en el historicismo, ha criticado que los primeros principios son “meramente formales” y no puede considerarse la existencia de leyes de conducta absolutas e universales porque dichos principios pueden contener cualquier contenido. La historia muestra distintas interpretaciones de la ley natural lo que es prueba de su falta de universalidad y absolutismo¹²³⁶.

¹²³² *Ibid.*, p. 316.

¹²³³ *Ibid.*, p. 226.

¹²³⁴ Si seguimos la explicación de López Hernández, vemos que el derecho natural de Tomás de Aquino, emplea los términos de “naturaleza” y de “cosas” para referirse a la realidad relevante para el derecho. En Tomás de Aquino el derecho se divide en derecho natural o *ius naturale* (aquello sobre lo que recae la justicia que nace de la naturaleza de las cosas en sí mismas. Las cosas son tomadas de forma absoluta sin atender a sus consecuencias), el derecho de gentes o *ius gentium* (aquello sobre lo que recae la justicia según la naturaleza de las cosas tomada en un sentido relativo. Es decir, que se derivan consecuencias de la naturaleza de las cosas y relaciones naturales entre las cosas. De esas consecuencias y relaciones nace el derecho de gentes), por último, el derecho positivo o *ius positivum* (aquello sobre lo que recae la justicia y que es fruto de convención). Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 199-200.

¹²³⁵ Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 76.

¹²³⁶ *Ibid.*, p. 79.

3. El derecho natural moderno: proceso de reducción de la razón a mera facultad instrumental

La Edad Moderna (desde el renacimiento hasta nuestros días) se caracteriza por una andadura autónoma de la metafísica que pasa ahora a designar “una actividad puramente racional” fuera de toda teología o concepción de un ser superior. Con la modernidad se consagra la “autonomía de la razón”¹²³⁷.

En la filosofía del derecho, la modernidad abarca los siglos XVII y XVIII, al son de la modernidad filosófica iniciada a finales del siglo XVI por Descartes. Lo característico de la modernidad filosófica radica en la consideración de la “razón” como simple instrumento, un medio destinado a un fin, hasta el punto de que esa razón instrumental se convirtiera en “algo sustantivo”¹²³⁸. Sin embargo, el concepto de “razón” usado por la metafísica aristotélica-tomista como centro del derecho natural se degrada progresivamente hasta no ser más que la facultad de discernir clara y distintamente, por vía de la percepción, los fenómenos que pueden concebirse en sus diversas partes (por análisis) para ser reconstruidos posteriormente (por síntesis de sus elementos o partes), según el método científico propuesto por Galileo y Descartes¹²³⁹.

No obstante, la doctrina del derecho natural moderno no rompe de lleno con la tradición escolástica (y en general, toda la tradición anterior), sino que supone una readaptación y una reformulación de su contenido a la luz de las sangrientas guerras religiosas y a la progresiva secularización de Europa¹²⁴⁰.

Surge en ese contexto europeo de guerras, una idea metafísica de “naturaleza humana” nueva, que pasa a constituir la base en la que se fundamentan “todas las formulaciones de la doctrina del derecho natural de la época moderna”¹²⁴¹. Con el derecho natural moderno, se modifica la acepción del término “naturaleza del hombre”. Sigue estando en el centro de la doctrina del derecho natural esa idea de “naturaleza del

¹²³⁷ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, op. cit., pp. 245-246.

¹²³⁸ *Ibid.*, p. 246

¹²³⁹ Cfr. WELZEL, H., op. cit., p. 149. No obstante, hay que apuntar que los grandes pensadores de la modernidad como Descartes, Leibniz, Bacon, Hobbes, Locke, Grocio y Pufendorf recibieron una educación escolástica y su pensamiento sólo puede explicarse con referencia a ese influjo muy presente de la escolástica, concretamente de Tomás de Aquino. *Ibid.*, pp. 144-145.

¹²⁴⁰ *Ibid.*, pp. 145-146.

¹²⁴¹ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, op. cit., p. 246.

hombre”, pero ahora, es un “hombre empírico”, “descubierto por la observación detenida y aguda de sí mismo y de los demás”¹²⁴². Si el derecho natural moderno se debía presentar como aquel que pondría fin al conflicto entre los pueblos y los credos, este, debía basarse en el hombre en tanto que hombre (sin religión o nación particular) y debía ir más allá de los meros principios para incluir dentro de la idea de derecho natural todas las conclusiones obtenidas de los primeros principios de derecho natural¹²⁴³.

Los rasgos que caracterizan la concepción del derecho natural de la nueva escuela del derecho natural moderno y lo diferencia del iusnaturalismo clásico se basan en el individualismo (los derechos se encuentran en los individuos como seres independientes), el voluntarismo (el derecho es una facultad del individuo) y el subjetivismo (el derecho se reduce a los derechos subjetivos) todo ello bañado por el racionalismo, es decir, la consagración de una razón analítica y por tanto instrumental que “descubre los caracteres esenciales del hombre” deduciendo de allí los principios que “van a inspirar el derecho positivo”¹²⁴⁴.

Con el derecho natural moderno el derecho positivo va a consistir en el medio o instrumento “práctico-político” con el que el derecho natural se va a hacer efectivo y se va a imponer con la organización del poder, es decir, el Estado mientras que el derecho natural va dirigido al individuo y a sus relaciones de coexistencia fuera del Estado (es decir, del derecho positivo)¹²⁴⁵. Esa Estatalización del derecho va a conllevar que la noción de derecho se reduzca al mandato del soberano. La norma jurídica será jurídica no por su contenido sino por “el modo de su creación o de su ejecución”. El derecho se deshace de todo contenido previo al Estado. La noción de derecho pasa de una materia a una forma: la de la regla jurídica¹²⁴⁶.

¹²⁴² Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 150.

¹²⁴³ *Ibid.*, p. 148.

¹²⁴⁴ “La tesis central del iusnaturalismo moderno se concreta en la existencia de derechos inalienables del individuo, derivados de su propia naturaleza, la cual es concebida como una entidad metafísica inmutable”. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 248, 273, 286.

¹²⁴⁵ Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 77.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, p. 80.

3.1. El voluntarismo

En el voluntarismo propio de la escuela del derecho natural moderno encontramos la referencia a la naturaleza y a Dios, así como a la voluntad de los hombres.

Grocio declarará como fuente del derecho tanto la voluntad divina que incluye la naturaleza humana (debido a que Dios participa de la naturaleza humana) y también considerará como fuente “el consentimiento de las voluntades unidas de todos los hombres”¹²⁴⁷, ya que, para Grocio, cumplir los pactos a través de los cuales nace el derecho positivo, es propio de la naturaleza humana y por ello es obligación del derecho natural¹²⁴⁸. Del mismo modo, para Pufendorf, el derecho tiene su fuente en la voluntad divina o en la voluntad humana, estando siempre presente la idea de la naturaleza humana como base del derecho natural¹²⁴⁹.

Con la escuela del derecho natural moderno se instala una nueva idea sobre la naturaleza del hombre que va a determinar también un nuevo sistema jurídico. En la visión idealista del derecho natural aristotélico-tomista el hombre se desenvuelve hacia

¹²⁴⁷ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, op. cit., pp. 256, 261. No hay que olvidar que, aunque el derecho natural se deriva en última instancia de la voluntad de Dios, este es conocido “inmediatamente”. *Ibid.*, p. 257.

¹²⁴⁸ Para Grocio, el derecho positivo (el derecho de gentes y el derecho civil) nace del consenso, del pacto. El derecho de gentes nace del pacto entre los pueblos y el derecho civil nace del pacto entre hombres individuales. Cumplir esos pactos es propio de la naturaleza humana y por ello es obligación del derecho natural. *Ibid.*, p. 260.

¹²⁴⁹ En cuanto a la noción de naturaleza humana, Pufendorf cogerá de Hobbes su visión pesimista, su “acento individualista” y su noción del “estado de naturaleza”. *Ibid.*, pp. 263-264. Como apunta Welzel, “ninguna argumentación iusnaturalista tiene más valor probatorio que el que se encuentra en sus fundamentos objetivos”. De lo que se trata, es, como ya lo entendió Pufendorf, de no basar una argumentación iusnaturalista sobre la idea hueca de “naturaleza” y seguir indagando la afirmación naturalista si quedan todavía contenidos objetivos que descubrir (por ejemplo, calificar como “mala” por naturaleza una acción no es suficiente. Hay que indagar que constituye la malicia de esa acción). Cfr. WELZEL, H., op. cit., p. 337. Recordamos que, como decía Bobbio, el iusnaturalismo (las doctrinas del derecho natural) como teorías de la moral, son también una teoría del objetivismo ético, es decir, presuponen que en la naturaleza existe un sistema de “entes no producidos por el hombre” que pueden revelar las reglas de conductas del hombre, las cuales poseen un valor universal. Cfr. BOBBIO, N., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, op. cit., 179. Somos partidarios de atribuir a Gény un cierto objetivismo ético. Gény sitúa en lo más alto al “dado” racional como conjunto de principios. Estos principios enjuiciarán el “dado ideal”, el cual proporciona los fines propios del sentir particular de un pueblo conforme a su estado de civilización. Posteriormente, se estudiará la naturaleza de las cosas positivas (se estudiará los objetos, los sujetos y sus comportamientos para descubrir su valía como medio para conseguir un fin, se estudiará la función económico-social de una institución) para conformar el contexto social e institucional en el que van a plasmarse las reglas de derecho positivo, es decir, las reglas que fijan los medios (o criterios) óptimos para conseguir el fin o los fines. Este mecanismo se basa en la idea objetiva de una naturaleza de las cosas y de unos principios indiscutibles.

su naturaleza como el fin que le es propio alcanzar. De esa naturaleza humana podían deducirse preceptos naturales por cumplir. El hombre no tiene una naturaleza de la que pueden derivarse consecuencias axiológicas ¹²⁵⁰. Por ejemplo, para Hobbes, la naturaleza del hombre sólo revela un instinto hacia la lucha y la dominación. De allí se deriva la necesidad de un Estado que frene esos instintos ¹²⁵¹.

A pesar de haber calificado a Hobbes como iusnaturalista (en el sentido moderno) por derivar el derecho natural racionalmente de la naturaleza humana y constituir ese derecho natural como premisa superior “para el nacimiento del Estado y del derecho positivo”, se le califica también de iuspositivista cuando afirma que la ley y el derecho natural no pueden llamarse derecho ni ley y que el derecho y la ley sólo existen porque existe el Estado y como voluntad del Soberano ¹²⁵².

Hobbes va a defender una determinada teoría del derecho natural sin ser iusnaturalista, porque no defiende que ese derecho natural esté a la base del derecho positivo el cual sólo encuentra su fundamento en la voluntad del soberano. De aquí se deriva que, para Hobbes, la justicia es el cumplimiento de las leyes positivas estatales. No existe Justicia “antes del establecimiento de estas” ¹²⁵³.

Para Hobbes, las teorías sobre el derecho natural han fracasado, ya que no han sabido dotar de fuerza vinculante a ningún derecho positivo y, por ese motivo, al no poder establecer un orden positivo estable y fijo, han surgido todo tipo de guerras profanas y religiosas ¹²⁵⁴. Para Hobbes el derecho no debe crear un orden ideal (como lo pretendiera el derecho natural anterior) sino un “orden real de convivencia” ¹²⁵⁵. Hobbes es quien ha formulado la teoría más completa sobre el positivismo jurídico dando un “vuelco total” al iusnaturalismo clásico ¹²⁵⁶ y “el primer autor que sostuvo claramente una concepción positivista jurídica” ¹²⁵⁷. Con el iusnaturalismo Hobbesiano, el derecho

¹²⁵⁰ Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 155. Por ejemplo, es significativo que la sociabilidad en Pufendorf aparezca como un “recurso necesario para la vida del hombre” pero no es ya más como lo había sido desde Aristóteles hasta Grocio un “rasgo esencial de la naturaleza humana”. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 269.

¹²⁵¹ Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 155.

¹²⁵² Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 286.

¹²⁵³ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 309.

¹²⁵⁴ Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 153.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, p. 152.

¹²⁵⁶ Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, *op. cit.*, p. 29.

¹²⁵⁷ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 287.

natural sirve para dar efectividad al derecho positivo porque funda la legitimidad de ese derecho positivo, del orden que conlleva y del soberano mientras que con el iusnaturalismo racionalista moderno el derecho positivo es quien da efectividad al derecho natural ¹²⁵⁸.

Por último, haremos mención a otro iusfilósofo, John Locke, que fue el “representante más significativo de la escuela del derecho natural moderno y el que formula una versión más equilibrada de esta doctrina” ¹²⁵⁹. Locke considera la naturaleza como un conjunto de datos previos que se presentan al hombre por medio de sus sentidos y que son conocidos por la razón. Esos datos previos pueden ser de tres clases: 1) la “inscripción” de la ley natural en la mente del hombre 2) la tradición de lo que se ha dicho que es la ley natural a lo largo de la historia 3) lo percibido por los sentidos. De todas estas formas posibles de conocer la ley natural, para Locke, fiel a su empirismo, esta sólo puede ser aprehendida por los sentidos y conocida por la razón que “argumenta a partir de los datos de la sensación” ¹²⁶⁰. Locke, en la esfera filosófica, fue un pensador empirista y abrió las vías del empirismo extremo que más tarde teorizaría Hume. Locke acaba combinando elementos de la tradición iusnaturalista medieval con la doctrina moderna, hasta concebir la ley natural como “perpetua” e “universal” encontrándose su fundamento en Dios ¹²⁶¹.

Por último, recuerda Locke que la ley natural siempre prevalece sobre la ley positiva. Sólo sobre materias o cosas indiferentes para la ley natural (no reguladas por la ley natural), el magistrado puede regular con plena libertad (arbitrariedad) para crear su contenido ¹²⁶².

¹²⁵⁸ Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, op. cit., p. 78. Necesariamente ve Bobbio que la teoría de Hobbes tiene como consecuencia la reducción de la justicia a la fuerza. La justicia es lo ordenado por el soberano el cual se mantiene como soberano no por la justicia o injusticia de sus mandatos, sino por el hecho de ser el más fuerte. Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, op. cit., p. 30.

¹²⁵⁹ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, op. cit., p. 325.

¹²⁶⁰ *Ibid.*, p. 331.

¹²⁶¹ *Ibid.*, pp. 324, 331-332.

¹²⁶² *Ibid.*, pp. 327-328.

Grocio desvinculará el derecho natural de la religión y Pufendorf dedicará sus esfuerzos a la sistematización del derecho natural distinguiéndolo de la Teología moral y del derecho civil ¹²⁶³.

Gény es voluntarista cuando declara que la justicia de la cual, en última instancia, deriva la ley positiva emana de Dios ¹²⁶⁴. No obstante, Gény no incorpora el concepto de la voluntad divina como parte del derecho y prefiere reservar la idea de divinidad para la religión y la moral ¹²⁶⁵. Gény nunca pretenderá introducir la idea de la divinidad (entendido como la idea de una religión particular, con su moral religiosa y sus ritos). Es más, Gény recuerda que tanto Tomás de Aquino como Grocio y el resto de pensadores de la escuela derecho natural moderno basan toda su doctrina del derecho natural al margen de toda revelación y la fundamentan sobre la base exclusiva de procedimientos y métodos filosóficos aplicados a consideraciones ontológicas de libertad y en el ejercicio de la razón universal. Por lo que, para Gény, los aspectos fundamentales del derecho natural, que combinará de varias formas a lo largo de su obra, radican en la razón (como instrumento), la conciencia (como principio) y la naturaleza (como contenido) ¹²⁶⁶.

Para Gény el hombre tiene un destino y el derecho debe encaminar al hombre para cumplirlo. Ese destino es parte de la naturaleza del hombre ¹²⁶⁷. Esta idea resulta contraria a la idea de base de la doctrina del derecho natural moderno que concibe al hombre como dotado de una naturaleza humana no teleológica y en Hobbes, como una naturaleza incluso hostil al propio hombre. Hay que recordar que con Hobbes el derecho natural está al servicio del derecho positivo y asienta sus bases para justificar el uso del poder. Ese voluntarismo propio del derecho positivo no se encuentra en Gény, ya que para él, la fuerza tiene un valor necesario como instrumento al servicio de los fines teleológicos del hombre. Sin embargo, la visión de Locke es más cercana a la de Gény, al menos en cuanto a su entendimiento de la ley natural como una ley que proporciona datos al hombre que consisten en unos datos históricos, empíricos y racionales,

¹²⁶³ *Ibid.*, pp. 256, 263.

¹²⁶⁴ Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 85.

¹²⁶⁵ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 102, 107-109. Cfr. GÉNY, F., "La laïcité du droit naturel", *op. cit.*, pp. 8-9. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique en droit privé positif...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 50. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 85.

¹²⁶⁶ Cfr. GÉNY, F., "La laïcité du droit naturel", *op. cit.*, pp. 14-17.

¹²⁶⁷ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 85, 354. Cfr. GÉNY, F., "Le conflit du droit naturel et de la loi positive", *op. cit.*, p. 30.

combinando esos datos hasta afirmar la universalidad e inmutabilidad de la ley natural. Igualmente, en Locke aparece la dimensión axiológica y finalista de la ley natural. La ley natural rige sobre la ley positiva y le impone principios (y por tanto contenidos) ineludibles. No obstante, allá donde la ley natural no se pronuncie, el juez dispone de plena discrecionalidad para crear el contenido de la ley positiva. Esto recuerda la dimensión técnica de la ley positiva de Gény en un punto concreto. Ciertos preceptos de la ley positiva son irrelevantes para la ciencia del derecho. Pero es de recordar que esa parte del ordenamiento jurídico axiológicamente irrelevante dentro del derecho es mínima por lo que la técnica jurídica siempre estará (para el grueso de las reglas jurídicas) supeditada a los fines de la ciencia del derecho ¹²⁶⁸.

3.2. El racionalismo instrumental y el subjetivismo

Para Grocio, el derecho natural basado en la razón es inmutable, porque incluso Dios no puede modificar lo que las cosas son según la razón ¹²⁶⁹. La razón permitirá conocer el derecho natural ya que la naturaleza humana sólo puede ser conocida por medio de la razón ¹²⁷⁰ y todos los principios obtenidos de la naturaleza humana o de la divinidad serán desarrollados en leyes por medio de la razón ¹²⁷¹.

Pufendorf ha querido construir la ciencia del derecho natural con un método similar al que se empleaba en las ciencias físicas ¹²⁷². Es decir, se trataba de sistematizar el derecho natural con el uso de un método racional ¹²⁷³ y su esfuerzo inspiraría “los códigos civiles de Europa” ¹²⁷⁴.

¹²⁶⁸ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, sec. 90-91. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 18-19, 23, 34-35. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 155.

¹²⁶⁹ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 258.

¹²⁷⁰ En Grocio, la razón también se presenta como fuente del derecho. *Ibid.*, p. 257.

¹²⁷¹ *Ibid.*, pp. 254-255. La voluntad divina va a estar a la base de la naturaleza humana y por ende del derecho natural y la voluntad humana a la base de los pactos y por ende del derecho de gentes y del derecho civil. *Ibid.*, pp. 260-261.

¹²⁷² *Ibid.*, p. 264.

¹²⁷³ *Ibid.*, p. 263.

¹²⁷⁴ *Ibid.*, p. 274.

Leibniz llevará la expresión del racionalismo al máximo. Es decir, para Leibniz, toda la realidad, sea física o moral, puede ser conocida enteramente *a priori*, partiendo de principios y deduciendo de allí todas las proposiciones científicas ¹²⁷⁵.

Igualmente, para Hobbes, la razón es puramente instrumental, es una facultad de cálculo ¹²⁷⁶. Para Hobbes, no existe una razón universal sino sólo una razón individual, la del rey o soberano. La razón se presenta así como “el cálculo que realiza el soberano” ¹²⁷⁷.

En palabras de Carpintero Benítez, los iusfilósofos de esta época, imbuidos por las ideas científicas, se limitaron a “traspasar su seguridad nacida de la fe en el carácter mecánico del mundo al ámbito del derecho” ¹²⁷⁸.

Por último, Locke define la razón como “la facultad discursiva de la mente que avanza desde las cosas conocidas a las desconocidas”. La razón es, para Locke, argumentación y no puede argumentar si no es sobre contenidos dados previamente. “La razón no puede conocer” la ley natural directamente, “ya que necesita datos previos para acceder a ella” ¹²⁷⁹.

El racionalismo instrumental está presente en Gény como método de conocer del derecho natural ¹²⁸⁰. La razón investiga la naturaleza de las cosas ¹²⁸¹. También en Gény, la razón, al igual que Grocio actúa como fuente de conocimiento en el sentido en que el hombre va a conocer la naturaleza humana, la cual es racional ¹²⁸².

El subjetivismo de Grocio radica en considerar que el sentido propio del derecho no es otro que el de derecho subjetivo es decir como “cualidad moral de la persona en cuanto esta es competente para poseer o hacer algo justamente” ¹²⁸³. Para Pufendorf, el derecho se presenta o bien como una ley (o conjunto de leyes) o una facultad del

¹²⁷⁵ Es más, para Leibniz, el derecho natural se basa en Dios, siendo Dios la referencia racional absoluta. *Ibid.*, pp. 276-277

¹²⁷⁶ *Ibid.*, p. 290.

¹²⁷⁷ *Ibid.*, p. 308.

¹²⁷⁸ Cfr. CARPINTERO BENÍTEZ, F., “Métodos científicos y método del derecho: una historia superada”, *op. cit.*, p. 49.

¹²⁷⁹ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 331.

¹²⁸⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 230.

¹²⁸¹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 92-93.

¹²⁸² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 384. En cuanto a Grocio y cómo la razón es la forma inmediata de conocer la naturaleza humana. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 258.

¹²⁸³ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 261.

individuo (cualidad moral), es decir, un derecho subjetivo¹²⁸⁴. Igualmente, Hobbes concibe el derecho como derecho subjetivo y “como sinónimo de libertad y poder”¹²⁸⁵.

Por último, Spinoza presenta un subjetivismo más pronunciado. Para él, el derecho se presenta objetivamente, como un derecho objetivo compuesto del “conjunto de leyes que rigen a todos y cada uno de los entes de la naturaleza”. Por otro lado, se presenta subjetivamente como un derecho subjetivo o “poder (*potentia*) de todos y cada uno de los entes de la naturaleza”. Así todo ente queda sujeto a las leyes de la naturaleza (las leyes que rigen los entes que conforman la naturaleza, incluido el propio hombre) y tendrá como derechos subjetivos el “conjunto infinitos de poderes” que le vengan dados por su naturaleza individual. Por lo que no podemos decir que exista una diferencia entre derecho objetivo (el conjunto de leyes de la naturaleza) y derecho subjetivo (conjunto de poderes del individuo dados por la naturaleza). Por lo tanto, “las leyes naturales no nacen de la razón ni se identifican con ella”. El derecho natural es “un elemento más de la necesidad y del determinismo que reinan en la naturaleza”¹²⁸⁶.

En todo caso, el derecho subjetivo se presenta como derecho suficiente para ejercer la fuerza contra la ley escrita. El derecho subjetivo en GénY es considerado como concreción técnica de los derechos individuales y más ampliamente de la idea de persona¹²⁸⁷.

El derecho subjetivo encuentra su fundamento en la idea de persona la cual se compone de todo el conjunto de intereses, deseos, creencias, realidades psicológicas, etc. que conforman la naturaleza humana¹²⁸⁸. Queda entonces incluido en el concepto de persona no sólo la realidad individual y particular de cada ser humano (inclinaciones, deseos, intereses particulares, etc.) sino igualmente los principios universales e inmutables de la natural moral del hombre.

De allí que la idea de persona (y por ende de derecho subjetivo) que GénY sostiene (es decir, una idea persona en sentido amplio) incluye en sí y sin dificultad todas las facultades (la libertad, el poder, la moral, la justicia, etc.) que la escuela del

¹²⁸⁴ *Ibid.*, pp. 265-266.

¹²⁸⁵ *Ibid.*, p. 293.

¹²⁸⁶ *Ibid.*, p. 315.

¹²⁸⁷ Cfr. GÉNY, F., “Le conflit du droit naturel et de la loi positive”, *op. cit.*, p. 30. Cfr. GÉNY, F., *Justice et force...*, *op. cit.*, pp. 83-84.

¹²⁸⁸ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 115.

derecho natural moderno pueda incluir como facultades propias del derecho subjetivo de toda persona.

4. Crisis del derecho natural moderno: problema de racionalidad

4.1. Montesquieu, Rousseau y Hume

Con Montesquieu, el pensamiento francés ilustrado del siglo XVIII “sigue las huellas del iusnaturalismo” de Pufendorf y Locke. Pero las circunstancias históricas de Francia en esa época crean ambigüedades en la doctrina del derecho natural moderno, concretamente entre los conceptos de “ley y de derecho natural” al afirmar que el derecho natural reside en el “corazón humano” como “sentimiento innato” y también que su base se encuentra en la “utilidad” que reporta a las sociedades. Estas ambigüedades residen en la combinación del racionalismo de la época anterior con el novedoso empirismo ¹²⁸⁹.

Montesquieu tomará de la tradición proveniente de las doctrinas antiguas del derecho natural, así como de las modernas, la idea de “leyes de la naturaleza”. Para Montesquieu “las leyes están conectadas con la razón primigenia de todas las cosas, establecida por Dios creador y conservador del universo”. Esa razón se sitúa como fuente de conocimiento de la naturaleza de las cosas. La justicia se obtiene de la naturaleza de las cosas, como un “principio interior que hay en el corazón de todos los hombres” ¹²⁹⁰. Al aplicar la razón (como instrumento) a la justicia, obtendremos las “leyes de la naturaleza” (de todos los seres físicos e inteligentes). Al analizar al hombre, Montesquieu encuentra una serie de leyes que le son naturales como la búsqueda de paz, la búsqueda de alimento, la “tendencia a unirse con el sexo contrario” y el “deseo de vivir en sociedad” estando por encima de todas ellas, la ley que impone “honrar y obedecer a Dios”. Estas leyes “son reglas racionales, derivadas de la justicia natural, que

¹²⁸⁹ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, op. cit., p. 348.

¹²⁹⁰ Conserva de la tradición iusnaturalista “el concepto de una justicia natural que se plasma en leyes naturales” que es conocida por la razón como aquello que es “adecuado a la naturaleza de las cosas”. Vuelve igualmente a asignar a la justicia una “virtud moral” y rechaza “la hipótesis del estado de naturaleza y del pacto social” retomando el concepto tradicional de “sociabilidad natural de los hombres”. En contra de los autores modernos, Montesquieu sustituirá la idea de “ley natural” por la idea de “justicia natural”. *Ibid.*, pp. 348-350, particularmente p. 351.

a su vez deriva de la propia naturaleza de las cosas”¹²⁹¹. Todos los seres tienen sus leyes, tanto el hombre como el animal. Se presentan “relaciones necesarias entre los fenómenos de la vida social”¹²⁹².

Montesquieu desarrollará un punto de vista sociológico y adoptará un método empirista. Anteriormente, en la tradición iusnaturalista, los conceptos de “ley, razón y naturaleza”, que eran inmutables, se presentan ahora con Montesquieu como variables y adaptativos a las circunstancias de cada sociedad¹²⁹³. Por lo que Montesquieu tiene una visión relativista en la que la naturaleza se abre a la historia y la razón eterna se quiere unir a la “utilidad social”¹²⁹⁴. El iusnaturalismo de Montesquieu se debe a su “razón histórica” (“iusnaturalismo historicista”), es decir, a la necesidad de que las leyes positivas se ajusten a la circunstancia históricas de las respectivas sociedades y que se extraen de una historia universal de las sociedades humanas¹²⁹⁵.

Para Rousseau los primeros principios morales se conocen por el “sentimiento moral primitivo” y no por la razón, por lo que las leyes naturales, son los “sentimientos originarios e innatos”¹²⁹⁶. Rousseau defiende una doctrina del derecho natural *sui generis* por ser un derecho natural de tipo “naturalista-sentimental”, que, si bien tiene algunas similitudes con el “naturalismo de las pasiones” que expusiera Hobbes, está mucho más alejado que cualquier otra doctrina de derecho natural “de la historia” hasta el punto negar completamente el carácter ético del derecho natural. Esta doctrina

¹²⁹¹ El concepto de naturaleza se toma en un “sentido global”, como “naturaleza cósmica” y no en sentido estricto de “naturaleza humana”. *Ibid.*, pp. 349-350. Es cierto, como observa Truyol y Serra, que, en Montesquieu, la diferencia entre lo que debe ser según la “naturaleza de las cosas” y lo que es no se trata con precisión. Cfr. TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Tomo II: Renacimiento a Kant, Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1976, p. 221. En todo caso, como señala Bobbio, la doctrina de la naturaleza de las cosas pretende dotar al derecho de un fundamento objetivo como criterio último para luchar contra el voluntarismo jurídico, es decir, contra la imposición arbitraria de una voluntad política. Cfr. BOBBIO, N., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 187.

¹²⁹² Cfr. TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Tomo II, *op. cit.*, p. 221.

¹²⁹³ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 351.

¹²⁹⁴ *Ibid.*

¹²⁹⁵ Cfr. TRUYOL Y SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Tomo II, *op. cit.*, p. 221.

¹²⁹⁶ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 356. El “hombre natural” (en el estado de naturaleza) de Rousseau nunca habría existido (y por tanto tampoco su derecho natural) si no es sólo como “principio” o “esencia” de “cada hombre real”. En esa esencia que posee cada hombre, “habita” el derecho natural propiamente dicho que no es otro que los “sentimientos originarios”. *Ibid.*, p. 363.

defendida por Rousseau va a suponer la primera gran crisis en el espíritu de la modernidad ¹²⁹⁷.

Este particular derecho natural que sostiene Rousseau llevará a la negación del derecho natural como tal y a afirmar que el derecho sólo nace de la convención humana, por lo que sólo será “derecho” el “derecho positivo” del Estado ¹²⁹⁸.

Con Hume, al igual que con Rousseau, el aspecto ético del derecho natural desaparecerá. La filosofía del derecho anterior se había basado siempre en principios morales, pero el método empirista usado por Hume, aplicado a las cuestiones morales ataca el derecho natural, lo vuelve inconsistente y elimina todo posible objetivismo ético y jurídico ¹²⁹⁹. Igualmente, Hume defenderá un “empirismo sentimental” que convierte la razón en “esclava” de las pasiones, reduciéndola en mero instrumento destinado a “servirlas y obedecerlas” ¹³⁰⁰.

Sea abrirán así dos vías para el futuro. Una que usará de un “método apriorístico” para elaborar “los fundamentos ideales y las reglas morales” para crear y aplicar el derecho (iniciada por Rousseau y seguida por Kant). Otra vía, basada en una metodología empírica que buscará crear una “ciencia general del derecho” que dará paso al positivismo de Bentham, la *Analytical jurisprudence* y la *Allgemein Rechtslehre* ¹³⁰¹.

En Gény se habla de justicia y utilidad. La justicia se encuentra en la naturaleza moral del hombre (naturaleza superior de las cosas) y la utilidad social en aspectos más empíricos. El derecho es una combinación de justicia y utilidad social, lo que resulta ser propio de la doctrina de Montesquieu. Igualmente, Gény adopta el punto de vista de Montesquieu en cuanto al papel de la historia, como historia universal (o al menos “universalizable” de las sociedades humanas y entiende el “dato natural” como

¹²⁹⁷ *Ibid.*, pp. 356, 375.

¹²⁹⁸ *Ibid.*, p. 356.

¹²⁹⁹ En definitiva, Hume “ignora” el derecho natural. *Ibid.*, pp. 388-389. De Hume nace la conocida como “falacia naturalista” por la que se afirma que todas las doctrinas del derecho natural y de la concepción iusnaturalista habrían pretendido deducir de “proposiciones descriptivas de hechos”, una serie de “proposiciones prescriptivas” y que no se podría del “ser” derivar el “deber ser”. *Ibid.*, p. 380. Bobbio hará ver este defecto como el principal defecto de toda la doctrina del derecho natural. Cfr. BOBBIO, N., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, op. cit., pp. 163-164.

¹³⁰⁰ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, op. cit., p. 380.

¹³⁰¹ *Ibid.*, p. 389.

elementos susceptibles de observación y que encontraremos en la naturaleza de las cosas según la entiende Montesquieu ¹³⁰².

Podemos ver una cierta conexión entre esa tendencia de naturalizar los sentimientos (sobre todo en Rousseau y en Hume) con el peso que Gény da a la creencia. La creencia en Gény, posee una dimensión empírica considerable ya que se puede definir como la facultad que va a permitir revelar los preceptos de la conciencia y la razón aplicados a todos los órdenes (moral, religioso, político o económico) tal y como se manifiestan en el “seno de la vida social” ¹³⁰³. La creencia aparece como una forma menor de la razón y la conciencia. No obstante, dice Gény que la creencia es necesaria en toda investigación jurídica y se sitúa en sus inicios como “creencia en la justicia” ¹³⁰⁴. Vemos allí la necesidad perpetua de un acercamiento de la investigación de la realidad moral a la realidad empírica y social.

El sentimiento en Gény juega un papel no poco importante. La creencia se define como “sentimiento profundo” ¹³⁰⁵. En Gény el sentimiento se conforma como fuente de contenidos al ser parte de la realidad psicológica del individuo y penetra en nuestro espíritu por vía de imágenes, que, poco a poco, se transforman en ideas ¹³⁰⁶, se vincula la idea de lo jurídico en general con la expresión “sentimiento jurídico” ¹³⁰⁷ y más concretamente a la idea de costumbre ¹³⁰⁸. El sentimiento se introduce en la idea de

¹³⁰² En Gény observamos una dimensión universalista en su concepción de la historia. La historia va a servir para indicar el “contexto” en el que un operador se mueve, como un legislador o de una sociedad. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 290. La conformación de ese contexto histórico pasa por recolectar “la experiencia humana” para instruirnos con esa enseñanza que proviene del pasado y así “señalar el momento exacto de civilización”. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 138-141, 573. Ese trabajo de recolección lo define Gény como “misterioso” y como un trabajo que “acompaña la evolución misma del mundo” y del cual se obtiene un conjunto de preceptos “que sirve de cuadro a la conducta de la humanidad”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 376. En cuanto a la naturaleza de las cosas de Montesquieu, Gény la asimilará al “dato natural”. *Ibid.*, pp. 374-375. Por último, es de precisar que Montesquieu, como lo afirma Villey, usa de su noción de “naturaleza de las cosas” sólo para el arte de la legislación, pero no para la aplicación judicial del derecho o más ampliamente, para la “técnica” del derecho. Cfr. VILLEY, M., “La nature des choses dans l'histoire de la philosophie du droit”, *op. cit.*, p. 77. Sin embargo, Gény usa de la “naturaleza de las cosas” como un verdadero método tanto para legislar como para interpretar y aplicar el derecho. (En esta línea tenemos el pensamiento del propio Villey que ve en la “naturaleza de las cosas” un auténtico método para el derecho. *Ibid.*, p. 81).

¹³⁰³ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 141.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, p. 286.

¹³⁰⁵ *Ibid.*, pp. 190-191.

¹³⁰⁶ *Ibid.*, p. 110.

¹³⁰⁷ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 323-324.

¹³⁰⁸ La costumbre también necesita, para su constitución, del sentimiento de que la regla no escrita es regla jurídica (*Ibid.*, p. 363), siendo lo que justifica la existencia de la costumbre, la existencia de un

equidad¹³⁰⁹, incluso en la idea de “dado”¹³¹⁰ y más ampliamente en la idea de justicia¹³¹¹.

No obstante, Géný no ira hasta el extremo de negar el derecho natural ni todo objetivismo ético. Toma de estos autores su concepto de “naturaleza de las cosas” (principalmente de Montesquieu) y la noción algo vaga de “sentimiento” naturalizado como dimensión propia de una conciencia humana no situada en la razón (Rousseau y Hume) y que calificará de “fuerza oscura” que complementará la razón (vista como insuficiente en cuanto a contenidos y como instrumento). Tomará de Montesquieu su visión histórica y de Hume su empirismo.

4.2. Kant y Hegel

A efectos de comprender el derecho, lo que interesa es la razón práctica. La razón práctica es “el principio de la acción moral en el hombre”¹³¹². Kant va a poner el fundamento del derecho natural en la razón, pero no al modo en que lo hicieran los partidarios de la escuela moderna del derecho natural. Kant no entiende la “razón” como la parte de la naturaleza humana que deba ser conocida empíricamente, sino la razón como “facultad de conocimiento *a priori*”. La naturaleza interviene en Kant como el

sentimiento profundo de la naturaleza humana. *Ibid.*, pp. 345, 372. Los hechos sociales y humanos deben ser observados desde un orden de cosas superior a ellos mismos, que opera desde el sentimiento íntimo completando la “intuición primera”. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 145-146.

¹³⁰⁹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 46. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 110.

¹³¹⁰ El “dado” se compone de “fuerzas oscuras” como el sentimiento. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 353. El “dado” ideal es el reflejo del “sentimiento público”. *Ibid.*, p. 385.

¹³¹¹ Géný concibe que unas determinadas reglas técnicas (ley positiva) puedan violentar el “sentimiento” de justicia. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 42. Emplea otras expresiones como “sentimiento moral de la justicia” (Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 26.), sin olvidar que la creencia (que es sentimiento) está a la base de la idea de justicia. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 286.

¹³¹² “La filosofía de Kant representa el mayor esfuerzo de la época moderna por comprender el concepto de razón”. La razón en Kant es la facultad de “percibir, imaginar, entender, creer, pensar, etc.”. Esa razón tan amplia es la que figura en las “críticas”, concretamente, se estudia la razón teórica, la razón práctica y el juicio. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 400.

lugar de los “fines” donde acaecen las “acciones humanas libres” y el derecho se conoce por la razón pura práctica ¹³¹³.

El “giro copernicano” de Kant en el ámbito del derecho natural consiste en convertir este en una “presunción jurídica” extraída exclusivamente de la razón *a priori* y que ofrece una “posibilidad de juridicidad” que no tiene fuerza efectiva. Así, ya no hay más dualismo entre derecho natural y derecho positivo, y el derecho natural se convierte en una “condición de posibilidad racional” del derecho positivo y el derecho positivo permite la “validez” del derecho natural al dotarlo de forma y efectividad (facultad de coaccionar) ¹³¹⁴.

Kant reemplaza el derecho natural clásico y moderno por un derecho puramente racional ¹³¹⁵ y culminará el logicismo empezado con Rousseau ¹³¹⁶. Es importante en Kant la noción de deber u obligación. El deber se funda en un “momento no racional”, se funda en sí mismo, no mediante un juicio racional, sino por vía de la intuición y la creencia ¹³¹⁷. Una vez asentado el deber, el derecho se va a caracterizar porque sus leyes prescriben solamente la conformidad externa con el deber, es decir, con la parte exterior, con la acción, mientras que la moral exige que esa acción sea querida por el individuo, en una conformidad de la máxima (subjetiva) interna con el deber ¹³¹⁸.

Así el derecho tiene en su seno el concepto de libertad y el imperativo categórico, pero sólo con el fin de regular el aspecto externo de estos conceptos, al que se le suma la posibilidad de la coacción ¹³¹⁹.

Kant distingue entre derecho objetivo y subjetivo ¹³²⁰. El derecho objetivo es entendido como sistema o conjunto de preceptos. Si los preceptos descansan en

¹³¹³ *Ibid.*, p. 419.

¹³¹⁴ *Ibid.*, pp. 420-421.

¹³¹⁵ *Ibid.*, p. 422.

¹³¹⁶ Este logicismo será un elemento característico de estas nuevas doctrinas del derecho natural en oposición a la doctrina del derecho natural clásico en la que predominaba el elemento ético debido a que la teoría moral y jurídica se engarzaba entonces con la metafísica. Cfr. RECASENS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico...*, *op. cit.*, p. 22.

¹³¹⁷ *Ibid.*, p. 23.

¹³¹⁸ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 412.

¹³¹⁹ *Ibid.*, p. 415. Kant entiende por moral “todo el ámbito de las acciones humanas regidas por la libertad”. *Ibid.*, p. 403.

¹³²⁰ Thomasius ya distinguió entre derecho objetivo y derecho subjetivo. El derecho se entiende de dos maneras: como “ley (o norma) de las acciones” (derecho objetivo) o como “posibilidad” de actuación, como “atributo de la persona” (derecho subjetivo). El efecto “primario” de la ley (derecho objetivo) es la obligación, tanto externa como interna, y el efecto “secundario” es el derecho subjetivo. El derecho

“principios *a priori*” son derecho natural y si descansan en “la voluntad de un legislador” son derecho positivo ¹³²¹.

Sin embargo, el derecho subjetivo se entiende como “la facultad de obligar a otros” y se divide en “derechos innatos” que son propios del derecho “puramente natural” es decir, el derecho que “le corresponde a cada uno por naturaleza” y por otro lado el derecho “adquirido” que son los derechos que requieren de “un acto jurídico”. El derecho subjetivo innato está a la base de todos los demás derechos subjetivos “y por tanto de todo el derecho natural objetivo”. Es decir, el derecho subjetivo innato está a la base de todo el derecho natural ¹³²².

El “idealismo absoluto de Hegel es un realismo absoluto”. Es decir, la Idea en Hegel representa “la totalidad infinita de las determinaciones de una cosa, captadas por el pensamiento”. La idea se presenta como la realización del concepto. El concepto tiene “vida propia” y es elemento básico del pensamiento. La evolución y la realización de los conceptos dan lugar a la Idea. La realidad del derecho es estudiada desde “todos sus aspectos”, en concreto, en su dimensión “estructural-formal” o “funcional-material”. La dimensión “estructural-formal” dará lugar a la “teoría general del derecho” desarrollada por el “positivismo y el realismo jurídico contemporáneo”, mientras que la dimensión “funcional-material” dará lugar a las teorías sociojurídicas e iusnaturalistas contemporáneas ¹³²³.

Así queda separado derecho positivo y derecho natural. El derecho natural moderno se transforma con Hegel en “un aspecto o un momento parcial del desarrollo y de la realidad del derecho” ¹³²⁴. El derecho natural será rebautizado como “Filosofía del derecho” y su tarea consistirá en “crear el sistema de la ciencia jurídica, dotando de

objetivo se estructura, en Thomasius, instalando en lo más alto el derecho natural “en sentido amplio” que contiene los “preceptos morales en general” (la honestidad, el decoro y la justicia) conocidos por la razón y asentados en el corazón de los hombres con su origen en Dios. A un segundo nivel, posiciona el derecho natural “en sentido estricto” que se conoce por la razón, pero contiene sólo las “reglas de la justicia” destinadas a mantener la paz externa entre los hombres. Y en un tercer nivel, se sitúa el derecho positivo que es “conocido a través de su publicación”, varía continuamente y se asocia con la idea de leyes humanas. Así, afirma Thomasius que las leyes naturales (el derecho natural) “deben inspirar” las leyes positivas (el derecho positivo) y estas no pueden oponerse a aquel. Por lo que Thomasius es claramente iusnaturalista. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, op. cit., pp. 395-396.

¹³²¹ *Ibid.*, p. 416.

¹³²² *Ibid.*

¹³²³ *Ibid.*, pp. 425, 449.

¹³²⁴ *Ibid.*, p. 446.

unidad lógica y necesidad interna a los conceptos que ésta elabora” ya que esta tarea no se ha realizado por las “doctrinas modernas del derecho natural”, es decir, “dar unidad y necesidad a todas las determinaciones de lo jurídico”, y por tanto “crear el sistema científico de la realidad jurídica”¹³²⁵.

Para Hegel, la filosofía del derecho es, en palabras suyas “la Idea del derecho, es decir, el concepto del derecho y su realización”. Se trata de conocer el derecho en el momento presente, contemplar su evolución histórica desde dentro, como un “desarrollo necesario”, una “lógica interna”, una “racionalidad intrínseca al derecho”¹³²⁶. Debe quedar claro que es la filosofía la que elabora y construye el concepto de derecho desde la realidad actual con los materiales que las ciencias jurídicas le proporcionan y una vez construido, prueba su verdad probando que el concepto es plenamente racional (racionalidad interna del concepto de derecho). Así la Idea de derecho se obtiene probando que el derecho real (el concepto de derecho) es racional¹³²⁷.

Para Hegel, el derecho positivo es visto como el derecho real de un país. Todo pueblo tiene una moralidad que le es propia (moralidad subjetiva). Esta moralidad se va a combinar con el derecho natural (como hechos naturales que le vienen “dado” al individuo). De la combinación entre moralidad y derecho natural, nace el derecho real de un país, el derecho positivo, es decir, el sistema de legislación como expresión máxima de la eticidad expresada por la moral y el derecho natural¹³²⁸.

Hegel será el último filósofo que integre el derecho en una cosmovisión filosófica general y lo convierta “en el centro de la vida social”. Después de Hegel se produce un derrumbamiento del idealismo y de la razón. La filosofía del derecho se convertirá “en análisis del lenguaje”¹³²⁹.

El irracionalismo de Kant en el ámbito moral, parece justificar el fundamento del deber en una instancia no racional y es en esa conformidad exterior con el deber que exige el derecho que la razón intervendrá para extraer la regla de comportamiento más adecuada. Con Hegel se justificará racionalmente el concepto construido sobre la base

¹³²⁵ *Ibid.*, pp. 430-431, 433.

¹³²⁶ *Ibid.*, p. 437.

¹³²⁷ *Ibid.*, pp. 437-438.

¹³²⁸ *Ibid.*, p. 434.

¹³²⁹ *Ibid.*, p. 449. Ese derrumbamiento discurrirá por cuatro vías, el positivismo, la doctrina de las ideologías, la filosofía de la vida y el existencialismo Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 247.

de lo dado por la naturaleza para probar su verdad (ya que su prueba racional es la prueba de su realidad). Gény tomará de Kant la distinción entre sujeto y objeto y la importancia del derecho subjetivo como derecho innato ¹³³⁰ mientras que de Hegel obtiene la idea de construcción racional de un sistema en constante evolución por oposiciones dialécticas ¹³³¹.

5. El derecho natural después de Hegel

La idea del origen divino del derecho natural se desvanece conforme avanza el siglo XIX ¹³³². En ese contexto positivista, surge, a finales del siglo XIX, un dualismo entre “concepto del derecho” e “idea del derecho” que representará la escuela neokantiana de Marburgo, y más particularmente con el formalismo metódico de Stammler ¹³³³. El derecho positivo podía dotarse de cualquier contenido, ya que el concepto de derecho sólo contenía “las formas del pensar” del derecho. La “idea de

¹³³⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 212. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 115. La persona como ostentadora de derechos inherentes. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 228. Gény reconoce igualmente a todo ser humano el derecho de actuar y desarrollar sus facultades, según su naturaleza y en vista a su fin, y que ese principio viene reconocido “en la mayoría de los sistemas”, concretamente el de Kant. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d’interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 105. El derecho natural se deriva de la “eminente dignidad de la persona humana”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 214. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 394. La persona humana como centro de todo el derecho y base esencial de la justicia. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d’interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 135-137. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 196. Cfr. GÉNY, F., “Le conflit du droit naturel et de la loi positive”, *op. cit.*, pp. 30, 43. Los derechos subjetivos como un patrimonio de la personalidad. Cfr. GÉNY, F., *Justice et force...*, *op. cit.*, pp. 83-84.

¹³³¹ En cuanto a la necesidad de ir adaptando los principios racionales y el sistema de derecho natural. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. XIII. Todos los instrumentos intelectuales (los conceptos entre ellos), simplifican y reducen la complejidad de los fenómenos, por tanto deben cambiar y adaptarse quedando siempre supeditados, para la construcción del sistema de derecho, a los principios racionales. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 220. El propio lenguaje que sirve de base a los conceptos es cambiante. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 462.

¹³³² Cfr. HAKIM, N., *L’autorité de la doctrine...*, p. 259.

¹³³³ Stammler buscará restaurar para el mundo jurídico la reflexión sobre el derecho natural con una doctrina logicista que tratará de aplicar el método de la “crítica de la razón pura” kantiana, y no el método de la “crítica de la razón práctica”, al mundo del derecho, en un intento de reconciliar, como dice el autor, Kant consigo mismo. Cfr. RECASENS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico...*, *op. cit.*, pp. 25-26.

derecho” se presenta como medida y criterio del derecho positivo, de esas formas de ordenación que establece el concepto de derecho como formas sin contenido ¹³³⁴.

El neokantismo ha despojado la filosofía del derecho de términos procedentes de la “época prepositivista” y ha reducido el derecho al derecho positivo. El positivismo jurídico había invadido toda la esfera jurídica llegados a la mitad del siglo XIX. El neokantismo había depurado el lenguaje jurídico eliminando todos los términos procedentes de la “época prepositivista” hasta un punto en el que no cabía más que la jurisprudencia empírica y sociológica. El positivismo había reducido la razón a un simple instrumento técnico destinado a captar e interpretar la experiencia sensible ¹³³⁵.

El último paso en la degradación de la razón, es decir, en su disolución en la voluntad lo encontramos con Nietzsche que niega la existencia de toda verdad objetiva, reduciendo la verdad a una convención. Lo que existe son instintos e impulsos que crean lo que Nietzsche llamará “voluntad de poder”. Todos los valores morales quedan reducidos a valores naturalistas, biológicos. La moral, para Nietzsche, es un “lenguaje simbólico de los afectos” y todos sus valores se reducen a expresiones de los apetitos orgánicos, es decir, corporales o biológicos ¹³³⁶.

La doctrina de las ideologías, se atacaron también a la razón y la conciencia, teorizando que los “contenidos espirituales” que habitan en el hombre provienen de una “sublimación” o expresión de “fuerzas elementales”, ya sean fuerzas económicas en Marx, una voluntad de dominación y de poder con Nietzsche, o “estructuras instintivas” con Pareto. Esta manifestación exterior de fuerza, al ser la única verdad (o justicia)

¹³³⁴ Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 252. El positivismo ha destruido la razón y la conciencia del hombre al dejar el derecho como una estructura formal sin contenido. *Ibid.*, pp. 332-333.

¹³³⁵ Igualmente, el neokantismo ha sustituido la obligación jurídica por la coacción del Estado. La obligación es un imperativo nacido e impuesto por la conciencia del individuo (es de orden moral) mientras que la coacción no es más que el imperativo nacido de la voluntad del Estado e impuesto por la fuerza de este último. El individuo queda entonces sujeto, desde un punto de vista jurídico, a la coacción del Estado, pero no a la obligación (quedando sin contenido por imposible la idea de “obligación jurídica”). Se niega el derecho natural y se entiende el derecho exclusivamente como derecho positivo por ser el derecho que es externamente perceptible. Para el mundo del derecho ese positivismo se traducirá en reducir el derecho al derecho positivo por ser externamente perceptible. *Ibid.*, pp. 248, 255-256.

¹³³⁶ *Ibid.*, pp. 273-274. Para Schopenhauer la voluntad es una fuerza natural ciega e instintiva, pero el hombre no se reduce a ella. Aunque Schopenhauer reduce el intelecto a un producto e instrumento de esa voluntad, entiende que la razón es independiente y queda descolgada de la voluntad pudiendo, a quien consigue alcanzarla, dotarle de una visión objetiva del mundo y acceder al conocimiento de las ideas. La razón figura como superior e independiente de la voluntad y el intelecto como sujeto y al servicio de la voluntad. *Ibid.*, pp. 271-272. Véase en este sentido el concepto de “razón vital” propuesto por Ortega y Gasset.

justifica que toda discusión espiritual se sustituya por una relación o lucha de poderes políticos y económicos. Así, el hombre se reduce a una fuerza vital, un “ser vital”, y el derecho se reduce a una relación de poder (al igual que lo hiciera el positivismo) ¹³³⁷.

La filosofía de la vida, llena de optimismo sobre la riqueza de posibilidades de la vida, pasó pronto a una “resignación y angustia vital”. Como dice Welzel, de este “estado de ánimo iba a surgir la filosofía existencial” que niega el derecho, como conjunto de instituciones ¹³³⁸.

Esto nos lleva a no reconocer ninguna trascendencia y ver el mundo como un puro hecho que hay que vivir. La verdad no será más que relativa según las condiciones de vida impuestas en un tiempo y un lugar. El fundamento último del mundo es la facticidad ¹³³⁹.

A nivel histórico, este fundamento en la facticidad, instaura el historicismo y el relativismo. La historia no desvela ninguna verdad sobre el acontecer histórico del hombre o sobre su devenir, sino que se limita a la descripción fáctica del “ir y venir de las mareas de la vida”. Al reducirse la historia al “espectáculo” de “fuerzas y potencias en lucha”, el derecho se reduce al ejercicio del poder (una relación de poder) “estabilizada” en un momento dado ¹³⁴⁰. Stammler tratará de aunar de nuevo Razón e

¹³³⁷ *Ibid.*, pp. 335-336.

¹³³⁸ *Ibid.*, p. 282. Con el existencialismo, principalmente con Heidegger, se produce la ruptura del individuo (dotado de existencia y buscando su ser auténtico) frente a instituciones supraindividuales como el Estado o el matrimonio. Si el Estado o el matrimonio representan el “se”, es decir, representan un “ser impropio”, no son buscados por el *Dasein*. Con Sartre, el hombre es pleno legislador de sí mismo. No existen valores “preordenados” a la voluntad del hombre que le imponga qué debe hacer o no. *Ibid.*, pp. 284-291.

¹³³⁹ *Ibid.*, p. 277. Del Vecchio denuncia que los autores del iusnaturalismo [aunque el autor no lo aclare, entendemos que se refiere a los defensores de las doctrinas del derecho natural moderno] han sacralizado la historia y han pretendido derivar la “suprema ley”, no del carácter absoluto del hombre, sino de lo que “había sido” en la historia, en un concreto tiempo y lugar. Cfr. DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 534.

¹³⁴⁰ Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 277. El dualismo entre razón e historia se encuentra en la filosofía del derecho desde sus inicios. Encontramos ya ese dualismo necesitado de solución en Platón o Aristóteles en los que el producto de la razón debe ceder o conceder parte a la historia o al elemento empírico. En la patrística, como explica Recasens Siches, no es tanto la historia que se opone a la razón, “sino una naturaleza humana corrompida” que es necesario corregir. Francisco Suárez ofrece “una de las más interesantes soluciones al problema” cuando reconoce la existencia de principios racionales eternos y absolutos hallados por la razón, pero no sucumbe en un racionalismo formalista y reconoce valor “al casuismo ético”, a las “circunstancias concretas de la vida” que van a intervenir para concretar la ley natural en cada momento. Aunque Suárez no tuviera “muy desarrollado el sentido histórico” presenta una solución más completa que la propuesta por las modernas doctrinas del derecho natural (Grocio, Thomasius, Pufendorf, etc.). Estas modernas doctrinas descartan el elemento histórico para hacer prevalecer exclusivamente la razón al punto de adoptar un concepto erróneo de naturaleza humana. Para

historia. La primera consistirá en la idea de justicia, “el elemento racional de forma”, y la historia consistirá en el elemento material (la materia social), en los contenidos, en los hechos que se trata de regular. Así, el ideal de justicia se compone de la Razón, como “criterio de forma”, “principio ordenador” de los materiales contingentes y variables, condicionados por la historia ¹³⁴¹.

En el primer cuarto del siglo XX, nace el sentimiento de la necesidad de fundar el derecho de nuevo en bases metafísicas ¹³⁴². Nace la preocupación por dotar de contenido material a los principios jurídicos ¹³⁴³. Para el autor, el renacimiento de la filosofía del derecho en el siglo XX trata de explicar “cómo” debe desenvolverse el derecho natural y la teoría del conocimiento jurídico (o ciencia del derecho). Así surge una polémica entre dos perspectivas contrapuestas, por un lado, el logicismo y por otro el eticismo ¹³⁴⁴. No obstante, a partir del siglo XX, la filosofía jurídica ha dejado de influir sobre el derecho positivo de su época y posterior y se ha limitado a consideraciones teóricas y académicas desconectándose de la práctica ¹³⁴⁵.

las modernas doctrinas del derecho natural, el deber ser de la naturaleza humana se confunde con su ser. Es lo que sucede cuando se fundamenta el ideal jurídico sobre una base puramente empírica: el “estado de naturaleza”. En Hegel, el problema entre razón e historia desaparece, porque razón e historia pasan a ser una sola y misma cosa y con la escuela histórica del derecho, es la razón la que se sacrifica a la historia, quedando esta última como única vencedora presentando, por tanto, un marcado irracionalismo que la aparta de la doctrina Hegeliana. Cfr. RECASENS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico...*, *op. cit.*, pp. 26-32.

¹³⁴¹ Cfr. RECASENS SICHES, LUIS, *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico...*, *op. cit.*, pp. 36-37.

¹³⁴² Concretamente cita Recasens Siches como muestra del renacido interés por la metafísica en los estudios jurídicos, el discurso que dio el profesor de derecho Triepel en octubre de 1926 en la Universidad de Berlín, al tomar posesión del rectorado. *Ibid.*, pp. 18-19. Después del positivismo, del neokantismo y del existencialismo mismo, período denominado de nihilismo, y después del nacionalsocialismo, Radbruch afirma que es necesario “volver a pensar un derecho superior al derecho positivo”. Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 296. Véase RADBRUCH, GUSTAV, “Die Erneuerung des Rechts”, en *Die Wandlung*, 2 Jg, 1947, p. 9. En definitiva, el hombre siente la necesidad de expresar su deber ser dentro del marco histórico-social concreto en el que se encuentra, con el uso de “estructuras sociales dotadas de sentido”. Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, p. 339.

¹³⁴³ Como bien apunta Welzel, no se puede medir ni juzgar formas puras sin contenido y de allí volvió a nacer la pregunta por el contenido material de la justicia. Hartmann se preocupará de constituir una jerarquía de valores expresados materialmente (no ya sólo formalmente). Hartmann concluye que los valores inferiores (como el sustento vital por el alimento) deben prevalecer sobre los valores superiores. No obstante, concluye Welzel que Hartmann (y también Scheler) no alcanza a proporcionar el contenido “material” de esa ética que quieren instaurar al no preguntarse por lo bueno o malo de la acción sino sólo por el valor del acto (como valor sensible, vital, espiritual o religioso según la distinción de Scheler). Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, pp. 252-253, 297-299.

¹³⁴⁴ Cfr. RECASENS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico...*, *op. cit.*, p. 20.

¹³⁴⁵ *Ibid.*, pp. 19-20

Gény se une a las críticas hechas a Stammler de seguir con demasiado exclusivismo la filosofía de Kant, hasta el punto de desnaturalizarla. No podemos por tanto pretender que Gény sea afín al neokantismo ¹³⁴⁶. Gény rechazar toda manifestación de formalismo ideológico que reduce el derecho a una serie de formas o estructuras libres en su contenido ¹³⁴⁷. Gény no se deja vencer por la idea que quiere reducir la vida a un conjunto de instintos guiados por fuerzas elementales ¹³⁴⁸, a una “voluntad de poder” ¹³⁴⁹ como lo pretendiera Nietzsche o un sujeto económico como lo hiciera Marx ¹³⁵⁰. El concepto de vida desempeña un papel importante en la doctrina de Gény ¹³⁵¹ y sirve como concepto pivote o “idea-fuerza” ¹³⁵². De esta forma, Gény elude

¹³⁴⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 184. Ya vimos que Gény defenderá un monismo metodológico, en el sentido de que los procedimientos empleados para conocer (procedimientos intelectuales) son los mismos para toda la ciencia. Aunque cada ciencia parta de presupuestos distintos sobre los cuales su objetividad siempre puede ser discutida (hay que recordar que las ciencias naturales encuentran su objetividad por un acuerdo convencional de la comunidad científica y debido a los resultados pragmáticos que consiguen alcanzar con ellos). De allí que Gény no pueda encuadrarse en la distinción entre ciencias naturales y ciencias del espíritu que propugna la filosofía neokantiana. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 127-130, Gény, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 205.

¹³⁴⁷ Véase las críticas insistentes de Gény a las tendencias predominantes en su época que usan las abstracciones, la lógica estricta y las estructuras sistemático-lógicas así obtenidas como contenido exclusivo del derecho. Estas críticas marcarán la tónica de toda su obra. En cuanto a la exégesis. Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 231. En cuanto a la insuficiencia del método lógico-deductivo y de la lógica abstracta. Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 44-45, 68-69, 124, 125, 127, 129, 134, 195, 281- 282. Gény pone ejemplos del peligro del uso abusivo de la lógica para la aplicación del derecho. *Ibid.*, pp. 135-137, 139. En cuanto a la necesidad de una lógica particular para el derecho (tanto para el legislador como para el intérprete). *Ibid.*, pp. 6, 124-125, 158, 192, 285-287.

¹³⁴⁸ Todo ello aunque Gény considere que la ciencia deba completarse con “fuerzas más oscura”, sea cual sea el nombre que se le dé a esa fuerza: creencia, sentimiento, intuición o “subconsciente”. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 353. Como dirá Gény, “El hombre, dotado de razón y libertad, y que, a diferencia de otros animales, no está suficientemente dirigido por el instinto, necesita una norma (regla de conducta), establecida por una autoridad suprema, que se propone a su inteligencia, bajo el impulso del sentimiento, y cuya ejecución depende de su voluntad” (“*L'homme, doué de raison et de liberté, et qui, à la différence des autres animaux, n'est pas suffisamment dirigé par l'instinct, a besoin d'une norme (règle de conduite), établie par une autorité suprême, qui se propose à son intelligence, sous l'impulsion du sentiment, et dont l'exécution dépend de sa volonté*”). GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 360.

¹³⁴⁹ Para Gény, el individuo está dotado de una voluntad de poder que expresa el afán de conquista, ejecución y conservación de derechos subjetivos, entendidos como la expresión técnica de derechos individuales (considerados como derechos naturales). Cfr. GÉNY, F., *Justice et force...*, *op. cit.*, pp. 83-84.

¹³⁵⁰ Gény es contrario a reducir tanto el derecho como la economía a sus simples aspectos materiales, y condena así el materialismo histórico de Marx. El derecho, que es parte de la vida social, debe contener, al igual que esta última, una dimensión material e ideal. Igualmente, Gény no acepta como viable una concepción del derecho donde este queda reducido a los instintos individuales, independientes de toda ideal social. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 18-20.

¹³⁵¹ Gény se preocupa por el concepto de vida que quiere incorporar al vocabulario jurídico como concepto clave de reflexión que va a permitir liberar el derecho de su formalismo ideológico y metódico. Usa expresiones como “entrever la riqueza y la complejidad de la vida”. Habla de vida jurídica, vida del derecho (habla también de “vida exterior al derecho”), vida práctica, social, en sociedad, o simplemente del término “vida” en expresiones como “exigencias de la vida”, “azares de la vida”, “hechos de la vida”,

el escollo de la ideología como tendencia en auge en el siglo XX y que resulta para él contraria al derecho y reafirma un derecho basado en la razón, sin desconocer el movimiento de la vida y de las ideas (y su combinación en el vitalismo Bergsoniano)¹³⁵³.

En conclusión, vemos que de ese nuevo renacer del derecho natural, se empezó de nuevo a recorrer el camino aristotélico-tomista de la naturaleza del hombre, como lo hiciera Cathrein en la vertiente católica o Emil Brunner para la vertiente protestante¹³⁵⁴. Para Gény queda claro que del derecho natural es una disciplina indispensable para el derecho pero que esta sólo puede obtener elementos generales “impuestos por la razón” tal como se viene afirmando por las doctrinas clásicas y algunas modernas del derecho natural pero que tendrán que ser adaptados a la vida y desarrollados por otras vías¹³⁵⁵.

Por lo que a nosotros respecta, en la actualidad, como bien dice Bobbio, a un jurista contemporáneo le queda vetado referirse al derecho natural como derecho válido frente al derecho positivo, no obstante, todavía podría aceptar como fuente jurídica para

“contingencia de la vida”, “vida corriente”, “vida concreta de la humanidad”, “vida total de la humanidad”, etc. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 9, 46, 129, 136, 146, 168, 191, 192. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 23, 79, 89, 100, 104, 106, 137, 143, 146, 327. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 52-53, 54, 95, 97, 124-125, 141, 187, 192, 193. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 14, 31-32, 61, 273, 274-275, 362-363, 377, 380, 388, 398-399. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 34-35, 47, 48, 50, 104-105, 261, 432, 448-449, 460-461, 463-464, 466-468, 498-499. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 1, 33, 60, 87, 191, 220-221. Cfr. GÉNY, F., “La laïcité du droit naturel”, *op. cit.*, pp. 8-9. Cfr. GÉNY, F., *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle...*, pp. 3-4, 20. Cfr. GÉNY, F., *Essai de justification rationnelle des disciplines de l'amour...*, *op. cit.*, p. 5

¹³⁵² Los conceptos pueden jugar el papel de ideas-fuerzas para las instituciones sociales y jurídicas. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 146. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 304. Gény toma prestado el concepto de Alfred Fouillée. Véase FOUILLÉE, ALFRED., *L'évolutionisme des idées-forces*, Félix Alcan, Paris, 1890 y FOUILLÉE, ALFRED, *La Psychologie des idées-forces*, Félix Alcan, Paris, 1893.

¹³⁵³ Gény desecha de su doctrina jurídica tanto las ideologías socialistas como las ideologías individualistas. Para él, estas o cualquier otra ideología puede arrastrar el legislador hacia utopías nefastas. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 389. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 22-24, 29. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 72-73.

¹³⁵⁴ Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, pp. 301-303. Para Gény, Cathrein y Boistel son los dos representantes modernos (contemporáneos de su tiempo) de la concepción clásica del derecho natural. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 350.

¹³⁵⁵ En cuanto a principios impuestos a todos por vía de la razón. Cfr. GÉNY, F., “La laïcité du droit naturel”, *op. cit.*, p. 20. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 419. En cuanto a la necesidad de adaptación de los principios a la vida. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. XIII, 173

solucionar problemas jurídicos, la denominada “naturaleza de las cosas”¹³⁵⁶ en cuya “idea-fuerza” pensamos que debemos apoyarnos.

¹³⁵⁶ Cfr. BOBBIO, N., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, op. cit., p. 159.

CAPÍTULO II

LA CIENCIA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA (SIGLOS XIX Y XX): EVOLUCIÓN Y APORTES DE FRANÇOIS GÉNY

1. Introducción

Al tener que definir la naturaleza de la ciencia jurídica, podemos decir que esta posee las siguientes características: empírica (estudia la normas y sus contenidos. Aquellas y estos se manifiestan en el espacio-tiempo), racional (usa de conceptos, juicios, razonamientos), normativa (porque trata de normas y reglas de conducta, ya sea porque las crea o simplemente las estudia). Para algún “grupo minoritario”, la ciencia jurídica es también sociológica. Para estos últimos, la ciencia jurídica va destinada al estudio del “comportamiento de los ciudadanos y autoridades” y descubrir las normas que “dirigen estos comportamientos”¹³⁵⁷.

En la Edad Media, surge el método de los glosadores. Los glosadores parten del texto para llegar al caso y los romanos parten del caso para llegar al texto. Los glosadores no hacían más que una exégesis del texto, basándose en el *trivium*: gramática, dialéctica y retórica. Concretamente, “fijaban la literalidad del texto” luego hacían un uso intensivo de las “reglas de la lógica, tal como las había elaborado Aristóteles”¹³⁵⁸.

Posteriormente, se abandonó la “interpretación literal” y se acudió a la búsqueda de la *ratio legis*, lo que dio nacimiento a la escuela de los comentaristas, también llamada *mos italicus*¹³⁵⁹.

A partir del siglo XV, se pasó a abusar de las citas de autoridades hasta el punto de que el método del método, llamado *mos italicus*, entró en crisis. Surgió así el método del *mos gallicus* o humanismo jurídico que buscando ser más sistemático,

¹³⁵⁷ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., pp. 55-56.

¹³⁵⁸ *Ibid.*, pp. 26-27.

¹³⁵⁹ *Ibid.*, p. 28.

“introdujo métodos históricos y filológicos para conocer el derecho romano anterior a la codificación de Justiniano” y ofrecer una jurisprudencia (conocimiento del derecho) más sistemático ¹³⁶⁰. No obstante, el método del *mos gallicus* se encontró con el problema de tener que justificar “la ciencia jurídica de la época” con otros argumentos que la historia y las fuentes clásicas del derecho romano. A partir del siglo XVI, surgen nuevos juristas (Alciato, Zazio, etc.) que deciden acudir a lo que “aportaba el derecho natural y de gentes”. Aquí es donde la ciencia jurídica confluye con las ideas de “razón” y de “naturaleza humana”, es decir, con la filosofía del derecho “representada entonces por el iusnaturalismo moderno”. Esta fusión entre ciencia jurídica y filosofía del derecho se produciría de modo definitivo en el siglo XIX con “la escuela histórica alemana” y con la “jurisprudencia analítica inglesa” ¹³⁶¹.

La ciencia jurídica, gracias a la doctrina del derecho natural, pudo convertir el derecho en un “sistema unitario, jerarquizado y construido de manera deductiva”. Así, por un lado, teníamos el derecho natural compuesto en un sistema de definiciones (conceptos jurídicos), axiomas (principios generales del derecho) y teoremas (“preceptos derivados de los dos grupos anteriores”) y el derecho positivo compuesto en un sistema “simétrico”, con el “mismo orden”: las distintas “ramas del derecho”, los “principios generales” y las “leyes” ¹³⁶².

Se crean así tres grandes modelos de ciencia jurídica a lo largo de estos dos siglos. El primero es el modelo del derecho natural moderno (heredado de la filosofía ilustrada). El segundo es el modelo del positivismo jurídico, empirista (Bentham, Austin) o bien no empirista (jurisprudencia de conceptos, teoría pura de Kelsen). En tercer lugar, las “teorías que ven el derecho como una práctica social”, como la jurisprudencia sociológica, la jurisprudencia de intereses, el pragmatismo, el realismo jurídico, etc. ¹³⁶³.

Para Bobbio, ha existido a lo largo de la historia un problema epistemológico que ha confrontado “el saber jurídico real y práctico del jurista con la construcción científica del saber jurídico en base a una determinada concepción y metodología

¹³⁶⁰ *Ibid.*, p. 28.

¹³⁶¹ *Ibid.*, p. 29.

¹³⁶² *Ibid.*, p. 31.

¹³⁶³ *Ibid.*, p. 32.

jurídica que constituyen el modelo de cientificidad en un determinado contexto histórico” (el sistema deductivo axiomático propio de las matemáticas en el XVII). La atribución de cientificidad a la jurisprudencia anquilosándola en un molde prefabricado en el taller de otras disciplinas convierte a la jurisprudencia “cientifizada” en una jurisprudencia dogmática alejada de la realidad del derecho ¹³⁶⁴.

Aunque existan dudas de que la dogmática jurídica (o jurisprudencia “cientifizada”) pueda considerarse estrictamente como ciencia al nivel de las ciencias naturales (tal vez principalmente porque no busca describir ni explicar el derecho positivo vigente desde un punto de vista empírico sino sobre todo reconstruirlo para comprender sus prescripciones), su valor y utilidad social es indudable, y desde luego responde al dominio de una serie de habilidades que la acercan más al campo de la filosofía práctica que de la ciencia ¹³⁶⁵. Si las ciencias prácticas revisten carácter científico fundamentalmente por su apertura o referencia a principios primeros de la filosofía práctica (que son principios de la ley natural), “resulta claro que la ciencia jurídica, para merecer el calificativo de científica, ha de referirse, estar abierta, resolverse o fundarse en los principios del derecho natural” ¹³⁶⁶.

No obstante, se pasa progresivamente de una preocupación por la ciencia del derecho a una preocupación mayor por el método jurídico.

Las últimas décadas del siglo XIX han estado marcadas por el surgimiento de la filosofía social, con corrientes como el marxismo o la sociología positivista que denotan la existencia de la sociedad como un producto de relaciones humanas distinto e

¹³⁶⁴ Cfr. BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres Editor, 1980, pp. 173-200. Cfr. MASSINI CORREAS, CARLOS IGNACIO, “Derecho Natural y Ciencia Jurídica”, *Revista Sapienta Vol. LXII*, número 221-222, 2007, pp. 179-213, pp. 182-184.

¹³⁶⁵ Cfr. RUIZ MIGUEL, ALFONSO, “la dogmática jurídica, ¿ciencia o técnica?”, en ALARCÓN CABRERA, C., y VIGO, R. L., *Interpretación y argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 411-412.

¹³⁶⁶ Cfr. PALACIOS, LEOPOLDO-EULOGIO, *El análisis y la síntesis*, Encuentro, Madrid, 2005, pp. 17-18. Cfr. MASSINI CORREAS, C.I., “Derecho Natural y Ciencia Jurídica”, *op. cit.*, p. 210. A este respecto, la tarea descriptiva y lógico-sistemático-conceptual parecen perfectamente adecuarse a la realidad empírica para su explicación y su comprensión, pero no parece ser el caso para la filosofía práctica. La fundamentación de los principios primeros del derecho que son necesarios para justificar las aseveraciones de la ciencia del derecho “científico-empírica”, ilustrar la resolución de los casos particulares y justificar las decisiones jurídicas necesita de una argumentación que materialmente sepa guiar el pensamiento dentro de una disciplina “extra científico-empírica” (el derecho natural), es decir, desarrollar un método que permita ofrecer un derecho natural argumentado (es decir, compuesto de argumentos) para el derecho positivo y el conjunto de la ciencia del derecho.

independiente del Estado ¹³⁶⁷. Esto es consecuencia de una tensión metodológica constante sobre toda la ciencia en general durante todo el siglo XIX. Por un lado, reina el racionalismo clásico, apriorístico, basado en la deducción lógico-matemática. Por otro lado, el “empirismo positivista”, “basado en la observación”, “en los datos de la experiencia” y “en la verificabilidad”. Sin embargo, la ciencia jurídica no podía adoptar ningún método de forma exclusiva, ya que no era “plenamente deductiva” ni “plenamente basada en la observación y en la experiencia” ¹³⁶⁸.

“La cuestión del método pasó a ser uno de los temas cruciales de la filosofía de la ciencia en la época moderna”. Las ciencias físicas consiguieron alcanzar un “saber autónomo y riguroso” inspirando a las ciencias sociales y humanas, incluida la ciencia jurídica, para seguir el mismo camino. La ciencia jurídica en su camino hacia el “saber científico moderno” se centró en la reflexión científica alrededor de la ciencia del derecho creando, en el siglo XIX, lo que se llamaría “epistemología y metodología jurídicas”. La ciencia jurídica consiguió fijar por un lado “el modelo científico de la dogmática jurídica y después la teoría general del derecho” con un método formalista y por otro lado una concepción, opuesta a la anterior, basado sobre un saber social y con un método funcionalista ¹³⁶⁹.

2. El siglo XIX

El siglo XIX se caracteriza porque verá nacer dos modelos de ciencia jurídica: la dogmática jurídica y la teoría general del derecho (también llamada filosofía del derecho positivo) ¹³⁷⁰.

¹³⁶⁷ Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, op. cit., p. 207.

¹³⁶⁸ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., p. 32.

¹³⁶⁹ *Ibíd.*, p. 32.

¹³⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 193-194. El término “dogmática jurídica” no llegó a usarse para referirse a la ciencia del derecho, ni durante la Edad Media, ni en la época romana (con el derecho romano) sino que su introducción, según Atienza, parece provenir del siglo XVIII, consolidándose con la escuela histórica, a partir del siglo XIX. Por lo que, como concluye Atienza, este término de “dogmática jurídica” es una herencia del positivismo jurídico (al menos de una de sus versiones). Cfr. ATIENZA, MANUEL, “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ y DIEGO VALADÉS RÍOS, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*, volumen 4, Tomo 1, 2015, pp. 169-196, p. 170.

La dogmática jurídica se entiende como la explicación sistemática de los principios que se encuentran debajo de la estructura del orden jurídico positivo, que no son más que los principios obtenidos de las normas puestas por el legislador que actúan ahora como enunciados primitivos de los que deducir enunciados derivados ¹³⁷¹. No obstante, la dogmática jurídica busca dar sentido a esos principios jurídicos sin por ello discutir su causa o procedencia. De allí, se ha discutido seriamente el valor científico de la dogmática jurídica, ya que esta o bien trabaja (desintegrando y ordenando) materiales (principios y preceptos jurídicos) dados por una autoridad o, en su caso, estudia la mecánica del acontecer factico de lo jurídico (la sociología jurídica) ¹³⁷². La dogmática jurídica dará respuestas jurídicas sin nunca salirse de los propios dogmas ¹³⁷³.

En Alemania, la escuela histórica de Savigny tratará de interpretar y organizar lógicamente la materia jurídica (el derecho obtenido por fuentes históricas) con el fin de crear un sistema ¹³⁷⁴.

¹³⁷¹ *Ibid.*, p. 52.

¹³⁷² Cfr. WELZEL, H., *op. cit.*, pp. 249-251. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico, op. cit.*, p. 52. Acabamos de decir que la dogmática jurídica, según Welzel, no cuestiona los principios jurídicos que usa. Esto se debe a que la dogmática jurídica es una ciencia jurídica que no busca “proporcionar” principios jurídicos y tomará los que le vienen dados por una autoridad (el Estado) o por una fuente de conocimiento empírica (empirismo). Como recordará García Amado, para Viehweg, la dogmática jurídica se constituye sobre la base de los dogmas jurídicos básicos obtenidos por vía de la tópica. La dogmática jurídica toma ese conjunto de dogmas jurídicos con el fin de racionalizarlos. Los dogmas (obtenidos por la tópica) “nacieron siempre como respuesta social a determinados problemas socialmente relevantes” buscando lo que la sociedad “tiene por justo”. Cfr. GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 233-235. Basado en las ideas de Theodor Viehweg. Estudiaremos la tópica como un método propio del derecho positivo debido a que trata de descubrir principios jurídicos (tópicos jurídicos) positivos.

¹³⁷³ Así, la dogmática jurídica se distingue de la investigación jurídica porque la primera busca fijar respuestas definitivas a problemas mientras que la segunda queda “abierta a continuos cuestionamientos”. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica, op. cit.*, p. 236. La dogmática jurídica se encuentra con una “aporía fundamental” que define el derecho y que consiste en “la cuestión de qué sea lo justo aquí y ahora”, a la cual, la dogmática jurídica no sabe responder por completo. La dogmática jurídica solo puede realizar una labor de “control endógeno” del sistema, interpretando los dogmas ya dados (la idea de lo justo entre otros) para, en su caso, adaptarlos a los cambios sociales. En defensa del derecho como sistema tópico, García Amado, entiende que para flexibilizar la dogmática jurídica sin que pierda su fijeza y la seguridad jurídica que proporciona a las nuevas tendencias y cambios sociales puestos de manifiesto por la investigación jurídica (cetéctica jurídica), hay que pasar por la actividad interpretativa “marcada por la tópica”. *Ibid.*, pp. 238-241, 246, 249. El proceder que sigue la dogmática jurídica para obtener el sistema de derecho es el siguiente, según lo expone López Hernández: Primeramente, es necesario la “identificación empírica de los enunciados que componen el sistema (que se obtienen por “la observación y lectura de los textos de las leyes”) para, en un segundo momento, sistematizar o construir por vía de la lógica, el sistema. En un tercer momento, una vez el sistema construido, se puede proceder a deducir de él”. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico, op. cit.*, pp. 52-54.

¹³⁷⁴ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico, op. cit.*, pp. 198-199.

Con Savigny, el sistema jurídico que se construye no es una “construcción puramente ideal, como la del racionalismo moderno”, ni tampoco es puramente legal, como lo hiciera la exégesis francesa. En Savigny, la tradición se fusiona con el derecho vigente y el sistema pasa a ser “un producto natural e histórico”¹³⁷⁵.

Esto abriría las puertas a la jurisprudencia de conceptos. La jurisprudencia de conceptos partiendo de la idea de libertad (sobre todo para Puchta) irá deduciendo todos los conceptos hasta obtener un sistema completo de derecho¹³⁷⁶.

Se desarrolló en los países anglosajones la llamada “jurisprudencia analítica” defendida por Bentham y Austin, que, siguiendo el “utilitarismo de Hume”, propone una ciencia del derecho basada exclusivamente sobre el análisis del derecho positivo. En Francia, se desarrolló paralelamente “una corriente metodológica”, llamada “escuela de la exégesis”. En esta época, como consecuencia de estos movimientos, surge un formalismo jurídico¹³⁷⁷ principalmente entendido como aquel que concibe que el derecho (o lo que es jurídico) no es la reglamentación de los comportamientos (es decir la norma) sino la “forma” de esa reglamentación (a la que se añade la coacción)¹³⁷⁸. Para Bobbio, la teoría formalista, propia del positivismo jurídico, es una respuesta

¹³⁷⁵ *Ibid.*, p. 199. En cuanto al derecho natural, con Savigny ya no es más que el derecho del pueblo, creado a lo largo de la historia, “conocido como derecho positivo a través de sus manifestaciones” como la costumbre, la ley o la doctrina. *Ibid.*, p. 35. No obstante, la presencia del derecho natural (o de sus vestigios) en la escuela histórica se hace notar de una forma más sutil. Según Saleilles, los últimos discípulos de esta escuela han visto, en los juristas que la han cultivado, una búsqueda todavía muy viva, de un ideal jurídico y la presencia persistente de connotaciones filosóficas (o metafísicas) en los conceptos que presiden los razonamientos de esos juristas. Cfr. SALEILLES, R., *op. cit.*, pp. 81-82.

¹³⁷⁶ El “último gran cultivador” de la jurisprudencia de conceptos fue Windscheid que usó de la psicología y más tarde de la sociología para rellenar de contenido los conceptos jurídicos de la teoría. Así, se le criticará un giro hacia el psicologismo. *Ibid.*, pp. 35, 37. Como bien explica Carpintero Benítez, “Un sistema es una forma de trabajar que supone un principio único o primero desde el que se desarrollan los teoremas en los que se expresa una ciencia. Tal axioma primero introduce una definición genética, con los contenidos de sus teoremas normalmente ya insilogizados de modo que finalmente el desarrollo de ese cuerpo doctrinal es predecible de antemano”. Cfr. CARPINTERO BENÍTEZ, F., “Métodos científicos y método del derecho: una historia superada”, *op. cit.*, p. 34.

¹³⁷⁷ Nos recuerda Bobbio que pueden distinguirse varios tipos de formalismos. Según G. Tarello el formalismo puede indicar “un determinado tipo de ordenamiento jurídico, una determinada actitud del jurista frente al derecho, una determinada concepción del derecho (el derecho como forma), una determinada concepción de la ciencia jurídica (como ciencia formal), un determinado modo de interpretar el derecho”. Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 15 nota a pie número 4.

¹³⁷⁸ *Ibid.*, p. 25. El positivismo tradicional (o legalista) del siglo XIX ve el derecho como un sistema estático, autosuficiente “como ordenamiento normativo”. Así, el derecho, visto de esta manera, posee un racionalidad interna propia y suficiente que le viene dada por su estructura sistemática. La metodología jurídica, en ese contexto, sólo tendrá como labor fijar los procesos formales del razonamiento que parte de esa racionalidad hasta llegar a la decisión concreta. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópic jurídica*, *op. cit.*, p. 292.

positivista “a la pretensión del iusnaturalismo racionalista de establecer aquello que es jurídico y aquello que no es jurídico” antes de que se haya organizado el Estado ¹³⁷⁹.

La teoría general del derecho estudia el sistema jurídico en sí mismo y en su totalidad, en sus aspectos más generales y más comunes que se encuentran en todos los ordenamientos jurídicos (normas, relación jurídica, derecho subjetivo y deber jurídico o “sujeción jurídica”). Estudia “la estructura y contenidos de cualquier sistema jurídico en sus aspectos más generales” ¹³⁸⁰.

Para comprender los retos de la sistematización del derecho que trataron de conseguir las corrientes decimonónicas debemos partir de la teoría de la norma jurídica para llegar a la teoría del sistema jurídico.

En la tradición iusfilosófica se ha estudiado detenidamente la norma jurídica como un ente aislado (teoría de la norma jurídica) dejando de lado el estudio sistemático y completo del sistema de normas jurídicas como un todo con sus elementos interrelacionados (teoría del ordenamiento jurídico) ¹³⁸¹. La concepción dominante hoy en la ciencia jurídica sostiene que “los elementos básicos del derecho son las normas jurídicas”. Ya desde el siglo XIX tanto Savigny como Ihering opinaban que el derecho se componía de reglas e instituciones ¹³⁸².

¹³⁷⁹ Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 82.

¹³⁸⁰ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, *op. cit.*, pp. 194-195. Según Francesco Carnelutti la “teoría general del derecho” es a lo que se llega después de pasar por la exégesis y la dogmática jurídica. Véase CARNELUTTI, FRANCESCO, *Teoria generale del diritto*, ed. ampliata Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1951, pp. XI-XII. Hernández Marín distinguirá entre la “teoría general de las normas jurídicas” (cuando se considera a las normas jurídicas aisladamente) y la “teoría del ordenamiento jurídico” o “teoría del sistema jurídico”. No obstante, dejará claro que no puede confundirse el estudio de los conceptos jurídicos fundamentales de norma, derecho subjetivo, obligación, sujeto de derecho, relación jurídica, etc., que pertenece a la “teoría fundamental del derecho” (que es más bien una teoría de la ciencia jurídica) con lo que es propiamente la “teoría general derecho”. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., “Concepto de Filosofía del Derecho”, *op. cit.*, p. 183.

¹³⁸¹ Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, *op. cit.*, p. 135. Para Hernández Marín, la teoría general del derecho en su versión de “teoría general de la norma jurídica” consiste en interpretar “partes o aspectos de los enunciados jurídicos, que son comunes a todos los enunciados jurídicos de una misma clase, cualquiera que sea la rama del ordenamiento jurídico y el ordenamiento jurídico en que los enunciados se presenten”, por ejemplo, interpretará todos los elementos que son comunes a las normas prescriptivas o a las normas de competencia. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., “Concepto de Filosofía del Derecho”, *op. cit.*, pp. 176-179.

¹³⁸² Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, *op. cit.*, p. 103. De esa concepción podemos pasar al normativismo jurídico que se entiende como aquel que concibe exclusivamente el derecho como norma jurídica, es decir, todo hecho será derecho cuando una norma jurídica lo haya considerado y le atribuya consecuencias. Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 25. Fente a la teoría normativista se planta la teoría de la institución (cuyo antecedente francés es

La idea de sistema se entiende tradicionalmente como “un conjunto ordenado de entes ideales (conceptos)” o como un “conjunto ordenado de entes reales (objetos)”. Esta idea de sistema fue desarrollada por los racionalistas a la hora de querer obtener el conocimiento por procedimientos deductivos de la realidad, “material” como “espiritual”. Permitió dar “más certeza al conocimiento” tal cual lo pretendía el racionalismo. Los enciclopedistas desarrollaron la idea de sistema como un “método de ordenación y clasificación conceptual” en “un conjunto ordenado y unitario”¹³⁸³. Como recuerda Kant, el conocimiento científico (a diferencia del conocimiento ordinario) pretende dar un sentido sistemático a unos conocimientos dispersos (conocimiento ordinario)¹³⁸⁴. Hegel da un paso más y concibe la idea de sistema superando el formalismo kantiano y quiere conseguir la “unidad de lo conceptual y lo real”. Para Hegel, la verdad sólo puede existir dentro del sistema científico, porque la verdad es “el concepto de un objeto y su realización” todo ello “manteniendo una unidad”, como totalidad¹³⁸⁵.

Un sistema es una “totalidad ordenada” es decir un “conjunto de entes entre los cuales existe un cierto orden” y un orden lo componen “elementos constitutivos” que están en relación con el todo y en relación de coherencia entre sí¹³⁸⁶. La unidad se produce cuando existe una jerarquía que permita hacer remontar la norma más en la base hasta la norma más elevada¹³⁸⁷.

Desde un plano más propiamente jurídico, la creación de un sistema jurídico es una tarea propiamente moderna, comienza en los siglos XVII y XVIII con tratadistas civiles, sigue con los autores del derecho natural (Pufendorf, Wolff) y “culmina en el siglo XIX con los pandectistas alemanes”¹³⁸⁸.

Concretamente, se desarrolla la idea de sistema lógico deductivo que consiste en un sistema formal, de “una construcción lógica” de “proposiciones unidas ente sí por

Hauriou) que sitúa a la sociedad en el centro del derecho. Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, op. cit., pp. 6-8.

¹³⁸³ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., p. 183.

¹³⁸⁴ *Ibid.*, p. 184. Véase KANT, IMMANUEL, *Crítica a la razón pura*, traducción de Pedro Ribas, Alfaguara, Madrid, 1978, p. 647.

¹³⁸⁵ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., p. 184.

¹³⁸⁶ Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, op. cit., p. 171.

¹³⁸⁷ La norma fundamental en Kelsen cumplirá con esa función de dar unidad al sistema con una jerarquía normativa. *Ibid.*

¹³⁸⁸ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., p. 188.

relaciones deductivas”¹³⁸⁹. La construcción del sistema lógico se realiza en tres etapas. Primero por el análisis jurídico por el cual se extraen los elementos más simples: los “conceptos jurídicos”. Segundo por la concentración lógica por la cual se extraen los elementos complejos “los principios jurídicos”. Por último, por vía de la “construcción jurídica” por la que se ordenan los “institutos” jurídicos¹³⁹⁰.

Se desarrolla igualmente la idea de sistema orgánico entendido como aquellos “sistemas orgánicos o biológicos” compuestos por elementos físicos que tienen la característica de poseer vida y donde cada elemento depende del todo¹³⁹¹. Savigny no adopta el modelo “puramente deductivo” o un “modelo mecanicista” que dominaba en la época en las ciencias físicas y sociales, sino que adopta un modelo organicista (en su todo como en sus partes) por lo que el modelo evoluciona constantemente y va destinado a fines¹³⁹². Ihering combinará el sistema jurídico organicista con un sistema lógico (deductivo)¹³⁹³. Ihering distinguirá entre el derecho real y el derecho formulado. El derecho real está impulsado por “fuerzas vivas psíquicas o espirituales de cada pueblo a lo largo de su historia” aunque ese derecho es “muy rico”, y por ello, desconocido en su mayor parte. El derecho real es orgánico. Representa el conjunto de fenómenos que marcan la vida de un pueblo. El derecho formulado es la expresión de parte de ese derecho real en “forma lingüística”, en “adagios populares”, “leyes escritas”, y “doctrinas jurisprudenciales”. El derecho real es siempre más complejo y amplio que el derecho formulado. El primero es orgánico y espiritual a la vez y constituye el “sistema orgánico”, el segundo es positivo y constituye el “sistema lógico-conceptual”¹³⁹⁴.

En los países anglosajones, Bentham construirá un sistema jurídico sobre la base de su concepto de ley y Austin elaborará una serie de conceptos que son comunes a “todos los sistemas jurídicos” para tratar con ellos de crear un “sistema racional del Derecho”¹³⁹⁵.

¹³⁸⁹ *Ibid.*, p. 185.

¹³⁹⁰ *Ibid.*, p. 203.

¹³⁹¹ *Ibid.*, p. 185.

¹³⁹² *Ibid.*, pp. 199-200.

¹³⁹³ *Ibid.*, p. 200.

¹³⁹⁴ *Ibid.*

¹³⁹⁵ *Ibid.*, pp. 204, 207.

En este contexto donde el positivismo (como ideología) está asentado, los problemas que se plantean son principalmente de estructura, forma y método. De ahí que el reciente auge de las novedosas ciencias humanas y sociales (que pueden agruparse como “ciencias espirituales”) encontrarán ciertas dificultades para encajar dentro del marco metódico propio (ya sea al método racionalista deductivo o al método empirista positivista) imperante para las ciencias naturales, físicas, matemática y jurídicas. Por ello, las ciencias humanas y sociales desarrollaron “doctrinas epistemológicas” adaptadas a sus peculiaridades ¹³⁹⁶.

El neokantismo dividirá el saber entre ciencias culturales y ciencias naturales. Las “ciencias culturales” son “individualizantes”, es decir, que su método trata de acontecimientos humanos e históricos que son irrepetibles mientras que las ciencias naturales buscan las leyes generales que explican los fenómenos que se repiten siempre de la misma manera en la naturaleza ¹³⁹⁷.

En cuanto a la ciencia del derecho, no cabe duda de que las tendencias del siglo XIX apuntan a eliminar el derecho natural como parte de una teoría del derecho y pretenden ganar en científicidad reduciendo el derecho a derecho positivo. Una vez procedido a este giro en favor del positivismo, sólo queda pendiente resolver los problemas de estructura y forma del derecho positivo (lo que dará un sentido de unidad y coherencia y por tanto de principio al derecho positivo) y el método para su aplicación.

La dogmática jurídica que nace en siglo XIX será combatida por Gény, principalmente en su vertiente de la exégesis ¹³⁹⁸. Igualmente, Savigny, Bentham, Austin, como pensadores que han tratado la dogmática jurídica, han ofrecido una visión parcial del derecho centrada en la sistematización (o construcción de un sistema) de

¹³⁹⁶ *Ibid.*, p. 41.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, p. 42.

¹³⁹⁸ Véase principalmente GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I y Tomo II, *op. cit.* Según Reale, Gény, con su doctrina del derecho natural, corrigió “las exageraciones del iusnaturalismo racionalista posrenacentista” que se presenta como un duplicado inútil del derecho positivo y corrigió la persistente subordinación del derecho natural “a un sistema de principios universales” de filosofía del derecho “en relación con [respecto de] principios o directrices” de la teoría general del derecho. Así, consiguió con su insistencia en el estudio de la técnica jurídica y de la epistemología, “poner fin” a la sinonimia entre filosofía del derecho y derecho natural y abrir el paso a la filosofía del derecho positivo o teoría general del derecho. Cfr. REALE, MIGUEL, “Gény na cultura jurídica brasileira”, *op. cit.*, p. 359. De este modo, Gény separó lo propio de la filosofía del derecho (elaboración de la técnica y del derecho positivo) de lo propio del derecho natural (aprehensión de lo “dado”).

derecho positivo, descuidando en mayor medida el problema de su fundamento (Gény lo recordará con el llamamiento al derecho natural con su teoría de los “datos”) y en último término con su aplicación (que pondrá de relieve con la libre investigación científica del derecho) ¹³⁹⁹.

El formalismo tiene en cuenta la “forma” de la reglamentación. Es decir, un ordenamiento normativo se considerará jurídico por adoptar una determinada forma (por ejemplo, la legal) con independencia de su contenido. A partir de esa forma se construye un sistema jurídico. Gény explica que la interpretación de la ley está dominada por la idea de que el sistema jurídico (la estructura íntima del ordenamiento jurídico positivo) presenta una unidad orgánica, “inherente al ordenamiento jurídico positivo”, en la cual apoyarse para rellenar cualquier vacío legal ¹⁴⁰⁰. Pero afirmar la existencia de un sistema jurídico (no exclusivamente positivo), es decir, un sistema compuesto por normas jurídicas relacionadas lógicamente las unas con las otras, equivale a reconocer que este existe y presupone una “estructura íntima del ordenamiento jurídico” que debe venir presidida por axiomas o principios (no positivos) que configuran e informen su estructura. No obstante, dichos principios (no positivos) no pueden ser dialécticamente aprehendidos. Por lo que para justificar la existencia de esos principios (esa “estructura íntima del ordenamiento jurídico”) tendremos que acudir a su evidencia fáctica, a su valor intrínseco o a su “alcance práctico” para el derecho positivo ¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁹ Savigny se opone a la exégesis. Para él, la misión del intérprete consiste en reconstruir el sistema de derecho, concretamente, recomponer el “conjunto orgánico” que la ley sólo muestra parcialmente. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 257-258. Incluso la escuela histórica considera la ley como un “elemento de la organización social” integrado dentro de su peculiar visión del sistema jurídico y que como tal debe adaptarse siempre al tiempo en el que debe ser aplicada, pudiendo llegar más lejos que la simple “flexibilización” del texto legal, es decir, hasta su propia deformación (Saleilles seguirá esa línea). Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 248-250. Gény reprochará a la escuela histórica de Savigny por un lado su excesivo afán sistematizador y por otro la mística conciencia colectiva puesta a la base de esa sistematización del ordenamiento jurídico positivo. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 344. Gény critica el legalismo exagerado de Blondeau y el hecho de su vinculación con la escuela analítica de Bentham. *Ibid.*, p. 25 nota a pie de página número 2. Criticará propiamente a Bentham por ser portador de la quimera de la plenitud del ordenamiento jurídico positivo, tan caro a la escuela de la exégesis. *Ibid.*, p. 62 nota a pie de página número 4, 117 nota a pie de página número 4. Para Gény, Austin fue un pensador de la ciencia “pura” del derecho. *Ibid.*, p. 64 nota a pie de página número 2.

¹⁴⁰⁰ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 311.

¹⁴⁰¹ “Pero si se nos presentan las nociones jurídicas en forma de entidades metafísicas, clasificadas en categorías, dotadas de formas y dotadas de efectos necesarios, unidas entre sí por una especie de armonía lógica, es porque suponemos, a priori, una cierta estructura íntima del ordenamiento jurídico, planteada, como un axioma, en la base misma de nuestra ciencia. - Sin embargo, tal axioma sigue siendo, como tal, esquivo a cualquier dialéctica. Por lo que no se le puede ni requerir para ofrecer una justificación o ni

Gény se sitúa junto a las tendencias (la tendencia antiformalista en el ámbito germano y la posterior cultura jurídica italiana) que discuten el problema de teorizar el derecho como un “sistema” coherente, íntegro y cerrado ¹⁴⁰². Desde luego Gény no da excesivo peso al sistema jurídico positivo como sistema capaz de proporcionar todas las soluciones jurídicas que el intérprete (o juez) necesita. Primero se concibe la posibilidad de varias concepciones distintas sobre el ordenamiento jurídico. Sea cual sea la que adoptemos, siempre es cuestión de distinguir qué normas son jurídicas y cuáles no. Escogeremos algunos fenómenos de la “vida social” y les asignaremos una “sanción eficaz”. Para Gény, la elección de los fenómenos de la vida social merecedores de formar parte del ordenamiento jurídico positivo dependerá del estado de civilización en cada momento ¹⁴⁰³.

Por lo que, para Gény, siempre hay una instancia superior al sistema jurídico-positivo y esa instancia la podemos encontrar en el derecho natural (en los “datos” extraídos de la naturaleza de las cosas). Concretamente, lejos de limitar la práctica jurídica por un rigor formalista cualquiera (sea cual sea la concepción de sistema jurídica que se tenga), nos dice que el ordenamiento jurídico positivo (por ejemplo, el ordenamiento jurídico privado) en su manifestación por vía de la ley o como construcción sistemática, siempre debe dejar, según él, la libertad al juez de poder acudir a los principios de justicia y utilidad social (según la naturaleza de las cosas)

oponerse discutiendo sus reglas. - Sólo habrá que ver si su supuesta verdad se impone por la fuerza de la evidencia, o si el favor de que goza no se basa en exceso en la pura ilusión. Y tal vez la mejor manera de probarlo sea examinar minuciosamente algunas de sus aplicaciones, ya sea desde el punto de vista de su valor intrínseco o de su importancia práctica para el desarrollo progresivo del derecho positivo” (“*Mais, si l'on nous présente les notions juridiques, sous la forme d'entités métaphysiques, classées en catégories, pourvues de formes et douées d'effets nécessaires, reliées les unes aux autres par une sorte d'harmonie logique, c'est que l'on suppose, a priori, une certaine structure intime de l'ordre juridique, posée, à titre d'axiome, au seuil même de notre science. — Or, pareil axiome reste, comme tel, insaisissable à toute dialectique. Et, il ne peut être question, ni d'en requérir la justification, ni de le contester dans les règles. — Il nous faudra voir seulement, si sa vérité prétendue s'impose par la force de l'évidence, ou si la faveur, dont il jouit, ne reposerait pas, pour beaucoup, sur une pure illusion. Et, la meilleure façon de l'éprouver sera, peut-être, de passer au crible d'une critique attentive et réfléchie quelques-unes de ses applications, soit au point de vue de leur valeur intrinsèque, soit à celui de leur portée pratique, dans le sens du développement progressif du droit positif*”). GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 130.

¹⁴⁰² Cfr. COSTA, P., “Interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento”, *op. cit.*, p. 372. Hay que aclarar, como lo hace Monereo Pérez, que Gény es “antiformalista pero no antinormativista ya que creía en el carácter normativo del Derecho”. Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., *El pensamiento científico jurídico de Gény...*, *op. cit.*, p. 42.

¹⁴⁰³ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 172.

para, a partir de allí, deducir las reglas más adecuadas a las exigencias de la vida ¹⁴⁰⁴. Como veremos estos planteamientos de Gény son cercanos con algunas teorías jurídicas defendidas en el siglo XX.

Por último, el surgimiento de las ciencias que estudian la sociedad ha llevado a plantear el problema del método a aplicar a esa parte de la realidad y sus nexos de unión con la ciencia jurídica. Gény tendrán en consideración todos los aportes de las ciencias sociales y sus preocupaciones metodológicas ¹⁴⁰⁵.

3. El siglo XX

Así, el siglo XX será marcado por el llamado positivismo lógico (y la posterior filosofía analítica) que conciben la ciencia como lenguaje, en concreto, como proposiciones (analíticas y sintéticas) “conectadas lógicamente entre sí” sobre las que hay que realizar una depuración del lenguaje ¹⁴⁰⁶. La filosofía del lenguaje “se dedica a

¹⁴⁰⁴ “El ordenamiento jurídico privado, reducido esencialmente a una conciliación de actividades libres y a la armonía de intereses, en vistas a un fin superior, no puede, - aparte de la ley escrita, que nunca ofrece más que una revelación incompleta, - encontrar sus bases profundas y firmes, más que en la justicia y la utilidad social, siendo estos los únicos elementos objetivos capaces de sugerir las reglas, basadas en la naturaleza de las cosas y adaptadas a las exigencias de la vida” (*“L'ordre juridique privé, se ramenant essentiellement à une conciliation d'activités libres et à une harmonie d'intérêts, en vue d'une finalité supérieure, ne peut, - en dehors de la loi écrite, qui n'en offre jamais qu'une révélation incomplète, - trouver ses bases, profondes et fermes, que dans la justice et l'utilité sociale, seuls éléments objectifs capables - d'en suggérer les règles, fondées sur la nature des choses et adaptées aux exigences de la vie”*). GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 187-188. Gény se pregunta cómo atenuar o detener, en la práctica, es decir, con el uso de la técnica jurídica, “el poder brutal de las leyes escritas” cuando contravienen el derecho natural o el “dado” de la vida social. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 87. Justamente, criticarán Saavedra y Maresca que en la actualidad el juez no asuma ni persiga el modelo de “jurista ilustrado sobre su propio papel social y sobre la función social del derecho mismo”. Cfr. SAAVEDRA, MODESTO y MARIANO MARESCA, *op. cit.*, p. 164.

¹⁴⁰⁵ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 1-9, 167-172, n° 58, 59, 61. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 136-144, 389-392.

¹⁴⁰⁶ El positivismo lógico (y la posterior filosofía analítica) afirma que la lógica va a permitir garantizar la verdad de las proposiciones analíticas (proposiciones que adquieren su significado y son verdaderas por el análisis de sus palabras) y el empirismo (la experiencia) va a permitir garantizar por el método de la verificabilidad, la verdad de las proposiciones sintéticas (cuya verdad sólo se puede corroborar en la experiencia). Lo que va a diferenciar a los positivistas lógicos de los filósofos analíticos radica en que los primeros no reconocen como proposiciones con significado las proposiciones no descriptivas como las interrogaciones, las imperativas, las normas, etc. Sin embargo, la filosofía analítica reconocerá significados a este tipo de proposiciones Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, *op. cit.*, pp. 43-44, 49-50. En esta corriente logicista, podemos encontrar los trabajos de Alchourrón, Bulygin, o Tarski, que tratan de construir un sistema deductivo con base en enunciados primitivos (creados según las reglas de formación) y enunciados derivados (creados según las reglas de transformación). *Ibid.*, pp. 51-52. El problema con Alchourrón y Bulygin, es que estos no se detienen en

estudiar el lenguaje de la dogmática”, se constituye como un metalenguaje de la ciencia dogmática ¹⁴⁰⁷. Se estudiará el contenido de los conceptos que forman el derecho con el llamado método del empirismo lógico con el cual se trata de saber qué contenidos tienen los conceptos que forman el derecho ¹⁴⁰⁸.

No obstante, para Kelsen, la ciencia jurídica (como ciencia normativa) estudia las “normas jurídicas” de “manera totalmente pura”. La tarea de la ciencia jurídica será construir proposiciones que “describan el contenido prescriptivo de las normas jurídicas”. La norma jurídica, para Kelsen, es “independiente de la voluntad del individuo”, queda desvinculada de cualquier mecanismo psíquico y no requiere ser aceptado por el individuo a diferencia de las normas morales ¹⁴⁰⁹.

fijar el método de identificación empírica de los enunciados que van a formar el sistema jurídico. Esta indefinición es solventada por Hernández Marín cuando al interesarse por el problema de la identificación acaba concluyendo que las normas jurídicas son “entidades lingüísticas y factuales externas”, es decir, que tienen una realidad empírica, son observables por los sentidos y, la mayoría, se manifiestan por escrito. Véase HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, *op. cit.*, pp. 316-317. Es más, afirma Hernández Marín que el derecho se compone exclusivamente de normas jurídicas (que no son más que enunciados jurídicos). Así, el derecho queda reducido a la teoría general del derecho. Véase HERNÁNDEZ MARÍN, R., “Concepto de Filosofía del Derecho”, *op. cit.*, p. 180.

¹⁴⁰⁷ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, *op. cit.*, p. 47. Como observa Massini Correa, el propio Bobbio, cree que el “análisis del lenguaje” permite conciliar la realidad del derecho con los cánones de científicidad exigidos a la jurisprudencia. Analizando el lenguaje del legislador se conseguiría no “salirse” del ámbito del derecho positivo vigente. Pero, en opinión de Massini Correa, Bobbio llega a esta conclusión porque la filosofía analítica (y el análisis del lenguaje) sirve para mantener el ideal de una neutralidad valorativa de la ciencia del derecho. Cfr. MASSINI CORREAS, C.I., “Derecho Natural y Ciencia Jurídica”, *op. cit.*, p. 187. Véase CALSAMIGLIA, ALBERT, “Ciencia Jurídica”, en *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 21-22. Asimismo, Véase KELSEN, HANS, *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, trad. I. Rodríguez Villegas, Katz, Buenos Aires, 2006, pp. 15-16.

¹⁴⁰⁸ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, *op. cit.*, p. 47. Cuando estamos frente a términos usados por la ley, pero no definidos por esta, dejamos que la doctrina defina esos términos. La doctrina puede dar varias definiciones distintas. No existe forma teórica de afirmar cuál de esas definiciones es la correcta. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 24-25. La definición en sí es problemática ya que se discute hasta qué punto una definición de un término incluido en una teoría, o en una ley, por ejemplo, puede venir definido con términos ajenos a esa teoría y aun así quedar integrado como parte de esa teoría por el simple hecho de que se compone de elementos exógenos a la propia teoría. *Ibid.*, pp. 12-13. Esa actitud de la ciencia jurídica de definir términos legales no definidos por la propia ley, viene influenciada por la jurisprudencia de conceptos. Pero aun así sigue con el problema “del control de esas definiciones”. *Ibid.*, p. 24.

¹⁴⁰⁹ Cfr. KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, traducción de R. J. Vernengo, Unam, México, 1982. p. 38. En lo referido a la interpretación de la norma jurídica y sin entrar a desarrollar la posición de Kelsen, destaca Costa, que esta no encaja con la posición de Gény, ya sea entendiendo la postura de Gény como interpretación sujeta a la naturaleza de las cosas o bien como interpretación “evolucionista” que, quedando fuera de del texto de la ley, interpreta el derecho en el sentido del cambio social. Cfr. COSTA, P., “Interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento”, *op. cit.*, p. 460.

Kelsen separará claramente las ciencias explicativas (físicas, naturales y sociales) de las ciencias normativas. El primer grupo (ciencias físicas, naturales y sociales) son ciencias explicativas porque estas estudian el “ser” (los hechos empíricos), que para las ciencias físicas y naturales se basan en las leyes de causalidad mientras y para las ciencias sociales se basan en el fin (que es la causa de la acción humana y como tal, está incluido en el mundo del “ser”). Las ciencias normativas, sin embargo, estudian el “deber ser” (el mundo de objetos ideales: las leyes morales o normas) ¹⁴¹⁰. Kelsen centrará la ciencia del derecho en las normas jurídicas como “formas o esquemas ideales”. Así, “las acciones no interesan nada más que en cuanto son subsumidas esquemática o formalmente bajo dichas fórmulas, que son las normas jurídicas” ¹⁴¹¹. Kelsen adopta un método propio. Inventa la categoría de “normatividad” aplicable a las ciencias que estudian el mundo del “deber ser” (la moral, el derecho). En este mundo normativo nos encontramos en un estado “puro”, sin “mezcla de elementos fácticos”, en el que será de aplicación el concepto de la “imputación” ¹⁴¹².

El siglo XX desarrolla la teoría de la norma jurídica. Según la clasificación de von Wright podemos dividir la norma en reglas (entendidas como aquellas normas que “determinan una actividad”, como la actividad de jugar), en prescripciones (entendidas como “órdenes dadas desde una posición de autoridad a alguien”) y en normas técnicas (que actúan como medios destinados a un fin) ¹⁴¹³. Nos interesa particularmente la doctrina que identifica la norma con la regla técnica ¹⁴¹⁴. Para Del Vecchio, las normas

¹⁴¹⁰ Cfr. Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 38.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, pp. 17-19.

¹⁴¹² *Ibid.*, p. 54. Moreso recordará que Kelsen entiende el derecho como una “ciencia del espíritu” y que el dualismo entre “ser” y “deber ser” encuentra su expresión en la teoría de la causalidad (que se refiere al “ser” y como tal es estudiado por las ciencias naturales) y en la teoría de la imputación (que se refiere al “deber ser” y es propio de las ciencias del espíritu). Cfr. Moreso, J. J., “Ciencia jurídica y dualismo metodológico”, op. cit., p. 303.

¹⁴¹³ Cfr. López Hernández, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., p. 105.

¹⁴¹⁴ Existe una doctrina que identifica la norma con la regla técnica. Véase Ravà, Adolfo, *Il diritto come norma tecnica*, Dessì, Cagliari, 1911. Como explica López Hernández, con Ravà, se divide entre “norma técnica” (como medio) y “norma ética” (como fin). Así, la norma jurídica y el ordenamiento jurídico (como conjunto de normas jurídicas) tienen un carácter instrumental, como medios destinados a la consecución de fines. Es un medio de volver a conectar el derecho (como medio) a la moral (como fin). Cfr. López Hernández, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., pp. 112-113. Según las ideas de Ravà

técnicas son normas que definen el modo de obrar si se quiere alcanzar un fin, sin prejuzgar sobre el fin en sí mismo, si es justo o no ¹⁴¹⁵.

En todo caso y como bien recuerda Bobbio, el derecho se estudia a partir de sus formulaciones lingüísticas (sus “enunciados jurídicos”) y se concibe como un “conjunto estructural de normas”, es decir un sistema u ordenamiento normativo. Así, la definición de derecho se convierte en problema de definición de un sistema u ordenamiento normativo ¹⁴¹⁶. Por lo que, una vez analizados y clasificados los distintos tipos de normas (como materia prima del sistema), su conversión en normas jurídicas, o, dicho de otro modo, la adquisición del significado y el carácter propiamente jurídico se producirá cuando las normas se hayan incorporado a un sistema que permita la construcción de significados lógicos y coherentes. Por ende, el interés se desplaza de la norma (como simple materia prima) al sistema (como forma y otorgador de significados).

Los primeros en llamar la atención sobre la realidad e importancia del ordenamiento jurídico fueron los teóricos de la institución. Posteriormente, Kelsen separó definitivamente la norma jurídica del ordenamiento jurídico para poder estudiar de manera separada los problemas de este último y construir una teoría sobre él ¹⁴¹⁷.

Es interesante destacar que la idea de sistema jurídico tradicionalmente se refería a la idea de un sistema de derecho, incluido un sistema de derecho natural. Con el siglo XX, la idea de sistema jurídico se limita a la idea de sistema del ordenamiento jurídico positivo en el que no existen principios superiores al sistema y en el que la norma jurídica positivada por la autoridad es la única realidad (materia prima) para la construcción del sistema.

Concretamente, se desarrolla la idea de sistemas jerárquicos en los que se establecen relaciones de subordinación o supraordenación entre sus elementos. Encontramos el sistema estático (según lo denomina Kelsen) o material y un sistema

¹⁴¹⁵ Por ejemplo, con Kant y más concretamente, con el imperativo hipotético, es decir, la norma técnica, expuesto en su “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, se impone un deber válido como medio para alcanzar un fin con independencia de la bondad o maldad del fin. Cfr. DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 338.

¹⁴¹⁶ Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, op. cit., p. 141.

¹⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 136.

dinámico ¹⁴¹⁸ (según lo denomina Kelsen). El sistema estático se compone de un conjunto de normas relacionadas estáticamente entre sí por medio de su contenido (la norma inferior se deriva del contenido de la norma superior). El sistema dinámico se compone de normas inferiores derivadas de normas superiores por vía de autoridad. La norma superior justifica la existencia de la norma inferior, en sus existencia y validez (relación dinámica). La norma superior no es creada por un contenido ni la norma inferior se obtiene del contenido de la superior (por ejemplo, la norma inferior que manda estudiar en vista de la norma superior que manda aprobar el curso) sino que la norma superior es autoridad superior (como autoridad última, por ejemplo, la voluntad de Dios) y la norma inferior supone el paso a una autoridad inferior (por ejemplo, la autoridad del soberano) ¹⁴¹⁹. De lo que tratará la teoría del derecho es combinar dentro de la idea de sistema, por un lado, la dinamicidad que se va a predicar para el conjunto del sistema y la estaticidad que se obtendrá en ámbitos restringidos donde opere la relación lógico-deductiva entre normas ¹⁴²⁰.

Kelsen llevará el logicismo jurídico a su máxima expresión al excluir de su teoría pura del derecho todo “estudio sociológico”, “toda idea finalista o política”, los “problemas valorativos sobre la idea de justicia”, las ideas de “sentido, moral, libertad, cultura, individualidad, comunidad” ¹⁴²¹. Distinguirá tajantemente entre el mundo del ser y el mundo del “deber ser” (mundo normativo), ambos incompatibles. Kelsen prestará atención al mundo del “deber ser” pero solo en cuanto a su dimensión formal dejando de lado el análisis y la cuestión material (de contenido y naturaleza) de ese “deber ser” ¹⁴²². Kelsen reconoce, según Recasens Siches, que su teoría pura del derecho “es Lógica y no Jurisprudencia”. Que no existen conceptos jurídicos totalmente desligados de la Sociología y de la Ética ¹⁴²³.

¹⁴¹⁸ Por sistema dinámico debe entenderse “sistema continuo y variable en el tiempo”. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., pp. 236-237.

¹⁴¹⁹ Cfr. KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., pp. 232 y ss. Véase BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, op. cit., p. 172. Véase LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., p. 187.

¹⁴²⁰ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., pp. 260-261.

¹⁴²¹ Cfr. RECASENS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico...*, op. cit., pp. 44-45.

¹⁴²² *Ibid.*, p. 45.

¹⁴²³ Cfr. RECASENS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico...*, op. cit., p. 48.

Según Bobbio, Kelsen (al igual que Ross ¹⁴²⁴) toma la parte (el instrumento de la fuerza) por el todo. La fuerza debe ser un instrumento al servicio de la norma jurídica. Cuando consideramos que la norma jurídica tiene por objeto la regulación de la fuerza, entonces, la fuerza se convierte en el objeto de reglamentación de la norma jurídica. Así se reduce el ordenamiento jurídico a las normas secundarias que regulan la aplicación de las sanciones, y por ende regulan el ejercicio de la fuerza. No obstante, no se puede reducir el derecho (el ordenamiento jurídico) a las normas que regulan la sanción, es decir, a las reglas para el ejercicio de la fuerza ya que el fin de todo ordenamiento jurídico es regular la sociedad por medio de la fuerza no limitarse a regular la fuerza ¹⁴²⁵.

Según García Amado, la corriente Kelseniana llevará el formalismo del derecho al punto de sostener la imposibilidad de una aplicación racional del derecho. Igualmente, ese formalismo (algo extremo) lleva a entender que el derecho queda sujeto a la arbitrariedad (la volición) de aquel que lo aplica ¹⁴²⁶. Como recordará Monereo Pérez, el positivismo del Kelsen (o el de Hart) no tiene problemas en admitir que el juez tiene poder normativo y que este lo ejerce dictando normas particulares cuando resuelve casos ¹⁴²⁷. Para Hart, el juez, aun participando en la creación del derecho nunca se sale del derecho positivo porque siempre crea sobre normas generales o reglas y principios positivados de antemano, y en el peor de los casos (casos difíciles) sigue las pautas marcadas por el sistema jurídico o por los principios jurídicos ¹⁴²⁸.

El formalismo jurídico ha acabado por despertar la cuestión del problema de la creación judicial, es decir, el problema de la aplicación del derecho. Ese problema que

¹⁴²⁴ Alf Ross, autor del realismo escandinavo, fue discípulo de Kelsen por lo que siempre adoptó la idea de norma jurídica que tuviera su maestro entendida esta como “esquema de interpretación ideal que da sentido a ciertas acciones humanas”. Aunque Ross, menos radicalmente que Kelsen, reconoce la existencia de dos ciencias del derecho que son la dogmática jurídica que “estudia las normas jurídicas como esquema ideal de interpretación” y la sociología jurídica que “estudia el derecho en acción”. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., p. 47.

¹⁴²⁵ Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, op. cit., pp. 168-169.

¹⁴²⁶ Según García Amado, Viehweg mostró la necesidad en Kelsen de que su teoría fuera complementada por “una doctrina discursiva que asegure la racionalidad de los contenidos en la creación del Derecho”. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, op. cit., pp. 303, 311.

¹⁴²⁷ Cfr. MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, *Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio*, estudio preliminar de la obra de DE DIEGO, FELIPE CLEMENTE, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Comares, Granada, 2016, pp. XVI-XVII. Véase KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 263. Véase HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS, *The concept of Law*, Oxford University Press, 1961, pp. 124 y ss.

¹⁴²⁸ Cfr. HART, H. L. A., *The concept of Law*, op. cit., pp. 124 y ss.

será la preocupación principal de la teoría jurídica contemporánea, ya sea desde el positivismo más tradicional al positivismo más contemporáneo (positivismo crítico) que distingue entre normas generales y normas individuales o incluso desde el postpositivismo que distingue entre principios y reglas ¹⁴²⁹. Esas corrientes contemporáneas, limitan la racionalidad del derecho a la estructura propia del sistema jurídico (sus normas, sus principios) dando plena libertad al juez para moverse en ese sistema (sin criterios definidos, y menos aun racionalmente), buceando en él para encontrar una solución jurídica.

Frente a estas corrientes, los defensores de la escuela del derecho libre sostienen la posibilidad de imponer límites, “de acotar racionalmente”, por vías metodológicas, la actuación de los aplicadores del derecho ¹⁴³⁰.

La escuela del derecho libre puso de manifiesto la realidad de la práctica jurídica y la libertad del jurista en la toma de decisión jurídica cuando se enfrenta a un sistema normativo imperfecto e incompleto. Así, se trastocaron los tradicionales conceptos de derecho, sus fuentes, su teoría, su sistema y su método ¹⁴³¹. La escuela del derecho libre estableció un método en el que, a la vista de un caso concreto, el juez debía optar por un sistema u otro, y, en consecuencia, por un método u otro para encontrar la solución jurídica. En esa búsqueda, el juez quedaría limitado por la ley, por circunstancias de tiempo, sociales, factores psicológicos y otros. Partiría, para su reflexión, del problema en sí y no de una “realidad objetiva previamente dada” sobre la que se estructura el sistema jurídico. Esta idea de “problema”, para los juristas de la escuela del derecho libre, no se relaciona con una “realidad objetiva previamente dada” sobre la que se estructuran los silogismos y se dirige el razonamiento, sino que consistiría en el conjunto de circunstancias de cada caso (la ley, el tiempo, etc.) ¹⁴³².

¹⁴²⁹ Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., *Creación judicial del Derecho...*, *op. cit.*, p. XII.

¹⁴³⁰ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópic jurídica*, *op. cit.*, p. 303. Como muestra Monereo Pérez, Gény no llegó al estudio detallado de la praxis judicial hasta el punto de preguntarse por las “precondiciones” o “conocimientos previos” a la toma de una decisión judicial (conjunto de ámbitos profesionales o grupos sociales representados directa o directamente o con un interés activo o pasivo en la decisión judicial y que van a marcar el contexto de la decisión). Gény no incidió particularmente tampoco en “la función político-social del juez” aunque lo liberaría de la vinculación incondicional a la ley positiva. Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., *El pensamiento científico jurídico de Gény...*, *op. cit.*, pp. 73-74.

¹⁴³¹ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópic jurídica*, *op. cit.*, p. 304.

¹⁴³² *Ibid.*, p. 307.

Otras doctrinas han querido fundar el derecho en el “momento constitutivo” de la experiencia jurídica, no en el ideal de la justicia, ni en los ordenamientos jurídicos positivos, sino en la realidad social. Es decir, se han preocupado de la eficacia más que de la validez o la justicia. Concretamente, hablamos de los juristas del movimiento del realismo jurídico. Reprochan a los iusnaturalistas que confunden el derecho con los ideales de justicia y critican a los positivistas que confunden el derecho con las “reglas impuestas y formalmente válidas” las cuales muchas veces son meras formas vacías de contenido ¹⁴³³.

Este “grupo de doctrinas” representadas por Dworkin, son “normativas” y “valorativas”. Por un lado, reconocen la necesidad de construir el sistema de normas jurídicas usando un método lógico-conceptual (tarea sistematizadora) y por otro lado reconocen la necesidad de usar datos sociológicos, morales, políticos, económicos, psicológicos que componen la sociedad y van a permitir la “aceptabilidad” de las distintas soluciones jurídicas ¹⁴³⁴.

Para Dworkin, el positivismo (la dimensión normativa del derecho) se compone de una “serie de proposiciones fundamentales que constituyen su estructura”. Se trata de un conjunto de normas que la comunidad utiliza y que se identifican con criterios especiales relativo a su origen (fuente) y no a su contenido. Ese conjunto de normas (que se llaman legales) agotan el concepto de “derecho positivo” ¹⁴³⁵. En cuanto al

¹⁴³³ Para Bobbio, la escuela histórica del derecho de Savigny contiene los primeros albores del realismo jurídico. En ella se lucha contra el iusnaturalismo abstracto y racionalista y se lucha contra el positivismo estatal (como predominio de la voluntad del legislador) para dar peso a la costumbre, como fuente primaria del derecho que recoge el espíritu del pueblo. La costumbre abre el derecho a las consideraciones sociales, por tanto, a un cierto realismo. Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, op. cit., pp. 31-32.

¹⁴³⁴ Es decir, quieren orientar la actividad del jurista hacia la problemática de las soluciones prácticas del derecho. Esto se debe a que todo el trabajo de la ciencia jurídica (incluida la actividad teórica) ha estado destinado a servir la administración de justicia, y, en última instancia, a los jueces. Se reconoce que más allá de la legislación (y su construcción teórica y sistemática), los jueces han acudido a “consideraciones valorativas” presentes en la “conciencia social” a través de “principios morales e ideológicos que forman un todo coherente con las normas del sistema jurídico”. Todo ello sin perder de vista la dimensión de sistema normativo del derecho. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., p. 56. Cfr. NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, 2a. ed., Barcelona, 1984, p. 109.

¹⁴³⁵ Cfr. DWORKIN, RONALD, *La filosofía del derecho*, traducción de Javier Sáinz de los Terreros, Fondo de cultura económica, 2a. ed. (Primera edición publicada en Oxford University Press, Londres, 1977), México, 2014, pp. 107-108. La palabra “rule” puede ser entendida como norma (“dimensión prescriptiva propia de un estándar de conducta”) o como regla “cuando tiene valor instrumental”. Cfr. DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Planeta De Agostini, Barcelona, 1993, p. 63.

contenido propio del derecho, para Dworkin, este debe venir enmarcado en una teoría del derecho útil para la función judicial (es decir que proporcione una base para el deber judicial) que debe contener principios que justifiquen las normas jurídicas, y que permitan identificarlas con “las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad”¹⁴³⁶. El jurista que quiera aducir una cierta teoría jurídica en justificación de una norma o de un principio que quiere aplicar, deberá justificar que el deber moral que hay detrás de esa norma o principio existe en la comunidad¹⁴³⁷. Para esa justificación (que es un problema de “teoría política normativa”) deberá buscar la naturaleza del deber que impone la norma y que va más allá de la concepción positivista¹⁴³⁸.

En conclusión, según García Amado, hemos pasado de un “modelo de lo racional” que busca construir sistemas estáticos y cerrados para proporcionar por deducciones lógicas conocimiento científico (ordenado y unitario) calificable como objetivo y puro a una racionalidad, externa a todo sistema, que considera que el derecho es “dinámico y abierto”, y que en consecuencia, no puede constituirse como sistema lógico-deductivo más que de modo imperfecto por lo que se centra en asegurar el proceso intelectual de aplicación de normas jurídicas a problemas asistemáticos¹⁴³⁹. La racionalidad pasa ahora del sistema al problema. Se tratará de encontrar un método que permita controlar la “racionalidad” y “corrección” del método elegido y de la decisión jurídica consecuente¹⁴⁴⁰.

¹⁴³⁶ Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., p. 129.

¹⁴³⁷ *Ibid.*, p. 129.

¹⁴³⁸ *Ibid.*, p. 130.

¹⁴³⁹ La racionalidad ya no va a provenir de la lógica interna del sistema de normas (u ordenamiento jurídico) sino que se obtendrá de “instancias externas”, como, por ejemplo, del “consenso”. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tónica jurídica*, op. cit., pp. 293-294.

¹⁴⁴⁰ Con esta nueva perspectiva, la racionalidad pasa de estar anclada en la idea de sistema y de coherencia lógica del mismo como conjunto de normas a la idea de racionalidad de la decisión jurídica como correcta aplicación de una proposición normativa a un caso concreto. Esa racionalidad ya no está centrada en la construcción del conocimiento del derecho, de la ciencia del derecho (como sí lo hacia la racionalidad tradicional cuando fijaba el sistema de normas y así permitía conocer los principios del ordenamiento jurídico positivo), sino que pone el acento en las “reglas de la razón práctica”, es decir, en el conjunto de pautas que debe seguir el jurista dentro de los márgenes de libertad que el ordenamiento jurídico positivo (o la ciencia del derecho) le otorga, para asegurarse que su decisión jurídica no adolece de arbitrariedad. *Ibid.* Para Hernández Marín, lo más importante en toda decisión jurídica es su corrección (es decir, que esta sea conforme a derecho). La motivación o justificación de la decisión es secundaria. Dicho de otro modo, lo relevante es asegurarse de la corrección (es decir, su conformidad a derecho) de la decisión jurídica (o decisión judicial) y no tanto de la racionalidad u otra justificación de su motivación, debido a que existen muchos argumentos racionales (así como éticos, morales, económicos, etc.) que pueden apoyar una decisión sin que nada sea dicho sobre la corrección jurídica de la misma. Cfr.

Podemos entonces pensar, con Bobbio, que las corrientes realistas del derecho pueden ser consideradas como una forma de “iusnaturalismo modernizado, es decir, como un conjunto de consideraciones sobre la naturaleza humana destinado a “fundamentar objetivamente un sistema de valores”¹⁴⁴¹.

Por último, es necesario hacer una breve mención al constitucionalismo como parte esencial de la idea de sistema dentro de la teoría del derecho del siglo XX. Lo que queremos tratar de saber es hasta qué punto la idea de constitución puede salvar la dificultad de un sistema jurídico excesivamente centrado en la forma y la relación lógica entre normas jurídicas descuidando el contenido, el alcance y las consecuencias aplicativas de las normas jurídicas.

Como indica Horn, existe un paralelismo entre el derecho constitucional y el derecho natural que se muestra en la “libertad de la construcción conceptual y de contenido (...) para el Derecho natural y que encuentra su correspondencia en la Ciencia constitucional, donde se sacan a la luz nuevos conceptos (...) como derivados de la Constitución” por lo que la dogmática constitucional parece operar con una metodología próxima a la del derecho natural racionalista¹⁴⁴².

Desde un punto de vista constitucional podemos asumir una teoría de los derechos definida como un “núcleo de certeza común presente en las diferentes concepciones sobre estos”¹⁴⁴³ pero para la interpretación y la delimitación del alcance de esos derechos, nos debemos preguntar cómo interpretar primero esa supuesta abertura a un pluralismo de teorías jurídicas. Parece que la teoría más aceptable para interpretar nuestra Constitución consiste en reconocer un mínimo de exigencias de contenido a los principios y derechos que se consagra en su texto. Dicho mínimo servirá de “barra de medición de cultural” destinado a enjuiciar el grado de “aceptabilidad” y por tanto de reconocimiento y protección que una determinada cultura se merece (según los parámetros de nuestro ordenamiento jurídico). La valoración de toda cultura (al

HERNÁNDEZ MARÍN, R., “El control de la actividad judicial y las teorías jurídicas actuales”, *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, número 40, 2017, pp. 123-146, pp. 126-128.

¹⁴⁴¹ Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 89.

¹⁴⁴² Cfr. HORN, NORBERT, “Sobre Derecho natural racionalista y Derecho natural actual”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*, Volumen 1, Universidad Complutense de Madrid, 2000, pp. 91-92.

¹⁴⁴³ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL F., “La interpretación de la constitución en una sociedad multicultural”, en ALARCÓN CABRERA, C., y VIGO, R. L., *Interpretación y argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 77.

igual que la valoración de cualquier teoría jurídica, ética o política) “será consecuencia del juicio que nos merezcan sus prácticas respecto a los seres humanos”¹⁴⁴⁴.

En este caso, puede interpretarse de esta afirmación que Colom González quiere remitir el punto clave para la valoración de una cultura determinada a los parámetros de un derecho natural que estipulase el deber ser de las prácticas humanas, lo que, en última instancia, nos obligaría a interpretar nuestro propio ordenamiento jurídico en términos de derecho natural para reconocer el valor de una identidad moral propia e individual, que es digna de protección y respeto por sí sola¹⁴⁴⁵. Esto nos lleva a tener que defender un desarrollo de la argumentación material en base a principios (plasmados positivamente por nuestro ordenamiento constitucional) sobre la base de la existencia de una moral objetiva, distinta de la simple moral social. Esto no significa que “la dimensión social carezca de relevancia en el ámbito de la teoría de los derechos, sino más bien que toda proposición normativa debe justificarse desde razones”¹⁴⁴⁶. Y todo ello nos lleva a afirmar, con Horn, que la influencia del derecho natural racionalista “en el macro nivel de los principios de derecho constitucional del Estado moderno es sencillamente determinante”¹⁴⁴⁷.

A partir de aquí, toda pretensión valorativa, ética, o, en general, referida a la valoración de contenidos del derecho positivo deberá construirse sobre un conjunto de principios (o “datos”) con el uso de la técnica jurídica, concretamente con el uso de la idea de norma y de sistema. Si cualquier teoría del derecho es aceptable *a priori*, se juzgará como aceptable por el ordenamiento jurídico positivo cuando cumpla con la idea de norma y sistema jurídico, es decir, cuando sea *formalmente* aceptable.

Gény dejará claro desde el principio que el lenguaje (en su dimensión semántica al menos) es cosa de la técnica jurídica¹⁴⁴⁸. Para Gény, el derecho se compone de un

¹⁴⁴⁴ Cfr. COLOM GONZÁLEZ, FRANCISCO., *Razones de identidad. Pluralismo cultural e integración política*, Anthropos, Barcelona, 1988, p. 155. Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL F., “La interpretación de la constitución en una sociedad multicultural”, en ALARCÓN CABRERA, C., y LUIS VIGO, R., *Interpretación y argumentación jurídica: Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Argentina, 2011, pp. 76-77.

¹⁴⁴⁵ Cfr. COLOM GONZÁLEZ, F., *Razones de identidad...*, *op. cit.*, p. 155. Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL R., “La interpretación de la constitución en una sociedad multicultural”, en ALARCÓN CABRERA, C., y LUIS VIGO, R., *Interpretación y argumentación jurídica: Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Argentina, 2011, p. 77.

¹⁴⁴⁶ Cfr. DE ASÍS ROIG, RAFAEL F., “La interpretación de la constitución en una sociedad multicultural”, en ALARCÓN CABRERA, C., y VIGO, R. L., *Interpretación y argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁴⁴⁷ Cfr. HORN, N., “Sobre Derecho natural racionalista y Derecho natural actual”, *op. cit.*, p. 84.

¹⁴⁴⁸ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 113.

lenguaje técnico el cual se deriva del lenguaje común. El lenguaje para Gény es un problema de fijación semántica. Una vez fijado el o los sentidos del término (esa fijación supondrá concretar uno o varios de los sentidos del término en el lenguaje común y para cuya concreción se tendrá que acudir a una noción de lo jurídico) este podrá pasar a ser un término jurídico ¹⁴⁴⁹.

La moral se distingue del derecho para Gény no tanto por una cuestión de forma como por una cuestión de fin. Las normas de la moral (como algunas reglas de la religión) regulan la conducta exterior del hombre por lo que pueden pasar sin problema a formar parte del derecho. Pasarán a formar parte del derecho cuando, según el estado de civilización (y determinado “dado” ideal) se consideren que esas normas van destinadas al cumplimiento del fin característico de toda norma jurídica: el fin de la Justicia ¹⁴⁵⁰. Según esas afirmaciones, Gény sostiene un concepto de validez material. No podemos sostener que Gény defienda un concepto de validez de la norma jurídica sólo porque esta respete unas exigencias de forma concreta. Tenemos que decir que si una forma garantiza la seguridad y el orden (por ejemplo la forma legal), entonces la norma pasa a ser una norma válida del sistema jurídico porque respeta algunos atributos de la justicia: los de seguridad y orden, pero cuando adopte esa forma sólo será válida de un modo general y presuntivo hasta que su contenido aplicado a unas exigencias concretas de la vida social o individual sea juzgado como justo según la utilidad social y los demás atributos de la Justicia (igualdad, equilibrio, armonía, etc.). Por lo que Gény es positivista en cuanto a la teoría del derecho, porque no niega la necesidad de un Estado, de un ordenamiento normativo positivo y de un sistema jurídico positivo.

Gény seguirá la línea de Kelsen separando las ciencias naturales y sociales (con su método propio) de la ciencia jurídica pero no atribuirá a esta la única labor de conocer el contenido de la norma jurídica, entendida exclusivamente como norma puesta por el Estado. El derecho positivo para Gény no se limita a preceptos legislativos

¹⁴⁴⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 448-451, 458-461, 463-464.

¹⁴⁵⁰ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 50.

y a su construcción lógico-sistemática. Gény no excluirá ni la sociología ¹⁴⁵¹ de su doctrina ni la reducirá a la regulación de la fuerza ejercida por el Estado ¹⁴⁵².

Gény, tal cual lo hará Dworkin, abordará el derecho desde el punto de vista de los principios más que de las reglas, con el fin de asegurar la consideración de los principios de justicia y otros principios de derecho natural (“dado” racional e ideal) y su aplicación hasta la consecución de una solución justa ¹⁴⁵³. Cualquier solución jurídica, ya sea obtenida directamente de la ley como por deducción del ordenamiento jurídico positivo, no puede ser contraria a ningún principio del derecho ¹⁴⁵⁴ ya sea principio racional o principio obtenido de la observación de las realidades sociales (principios que conformará en el derecho objetivo) ¹⁴⁵⁵. La construcción de preceptos legales como la construcción de un sistema jurídico sobre la base de estos (dogmática) forma parte de la técnica del derecho y Gény recuerda que la técnica del derecho no puede nunca olvidarse de la ciencia del derecho y de sus principios ¹⁴⁵⁶. Más aún, en cuanto a la

¹⁴⁵¹ Gény rechazará las doctrinas sociológicas. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. VII, pero es consciente de la valía de los aportes de la escuela sociológica. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 92-93.

¹⁴⁵² La fuerza en Gény es una cuestión ideal. Lo que impera es la fuerza de las ideas por su valor intrínseco. Cfr. GÉNY, F., *Justice et force...*, *op. cit.*, p. 76. Aunque en el plano positivo, se habla de la necesidad de la coercitividad del derecho positivo. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 50. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 146-148.

¹⁴⁵³ La ley positiva no es más que un instrumento técnico del derecho por lo que no puede violentar los principios de justicia e ir contra el derecho natural. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 67-68. En cuanto a las conexiones de doctrinas realistas con Gény, como *obiter dicta*, resulta interesante ver de qué modo Mayda considera a Greenawalt como un autor en la línea de Gény, que se sitúa en una posición intermedia entre Hart y Dworkin. Cfr. MAYDA, J., “Gény and the common-law world: Thirty years later”, *op. cit.*, pp. 195-196.

¹⁴⁵⁴ Cfr. SEGURA ORTEGA, M., *op. cit.*, p. 430.

¹⁴⁵⁵ Si sus preceptos como cualquier otro procedimiento técnico empleado para elaborar una solución jurídico-positiva contrarían algún principio, el intérprete debe optar por una consideración directa del principio. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 62-65, 67-68.

¹⁴⁵⁶ Las categorías reales van a aplicar los principios superiores (obtenidos del “dado” racional e ideal) teniendo en consideración los principios y el conocimiento en general obtenido de la observación de las realidades sociales y de los intereses sociales relevantes. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 125, 152.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 40. Como explicará Atienza, el surgimiento con la Edad Moderna de un nuevo concepto de ciencia, distinto a lo que venía practicándose en la Edad Media, llevará a cuestionar, en los siglos venideros, el carácter de “científico” (según esa nueva concepción moderna) de la jurisprudencia. Se plantea así, como acertadamente observa Atienza, una escisión del saber jurídico, entre lo que es el saber “pragmático”, donde quedaría incluido la dogmática jurídica, y el verdadero saber científico (o “verdadera ciencia jurídica”) que viene representado por el derecho natural, el “análisis formal de los conceptos jurídicos (teoría general del derecho)”, “el estudio de los elementos empíricos del derecho (sociología del derecho, psicología jurídica, etc.)”, etc. Cfr. “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ y DIEGO VALADÉS RÍOS, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*, volumen 4, Tomo 1, 2015, pp. 169-196, pp. 177-178.

regulación de la actividad judicial, Gény recomendará que el juez acuda antes, de un modo directo, a los principios (de orden moral, psicológico, económico, social o político) que conforman el ordenamiento jurídico positivo más que tratar de aplicar las construcciones de conceptos jurídicos, que, aunque se las quiera revestir con la dogmática jurídica, resultan, en mayor medida deformadas y desvirtuadas con su aplicación ¹⁴⁵⁷.

Podemos incluir, hasta cierto punto, a Gény dentro de la corriente del realismo jurídico ¹⁴⁵⁸. Como dice Bobbio, quienes pretenden luchar contra el carácter dogmático de la jurisprudencia acudiendo al concepto de “naturaleza de las cosas” son aliados de las corrientes que combaten el fetichismo legalista y podemos incluirlos dentro del “realismo jurídico” ¹⁴⁵⁹.

Por último, es de notar, según indica Hakim, que, en Francia, la teoría general del derecho que se obtiene a lo largo de siglo XX se deriva de las doctrinas civilistas francesas del siglo XIX, de entre las cuales, Gény desempeña un rol importante. Los civilistas franceses del siglo XX adoptarán la herencia de las doctrinas del siglo anterior, pero renegarán de la existencia del derecho natural ¹⁴⁶⁰.

En este sentido, Gény concibe una ciencia del derecho superior a la simple dogmática jurídica, e incluso, al concepto de ciencia meramente empírica.

¹⁴⁵⁷ “Pero quedando el fondo de esas concepciones [las concepciones jurídicas] como esencialmente subjetivo, a pesar de la apariencia dogmática de la que están revestidas, no se puede evitar que la mente del juez las desnaturalice y altere su alcance, más fácilmente aún de lo que podría desnaturalizar los verdaderos y reales fundamentos del ordenamiento jurídico, es decir, las razones morales, psicológicas, económicas, sociales y políticas (...)” (“*Mais, le fond de ces conceptions restant essentiellement subjectif, malgré l'apparence dogmatique dont on les recouvre, on ne peut éviter que l'esprit du juge ne les déforme et n'en altère la portée, plus facilement encore qu'il ne pourrait dénaturer les véritables et réels fondements de l'ordre juridique, je veux dire les motifs moraux, psychologiques, économiques, sociaux et politiques (...)*”). GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 170.

¹⁴⁵⁸ Para Furguiele, el realismo de Gény pasa por la combinación de la ciencia, la creencia y la técnica. Cfr. FURGUIELE, GIOVANNI, “François Gény civilista, o dell « application d'une méthode critique d'interprétation » del diritto (a proposito di « des droits sur les lettres missives »)”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 20, número 1, 1991, pp. 497-535, p. 534. Arnaud clasificará a Gény dentro de un realismo de carácter social que nada tiene que ver con el socialismo o el sociologismo. Cfr. ARNAUD, ANDRÉ-JEAN ET NICOLE, “Le socialisme juridique à la “belle époque”: visage d'une aberration”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 3-4, número 1, 1974-1975, pp. 25-54, p. 29.

¹⁴⁵⁹ Cfr. BOBBIO, N., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, *op. cit.*, p. 186.

¹⁴⁶⁰ Cfr. HAKIM, N., *L'autorité de la doctrine...*, p. 270. Observa también Monereo Pérez que aún después de la crítica de Gény, en la doctrina francesa se siguió dando un predominio a la ley, rindiéndole aún un “culto extraordinario”. Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., *El pensamiento científico jurídico de Gény...*, *op. cit.*, p. 27.

Con Gény, el sistema jurídico positivo se reduce a mera técnica jurídica. El sistema inductivo que parte de las normas positivas y culmina en un sistema jurídico positivo Gény lo relega al ámbito de la técnica ¹⁴⁶¹. Del mismo modo las ciencias sociales servirán para conformar el conjunto de principios que regirán el sistema jurídico positivo ¹⁴⁶². Así el sistema jurídico positivo (y todas sus normas jurídicas) se encuentra sometido a la naturaleza de las cosas positivas ¹⁴⁶³. El derecho objetivo queda como la última expresión de la naturaleza de las cosas positivas y protege de los abusos de abstracciones que queden demasiado alejadas de la vida social ¹⁴⁶⁴.

La técnica jurídica se presenta como el sistema jurídico positivo que procede por vía inductiva y que parte de la realidad física y social observable (naturaleza de las cosas positivas) ¹⁴⁶⁵.

En cuanto a la ciencia del derecho, para entender el sistema de Gény con más precisión, debemos distinguir entre la ciencia del derecho natural que se presenta como un sistema que parte de principios de la razón o de la conciencia de los que se van a derivar por vía deductiva soluciones científico-jurídicas estrictamente racionales e ideales ¹⁴⁶⁶ de lo que es la ciencia histórico-socio-natural que combina los conocimientos obtenidos por la observación científicas de la realidad física y del

¹⁴⁶¹ Gény advertirá que el uso de los procedimientos intelectuales en el ámbito de la técnica jurídica puede llevar a construcciones excesivamente lógicas y por ello alejadas del fin que tratan de perseguir y que viene proporcionado por la ciencia del derecho. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 139.

¹⁴⁶² Gény declara que no puede construirse un sistema de derecho positivo sin tener en consideración las relaciones y fenómenos sociales. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 89.

¹⁴⁶³ La naturaleza de las cosas positivas proporcionará todo lo que el sistema de derecho positivo necesita. Esta se compone de leyes empíricas más cercanas a los hechos y leyes teóricas más abstractas y por tanto artificiales. Ambas leyes van a regir la técnica jurídica. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 100, 104, 106. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 134. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 393.

¹⁴⁶⁴ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 191. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 14. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 204-205. En cuanto al derecho objetivo como superior al derecho positivo. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 348. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 254.

¹⁴⁶⁵ El sistema jurídico se obtiene del “examen individual” sobre realidades aprehendidas por los instrumentos intelectuales (conceptos, nociones, etc.), el estudio de casos concretos todo ello en busca de analogía que permitan elevar el conocimiento hacia la idea de unidad. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 112-113. El estudio de casos para la elaboración del sistema jurídico recuerda mucho el proceder tópico, aunque, como veremos, más que sistema lo entendemos como un método.

¹⁴⁶⁶ Gény declara que los principios de la razón y la conciencia (el “dado” racional e ideal) se encuentran fuera y por encima de la naturaleza de las cosas positivas. Véase en particular Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 107-109.

devenir histórico de la sociedad (entendiendo la historia como relato de sucesos) ¹⁴⁶⁷. Estos conocimientos (ciencia del derecho natural y ciencia histórico-socio-natural) constituirán los fines del derecho y el conjunto de posibilidades y límites sociales, naturales e históricos en un momento y lugar determinado. La técnica del derecho deberá extraer de ese conjunto de posibilidades sociales, naturales e históricas, los medios óptimos y necesarios para conseguir alcanzar los fines ¹⁴⁶⁸.

Al final, los caracteres básicos de todo sistema jurídico son la existencia de una autoridad jurídico-política (identificada con la institución política del Estado), la normatividad que “emana de esa autoridad”, y el espacio-tiempo en el que las normas adquieren su validez ¹⁴⁶⁹. La cuestión del sistema en Gény es necesariamente una cuestión técnica o pertenecientes a la técnica del derecho. Es obra de voluntad y sus formas (estatal, etc.) son propias de las exigencias de la acción (podríamos decir de la necesidad de eficacia) y están sujetos exclusivamente a principios racionales (seguridad, economía, eficacia, etc.) que son propios de la técnica jurídica fundamental según Gény.

Podemos entender que Gény sostiene una teoría de la norma jurídica (positiva) en la que la norma jurídica se entiende como regla técnica ¹⁴⁷⁰. Dado que todo el sistema jurídico positivo de Gény se reduce a técnica, la norma jurídica positiva es necesariamente regla técnica ¹⁴⁷¹.

¹⁴⁶⁷ Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, n° 167, 168.

¹⁴⁶⁸ No podemos construir un sistema jurídico positivo sobre la base exclusiva de las observaciones sociales. El sistema jurídico positivo va destinado a regir las conductas sociales por lo que deberá tener en cuenta los fines que establece la ciencia del derecho. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 89. La técnica como medio al servicio de los fines de la ciencia del derecho. Véase Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 186-187. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 353, 363. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 12, 21, 33, 40, 503. Si el medio no es eficaz, debe abandonarse por otro más apto. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 62-65, 71. Gény recuerda que para imponer una idea en derecho (y por tanto dotarla de fuerza) se debe usar todos los medios (técnicos) con que se cuenta. Cfr. GÉNY, F., *Justice et force...*, *op. cit.*, pp. 83-84.

¹⁴⁶⁹ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, *op. cit.*, pp. 214-215.

¹⁴⁷⁰ En este sentido, sostiene Monereo Pérez que Gény no ha pretendido tanto construir una teoría de la norma como tratar de explicar las operaciones propias de la interpretación y aplicación del derecho. Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., *El pensamiento científico jurídico de Gény...*, *op. cit.*, p. 57. Véase también TANZI, ARISTIDE, "Gény e l'analisi empirica del Diritto", *Sociologia del diritto*, número 2, 1988, p. 30. Véase del mismo autor, la monografía italiana sobre Gény: TANZI, ARISTIDE, *François Gény tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 1990.

¹⁴⁷¹ La regla de derecho es el fruto de una síntesis de una relación social que acaba plasmada en un enunciado. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 111-112. Las fuentes formales y la jurisprudencia se encargarán de aplicar esa regla de derecho. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 189-190. Incluso se prevé la posibilidad de un conflicto entre la

El derecho real de Ihering se corresponde con lo que es capaz de proporcionar la ciencia del derecho. Posee una dimensión espiritual y social, por lo que su contenido es propio del contenido que son capaces de ofrecer los distintos “dados” ya sea en su versión más espiritual (como el “dato” racional o el “dato” ideal) o en su versión más positiva (como el “dato” histórico o real). El derecho formulado (la expresión lingüística del derecho real) corresponde a la técnica jurídica y todos sus instrumentos, incluida la ley. La regla jurídica va expresar una relación social y varias relaciones sociales con elementos comunes forman una unidad superior, una institución jurídica¹⁴⁷². La regla se obtiene de la relación social, por ello entendemos que se corresponde en Géný con la noción de derecho positivo (regla) obtenido del derecho objetivo (instituciones sociales jurídicamente relevantes)¹⁴⁷³.

regla de derecho objetivo y la regla legal. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 254. Ya vimos que prevalece el derecho objetivo como superior al derecho positivo. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 348. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 254. El derecho objetivo queda englobado dentro de la técnica jurídica. Toda regla obtenida del derecho objetivo o positivo, serán necesariamente reglas técnicas.

¹⁴⁷² Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, *op. cit.*, p. 201.

¹⁴⁷³ El derecho positivo como regla que se obtiene del derecho objetivo que le es superior y fija el orden general y social del derecho para conseguir los principios de seguridad y estabilidad propios al derecho positivo. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 348. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 254. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 78, 146-148. Concluirá Monereo Pérez que, para Géný, como para los demás partidarios de la escuela científica, toda regla jurídica es resultado de la técnica jurídica. Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., *El pensamiento científico jurídico de Géný...*, *op. cit.*, pp. 61-62.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA JURÍDICA. APORTES DE FRANÇOIS GÉNY

1. Introducción

La metodología podría entenderse como aquella disciplina destinada a marcar el camino para alcanzar una meta deseada ¹⁴⁷⁴. Así, en cuanto a la metodología jurídica, esta se puede definir como la disciplina que fija “los métodos” para alcanzar los fines de lo jurídico ¹⁴⁷⁵ o como “el estudio filosófico de los diversos métodos y procedimientos utilizados por las ciencias de acuerdo con la diversidad de objetos que estas estudian” ¹⁴⁷⁶.

No obstante, desde “hace más de un siglo” no resulta posible fijar una doctrina unitaria para la metodología jurídica. Hay tantas metodologías jurídicas como concepciones del derecho por lo que toda metodología jurídica quedará vinculada a una particular concepción del derecho. El consenso en cuanto al concepto de metodología jurídica radica, en los últimos tiempos, en que esta va destinada a “eliminar la arbitrariedad de la práctica jurídica y conseguir el mayor grado posible de racionalidad de la misma” (racionalidad que se ha llegado a llamar también “corrección”) ¹⁴⁷⁷. Como observa López Hernández, cualquier método jurídico es primero utilizado para descubrir las verdades y posteriormente se usa para “justificar racionalmente las verdades ya descubiertas” ¹⁴⁷⁸.

La metodología jurídica es una disciplina al servicio de la ciencia del derecho, es decir, es una técnica destinada a fines. Cuando, como observa Bobbio, se produce un enfrentamiento entre los juristas defensores de una libre investigación jurídica (al no estar ligada al Estado) y los juristas aferrados al positivismo estatista (que proclama el

¹⁴⁷⁴ Etimológicamente la palabra “método” significa “camino hacia alguna parte, hacia alguna meta”. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*, Eolas ediciones, 2013, p. 80.

¹⁴⁷⁵ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópic jurídica*, op. cit., pp. 291-292.

¹⁴⁷⁶ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., p. 58.

¹⁴⁷⁷ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópic jurídica*, op. cit., pp. 291-292.

¹⁴⁷⁸ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., pp. 58-59.

dogma de la plenitud como exigencia de justicia) este no es más que una batalla de método que encierra una batalla ideológica ¹⁴⁷⁹.

Así, como ya hemos dicho, “cada concepción metodológica toma como referencia una determinada idea de lo jurídico”. Por lo que si, como algunos autores han sostenido, aceptamos que los conceptos con “apariencia puramente técnico-jurídica” vienen “precalificados” por un derecho natural, el derecho natural “como principio metódico” fija un conjunto de consideraciones (juicios valorativos) que van a dirigir la “praxis” jurisprudencial y la aplicación del derecho positivo ¹⁴⁸⁰.

Con el realismo jurídico se reconoce que más allá de la legislación (y su construcción teórica y sistemática), los jueces han acudido a “consideraciones valorativas” presentes en la “conciencia social” a través de “principios morales e ideológicos que forman un todo coherente con las normas del sistema jurídico” ¹⁴⁸¹. Estas nuevas corrientes “defienden un tipo de ciencia jurídica” que ponga el énfasis en la dimensión aplicativa del derecho, en su aplicación judicial. Esta corriente ha dado lugar al desarrollo de nuevas doctrinas como la “hermenéutica jurídica”, las basadas en el estudio del “razonamiento práctico” o de la “argumentación jurídica” ¹⁴⁸². Así la ciencia del derecho positivo acomete dos tareas: la tarea propiamente científica que consiste en construir el sistema de normas jurídicas por vía del método analítico y lógico-deductivo y una tarea propiamente técnica que interpreta las normas para aplicarlas a los casos y usa métodos práctico - argumentativos ¹⁴⁸³.

2. Interpretación del derecho

La interpretación es la “tarea propia del jurista” y recae en un primer momento sobre la ley ¹⁴⁸⁴. Pero también recae sobre sentencias judiciales, documentos

¹⁴⁷⁹ Cfr. BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho*, op. cit., p. 209.

¹⁴⁸⁰ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópic jurídica*, op. cit., pp. 110-111. Cfr. ESSER, JOSEF, “Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico”, en *Nuova Rivista de Diritto Commercial, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, número 5, 1952, pp. 54-65.

¹⁴⁸¹ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Juridico*, op. cit., p. 56.

¹⁴⁸² *Ibid.*, p. 57.

¹⁴⁸³ *Ibid.*, p. 58.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 63. Véase IHERING, R. VON, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, traducción de. E. Príncipe, Comares, Granada, 1998, pp. 558-559.

administrativos, contratos y en general sobre la producción textual de los distintos operadores jurídicos. Producción que tiene por base el texto de la ley. Así la interpretación se usa para identificar las normas jurídicas válidas, conocer su contenido y “construir científicamente el sistema jurídico a partir de la legislación y la jurisprudencia”. En definitiva, las tres tareas de “identificación, interpretación y sistematización” consisten en interpretar (en sentido amplio) textos calificados como jurídicos ¹⁴⁸⁵.

Recientemente, se ha concebido la interpretación como una tarea argumentativa. Como bien apunta Atienza, se habla de argumentos interpretativos como argumentos que van a fundamentar las premisas que luego serán usadas en razonamiento deductivos ¹⁴⁸⁶.

Surge entonces la importancia de la argumentación dentro de lo que venía siendo tradicionalmente la interpretación jurídica. El problema radicará ahora, como muestra Luis Vigo, en establecer los estándares a cumplir para que los argumentos interpretativos puedan ser considerados adecuados ¹⁴⁸⁷.

Por un lado, distinguimos las teorías cognoscitivistas de la interpretación que buscan verificar empíricamente la realidad de las normas de derecho positivo. Por otro las teorías más escépticas afines al realismo jurídico que conciben la interpretación desde la perspectiva de un contexto de descubrimiento de la decisión donde lo que importa descubrir es el proceso interpretador que estaría permitido según varias concepciones del derecho. Para estas últimas teorías, el argumento interpretativo no

¹⁴⁸⁵ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., p. 63.

¹⁴⁸⁶ Cfr. ATIENZA, MANUEL, *Las razones del Derecho: Teorías de la Argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 46-47.

¹⁴⁸⁷ Respecto de la argumentación y la interpretación, podríamos decir que “el nuevo nombre de la interpretación es el de la argumentación”. Cfr. VIGO, RODOLFO LUIS, “Argumentación constitucional”, en ALARCÓN CABRERA, C., y VIGO, R. L., *Interpretación y argumentación jurídica...*, op. cit., p. 467. En palabras de Kaufmann: “interpretar significa ir más allá de lo estatuido positivamente, reflexionando según criterios de rectitud que no se pueden extraer del propio derecho positivo. Toda interpretación que se haga del derecho positivo significa formarse una idea sobre una parte del derecho justo”. Cfr. KAUFMANN, ARTHUR, “En torno al conocimiento científico del derecho”, *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, número 31, Pamplona, 1994, pp. 9-28. Cfr. MASSINI CORREAS, C.I., “Derecho Natural y Ciencia Jurídica”, op. cit., p. 190. Para Alexy, los argumentos interpretativos que llama “sustanciales” (o de justicia) pueden prevalecer cuando resulten más convincentes que argumentos interpretativos lingüísticos (letra de la ley), argumentos interpretativos genéticos (que hacen referencia a la interpretación subjetiva, es decir, a la interpretación de la voluntad del legislador) o a argumentos interpretativos sistemáticos. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Razonamiento jurídico y argumentación...*, op. cit., pp. 122-123.

quedaría justificado más que por la justificación que la teoría jurídica en la que se apoya pueda ofrecer ¹⁴⁸⁸. Surge la problemática de situar la actividad de interpretación o bien dentro del contexto de descubrimiento o dentro del contexto de justificación de las decisiones jurídicas ¹⁴⁸⁹. Si la interpretación se funde con la argumentación, se tratará de buscar argumentos interpretativos que sirvan de justificación formal (contexto de justificación) y de justificación material (contexto de descubrimiento) ¹⁴⁹⁰.

Como recuerda De Domingo, para la hermenéutica de Kaufmann, la decisión jurídica concreta en la que se “pone” el derecho representa la positividad material y a ella se llega a través de un proceso en el que se combina la idea de derecho (suprapositivo) y las normas legales (normas positivas que constituyen la “positividad formal”). La norma es siempre un criterio para muchos casos posibles y, precisamente por ello, nunca la decisión de un caso real. La ley no es nunca la realidad del derecho, sino su mera posibilidad ¹⁴⁹¹. Por lo que el problema interpretativo quiere ofrecer una comprensión del derecho “puesto”, es decir, de la decisión jurídica concreta. Para que esa decisión jurídica concreta sea considerada como “correcta” tiene que ser complementada con una dimensión argumentativa-dialéctica que permita exponer esa

¹⁴⁸⁸ En función de qué teoría jurídica adoptemos (seamos más iuspositivistas o iusmoralistas) el catálogo de argumentos interpretativos admisibles será distinto. No obstante, podemos afirmar que para que ciertos argumentos interpretativos sean admisibles, es necesario que estén en “conexión con algún valor considerado básico para el sistema jurídico-político”. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Razonamiento jurídico y argumentación...*, *op. cit.*, pp. 117-120.

¹⁴⁸⁹ En este proceso interpretativo El contexto de descubrimiento hace referencia a lo que se ha denominado la “precomprensión” y por tanto a la idea de ciencia como actividad, pero, según Moreso, “carece de relevancia” en el llamado “contexto de justificación”. Esta distinción entre “contexto de descubrimiento” y “contexto de justificación” proviene de la filosofía neokantiana que entiende las “ciencias del espíritu” como necesitadas de una precomprensión que va a determinar el resultado de su investigación. Cfr. MORESO, J. J., “Ciencia jurídica y dualismo metodológico”, *op. cit.*, pp. 297-298.

¹⁴⁹⁰ No obstante, debido a que en las denominadas “ciencias del espíritu”, “el objeto de la comprensión no son fenómenos de la realidad empírica, sino «sentidos» de acciones humanas simples o complejas”, concluye Moreso, en la línea de otros autores que “esta propuesta supone una liberalización tal de la noción “conocimiento científico” que con ella también la magia, la parapsicología, la metafísica o la religión serían ciencias”. Así, la visión del dualismo metodológico (el que supone la existencia de métodos distintos para las ciencias de la naturaleza y para las ciencias del espíritu) sólo sirve para incorporar aspectos “no cognoscitivos” dentro de la ciencia del derecho, como puede ser “la abundancia en ella de juicios de valor, la utilización de argumentos interpretativos contrarios a la lógica más elemental, la proliferación de entidades ideales jurídicas inexistentes”. Por lo que hay, según Moreso, “poderosas razones” para desechar el “contexto de descubrimiento” de la ciencia jurídica. *Ibid.*, pp. 305-307. Pensamos, sin embargo, junto a Navarro, que “las decisiones interpretativas están respaldadas por valoraciones y argumentos morales, y, por consiguiente, la justificación jurídica se basa en (y pretende ser) una justificación moral”. Cfr. NAVARRO, PABLO, “Acerca de la inevitabilidad de la interpretación”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, número 22, 2005, pp. 99-122, p.101.

¹⁴⁹¹ Cfr. DE DOMINGO PÉREZ, TOMÁS, “La filosofía del derecho de Arthur Kaufmann en el tránsito a la postmodernidad: una valoración”, *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, número 47, 2002, pp. 443, 452-454.

correspondencia de sentido entre positividad formal (normas legales) y material (decisión jurídica). Como recuerda De Domingo, no hay, según Kaufmann, ninguna “corrección del derecho” fuera del proceso concreto de decisión. Es “en este mismo proceso” donde debe “surgir” “a través de reflexión y argumentación, mediante intersubjetividad y consenso entre los participantes”¹⁴⁹². El modo entonces de eliminar la subjetividad del interprete está en acudir a una “tradición” de “comprensión” que se basa en conocimientos socialmente compartidos (en los que en parte influye el lenguaje y su semiótica) y en un afán constructivista continuo siempre susceptible de someterse a discusión¹⁴⁹³.

Como indica Ruiz Miguel, la filosofía hermenéutica ha abierto la jurisprudencia de nuevo a la necesidad de incorporar el aspecto valorativo¹⁴⁹⁴ en su análisis y recobrar el pleno sentido de la función interpretativa. Según Larenz, la interpretación en la ciencia jurídica se desarrolla en un movimiento hermenéutico circular o espiral donde se parte de “una precomprensión, “prejuicio” o conjetura de sentido, que es luego rectificadas por el análisis del texto, constituyendo, -posteriormente-, una nueva conjetura o “prejuicio” desde el cual habrá de volverse al texto y así sucesivamente”. Sigue Larenz explicando que la precomprensión que necesita el jurista no sólo se refiere a la “cosa derecho” y a su lenguaje “sino también a los contextos sociales, a las situaciones de intereses y a las estructuras de las relaciones de vida a que se refieren las normas jurídicas”. Para concluir, nos recuerda que “interpretar un texto no es otra cosa

¹⁴⁹² *Ibid.*, p. 454.

¹⁴⁹³ *Ibid.*, p. 452. Para Kaufmann, un “conocimiento es verdadero, cuando se tienen en cuenta todos los fundamentos relevantes” y cuando se puede tener la opinión de que todos lo aprobarían, en cuanto hayan comprendido esos fundamentos Cfr. KAUFMANN, A., *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, traducción y prólogo de Luis Villar Borda, Temis, Bogotá, 1992, p. 55. Como explica López Hernández, el lenguaje es la forma que usan los hombres para relacionarse entre sí a través del discurso. Las “diferentes formas de usar el discurso” proporcionan conceptos útiles para la teoría jurídica como el “consejo”, la “promesa”, la “amenaza”, el “mandato” o la “ley”. Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Historia de la Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, p. 291.

¹⁴⁹⁴ “los juristas (...) realizan sobre todo interpretación textual (...) en la que no se trata de conocer sino de proponer, no de entender cómo son o por qué actúan los hombres de esta o aquella manera, sino cómo deben actuar para ajustarse a la norma, o, en fin, no de explicar cómo es la realidad, sino de interpretar cómo debe ser” y “los juristas teóricos (...) no dejan de aportar explicaciones históricas o sociológicas - es decir, explicaciones descriptivas - (...) como ilustración del significado general de una norma o institución o figura jurídica (...) este tipo de ilustraciones (...) en todo caso, son instrumentos al servicio de una tarea interpretativa de, al parecer, inevitable carácter prescriptivo”. Cfr. RUIZ MIGUEL, ALFONSO, “la dogmática jurídica, ¿ciencia o técnica?”, en ALARCÓN CABRERA, C., y VIGO, R. L., *Interpretación y argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 404-405.

que decidirse entre muchas posibles interpretaciones” de las cuales una resulta ser para una determinada circunstancia la más “pertinente” ¹⁴⁹⁵.

No obstante, determinar qué interpretación es la “pertinente” es un tema harto complejo, para el cual Dworkin nos brinda algo de luz. Según él, existe una conexión ineludible entre las teorías normativas y las teorías de la interpretación ya que cualquiera que pretenda sostener una concreta interpretación deberá apoyarla en una teoría sobre el objeto a interpretar. Dado que pueden existir varias interpretaciones particulares por existir varias “formas” de interpretar el objeto (según se entienda cuáles son sus características más valiosas, etc.) el subjetivismo en la interpretación está servido. No obstante, plantea Dworkin que si la mayoría de sujetos están de acuerdo en una misma interpretación (y por tanto en una misma teoría) por pensar que tienen buenas razones, la objetividad de la interpretación podría encontrarse en los criterios de los que hacen uso estos sujetos y que para ellos legitima la bondad de su valoración-interpretación ¹⁴⁹⁶.

La corrección, entonces, se puede encontrar, para De Domingo (siguiendo a Kaufmann), en la “convergencia” de opiniones de varios sujetos sobre un mismo asunto siempre y cuando esa convergencia se traduzca en un proceso real que atiende a contenidos ¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹⁵ Véase LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, Capítulo primero Introducción – Caracterización general de la jurisprudencia. 3. La jurisprudencia como Ciencia “comprensiva”. Como explicará el propio Kaufmann la “espiral” o “círculo” hermenéutico es un ir y venir de la norma al hecho. Hay que conformar analógicamente la premisa menor (comparando los hechos del caso con otros hechos analógicos) pero esos propios hechos que van a conformar la premisa menor vienen sugeridos por la regla positiva (precomprensión). Esto hechos, por inducción formarán el supuesto de hecho del caso, es decir, la premisa mayor. Así, en un ejemplo que pone el propio Kaufmann, interpretar un caso de una falsedad documental, implica primero conocer (en una precomprensión) el contenido de la norma, es decir, lo que esta entiende por “documento” y “falsedad” y luego buscar en los hechos del caso, los hechos relevantes en comparación con hechos análogos (por ejemplo un “fax” como un posible “documento”) y proceder a una inducción para conformar el supuesto de hecho del caso de conformidad con la regla. No hay regla sin hechos ni hechos sin regla. Cfr. KAUFMANN, A., “La espiral hermenéutica”, *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, número 52, 2005, pp. 401-412, pp. 405-408.

¹⁴⁹⁶ Cfr. DWORKIN, RONALD, “Law as Interpretation”, *Critical Inquiry*, volumen 9, número 1, 1982-83, pp. 179-200, p. 187.

¹⁴⁹⁷ Cfr. DE DOMINGO PÉREZ, T., “La filosofía del derecho de Arthur Kaufmann...”, *op. cit.*, pp. 463-464. Según ideas de Kaufmann. Así entiende Horn que, para Kaufmann, los principios son claves para el derecho, pero no se puede pensar en retroceder a la época anterior a Kant donde se acepta un concepto de derecho ontológicamente sustantivo y “adorar la ley moral como a algo sustancial, intemporal y suprapositivo, como algo que está ahí, acabado, con existencia en un estado del que se pueden extraer

El conocimiento jurídico, junto con el resto de conocimientos de una determinada época, determinarán los senderos de una posible “convergencia” hacia la “verdad” de las “cosas” objeto de discusión (discusión llevada a cabo por medio de un proceso de argumentación dialéctica). Lejos de buscar en las “cosas” lo que son en sí se limita a saber lo que las cosas aparentan ser según el conocimiento de una época y de un lugar determinado ¹⁴⁹⁸.

Finnis sostendrá que, si aceptamos que toda norma jurídica va destinada a la consecución y promoción del bien común, la interpretación deberá ir destinada a la consecución del bien común y resulta claro que el bien común (u otros bienes básicos) “considerados en su dimensión comunitaria, son los criterios de corrección racional-práctica de las normas jurídicas”. Por lo que más allá de que dicho bien común venga determinado por consideraciones sociales, históricas e institucionales, deberá pasar el filtro de la “racionalidad” o de lo razonable ¹⁴⁹⁹.

Para Hernández Marín, la interpretación del derecho es independiente de su aplicación. La aplicación del derecho es un acto de cumplimiento de la norma jurídica, y siendo la norma jurídica una orden prescriptiva para el juez, se aplica, cumpliéndola, sin más. La interpretación sólo está para esclarecer el sentido de la norma y para participar

conclusiones concretas, o sea derivar decisiones jurídicas de forma deductiva”. Cfr. HORN, N., “Sobre Derecho natural racionalista y Derecho natural actual”, *op. cit.*, p. 87.

¹⁴⁹⁸ De Domingo resume muy bien la filosofía de Kaufmann: “(...) norma y situación concreta no tienen sentido con independencia de un sujeto que los comprende, pero a pesar de ello norma y situación concreta “son” con independencia del sujeto”. DE DOMINGO PÉREZ, T., “La filosofía del derecho de Arthur Kaufmann...”, *op. cit.*, pp. 460-463. Lo que nos lleva a tener que reconocer una cierta ontología necesaria para el derecho distinta de una simple convergencia de opiniones más o menos contingente y condicionada sobre “las cosas”.

¹⁴⁹⁹ Cfr. FINNIS, JOHN, *Ley natural y derecho naturales*, traducción de Cristóbal Orrego, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 289 y ss. Cfr. ALARCÓN CABRERA, C. Y VIGO, R. L., *Interpretación y argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 330-331. Lo que me parece inaceptable, por exagerado, es la afirmación de Perelman de que lo “razonable” en el discurso jurídico tiene un “valor superior” a la propia noción de “justicia” o “equidad” ya que lo que no es “razonable” no sólo no es justo o inequitativo sino que también puede resultar ridículo [en el sentido de no adeudarse a una opinión mayoritariamente aceptada] o inapropiado, lo que también es tenido en cuenta por los aplicadores de las instituciones jurídicas. Cfr. PERELMAN, CHAÏM, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979, p. 19. Es importante distinguir la racionalidad y lo razonable de la razón práctica. La razón práctica se presenta cuando hablamos de deberes. Aparece como un elemento clave tanto del derecho como de la política, ya que en ambas disciplinas se trata de constituir deberes. Otra pregunta es saber si la razón práctica puede aspirar a ofrecer soluciones objetivas en el ámbito de la política o del derecho (y también en la ética o la moral) o se limita a proposiciones subjetivas. De esas posibilidades de considerar la razón práctica, como objetiva o subjetiva, nacen distintas teorías del derecho. Igualmente se discute la posibilidad y la naturaleza, en su caso, de un método para la política (método para legislar) y de un método para aplicar el derecho. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Razonamiento jurídico...*, *op. cit.*, pp. 81, 83-84. Sobre el logos de lo razonable. Véase RECASENS SICHES, L., *Tratado general del Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 660-664.

de la justificación del fallo. Así, la interpretación figura como dentro de la parte argumentativa de la sentencia, en sus fundamentos de derecho que van a tratar de justificar el sentido de la norma jurídica (con la justificación se tratará también de justificar la existencia y validez de la norma jurídica y de probar la verdad de los hechos). La aplicación será la adecuación semántica del fallo con la ley (es decir, que el fallo “forma parte de la referencia lingüística” de la ley o norma jurídica que aplica) lo que indicará que el fallo cumple con la ley. De allí que justificar (e interpretar) es una labor que no influye para la aplicación, es más, el juez aplica el derecho (lo cumple) sin justificar muchas veces la existencia y validez de la norma jurídica ni justificar (ni enunciar) la concreta interpretación seguida (en teoría tampoco resulta necesaria para la aplicación de una norma jurídica justificar la verdad de los hechos, ya que para aplicar la norma jurídica sólo es necesario asumir que los hechos son verdad)¹⁵⁰⁰. La solución de derecho vendría ontológica y teóricamente explicada como integrante y derivada de un sistema normativo existente y válido (contexto de justificación) y necesitaría ser eficaz (lo que se consigue con su aplicación que nada tiene que ver con su interpretación).

En definitiva, la interpretación jurídica, dependiendo de la concepción del derecho que tengamos, adoptará conjuntamente, como actividad propiamente suya, el contexto de descubrimiento (explicitar las “razones” de las normas y todo aquel contexto de valores, principios que la respaldan, le dan significado y la justifican) y el contexto de justificación (probar la existencia, la validez y la vigencia de la norma dentro de un determinado sistema de derecho positivo), o sólo el contexto de justificación. Lo que sí se deduce de los desarrollos anteriores es que la interpretación se sitúa claramente como actividad dentro de la metodología del derecho y que va destinada a permitir su aplicación.

Para Gény, la escuela de la exégesis ha limitado la interpretación del derecho a la interpretación de la ley. Esa interpretación consiste exclusivamente en una deducción pura¹⁵⁰¹. Gény no es contrario a una interpretación lógica deducida de los textos¹⁵⁰²

¹⁵⁰⁰ Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, op. cit., pp. 227, 242-251.

¹⁵⁰¹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, op. cit., pp. 28-29, 54-56. Gény trata de mostrar las consecuencias nefastas de una interpretación basada en conceptos legales y construcciones dogmáticas

pero reconoce la necesidad de abrir la interpretación en casos donde el lenguaje legislativo es confuso ¹⁵⁰³. Esa apertura se realiza por el uso de la analogía para interpretar la ley (*ratio iuris*, argumento *a contrario*, argumento *ad mayus*, etc.) ¹⁵⁰⁴.

En cuanto a la existencia de varias teorías del derecho que pueden sustentar una determinada interpretación del derecho. Queda claro que Gény sostiene, como lo hace Dworkin, que en la interpretación es necesario adoptar una determinada teoría normativa (y del sistema jurídico) y esta no viene dada por el legislador o, en sentido más amplio, el Estado ¹⁵⁰⁵. La interpretación debe ser una tarea enfocada a dar soluciones de derecho por lo que no puede reducirse a la ley y su lugar es la jurisdicción ¹⁵⁰⁶.

Para Gény, el intérprete, en consideración a la legislación (y más ampliamente al Estado), debe buscar el sentido literal del texto de la ley, pero igualmente debe buscar las concepciones jurídicas (teóricas y filosóficas sobre el derecho) que han inspirado la voluntad del legislador ya sea porque a través del texto de la ley se consiguen reconocer ya sea simplemente porque gozan de prestigio. Así, la interpretación de la ley se limitará a reconstruir la voluntad del legislador sobre la base del texto de la ley. Se parte de una

“excesivamente estrictas” y apegadas a la ley. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 6, 135-137.

¹⁵⁰² Es contraria a la lógica “cuasi-mecánica” del método exegético. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 231.

¹⁵⁰³ p. 31

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, pp. 36-40. Recuerda Dworkin que cuando un caso no encaje en una norma legal, el “funcionario judicial” deberá “crear una nueva norma legal o completar una preexistente”. Si no hay norma legal válida, no hay obligación legal. Cfr. DWORKIN, R., *La filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 108. Esto no impide que pueda existir una obligación jurídica no legal.

¹⁵⁰⁵ La ley no puede regular la interpretación del derecho ya que es un producto de este. Igualmente, no puede imponer una determinada concepción de la ley natural. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 36-40, 106, 231, 233. La filosofía del derecho debe ser lo más amplia posible. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 80. Gény nos indica que ante un problema que queda fuera de la ley positiva, debemos acudir a las teorías jurídicas “previamente admitidas”, entendemos, a las distintas teorías jurídicas que nos ofrece la ciencia y la filosofía del derecho. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 117.

¹⁵⁰⁶ Gény muestra cómo el experimento histórico de reducir la interpretación judicial a la interpretación legal ha resultado ser un rotundo fracaso. Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 77-88, 118. Recordará Dworkin que la interpretación de la ley “no requiere la construcción de una hipótesis sobre el estado mental de los legisladores en cuanto individuos, sino la de una teoría política especial que justifique esa ley, a la luz de las responsabilidades más generales de los legisladores”. Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 180.

interpretación literal (se excluyen los trabajos preparatorios) y sobre esta se aplican las distintas teorías y filosofías del derecho que han podido orientar al legislador ¹⁵⁰⁷.

La visión de la interpretación del derecho que se sitúa como actividad destinada a descubrir (y fundamentar) la voluntad del legislador y que podríamos clasificar como actividad propia de la ontología del derecho (es decir, actividad destinada a decir lo que el derecho es desde los principios universales e inmutables que guían la voluntad del legislador) es descartada por Gény. Este acaba reduciendo la interpretación de la ley a una simple exégesis del texto (sin querer tratar de atribuir ningún principio superior a una legislación, en nuestro estado de cosas, que nace de la opinión pública y que, como tal, para él, no está basada en ningún principio superior) que admite una visión lógico – sistemática ¹⁵⁰⁸. Junto a la interpretación textual y lógico - sistemática, Gény introduce también, la visión de la interpretación del derecho propia del realismo jurídico, es decir, aquella interpretación que parte de un contexto de descubrimiento de la decisión jurídica que, sin descuidar el sistema normativo, permite encontrar un fundamento en criterios de racionalidad u otros criterios objetivos sobre la base de las observaciones de la realidad social. Así, Gény, al igual que el realismo jurídico, combina sistema normativo y realidad social y situará el grueso de la interpretación como parte de la metodología del derecho. No obstante, con Gény, podemos decir que la dimensión social se encuentra como base de la metodología del derecho (la importancia de considerar el contexto social en el que se van a dictar sentencias para descubrir el derecho) pero, a diferencia del realismo jurídico, Gény sitúa la metodología (y por tanto la

¹⁵⁰⁷ Aunque Gény nunca niegue que el texto legal, una vez publicado y vigente, como toda “entidad orgánica y viva”, se vea afectado y soporte pasivamente el “contacto y la influencia del medio que le rodea” a veces hasta degradarse por su uso, con el fin de respetar lo que por naturaleza es (es decir un acto de voluntad), se debe “reaccionar contra las deformaciones” provocadas por el medio social y volver a la voluntad original del legislador. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 264, Gény recuerda que las leyes modernas, como bien indicara Montesquieu, están hechas para gentes de “entendimiento mediocre”, con el fin de ser entendidas por cualquier padre de familia, lejos de buscar ser abigarradas con “indicaciones históricas”, “consejos”, “prescripciones, y “aclaraciones de hechos”. Todo principio superior (necesario para interpretar leyes “simplificadas”), o concepción jurídica, pudiendo sufrir el vicio de ser subjetivos, sólo serán válidos cuando vayan destinados a interpretar la voluntad del legislador y vengán impuestos por su “prestigio”. *Ibid.*, pp. 278, 290-291.

¹⁵⁰⁸ Como aclara Gény, dado que el legislador es principalmente “opinión pública” no hay motivo para pensar que este, con el fin de expresar su pensamiento, use reglas distintas de las reglas normales y usuales del lenguaje y sólo en caso de posible confusión, usará de las expresiones que él mismo emplea, pero esta vez, en sentido técnico con el fin de dar cumplimiento al fin jurídico que se desprende de la disposición. Así, el sentido literal (común y técnico del lenguaje) y el sentido sistemático (debido a que el legislador no sólo se expresa con una disposición aislada) van a conformar todo el alcance de la interpretación legislativa. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 31-32.

interpretación) como derivada jerárquicamente de un dominio ontológico-metafísico regido por la naturaleza de las cosas. La interpretación pasa de un ámbito ontológico al ámbito metodológico. En esa búsqueda de fundamentaciones partiendo del estudio de los hechos o fenómenos jurídicos, Gény guiará su estudio con la filosofía primera (principios primeros sobre el Universo, el hombre y su destino) y con un realismo moderado (filosofía del sentido común que reconoce principios inmutables y la necesidad de su flexibilización), todo ellos lejos de los movimientos incesantes de la opinión pública ¹⁵⁰⁹.

3. Aplicación del derecho

La aplicación del derecho por el juez ha sido un tema que ha preocupado a la teoría jurídica particularmente con la aparición del Estado de derecho a finales del siglo XVIII. La aplicación del derecho necesita de un estudio propio sobre su naturaleza y método ¹⁵¹⁰.

Se pueden resumir las principales teorías sobre la aplicación del derecho por parte de los jueces en varios grupos:

1) Concepción lógica. Esta teoría concibe la aplicación judicial del derecho como un resultado obtenido tras una “serie de operaciones lógicas”, es decir, tras un silogismo.

¹⁵⁰⁹ Para Gény, lo que dificulta la consideración de “científica” (en términos empiristas) a la ciencia del derecho (así como a las ciencias morales) es que, como ya hemos comentado, esta pretende ofrecer resultados prescriptivos y no meramente descriptivos. Aunque la naturaleza de las cosas muestre una serie de leyes, la voluntad debe someterse a ellas y seguirlas bajo la amenaza de una sanción que no se fundamenta en la propia voluntad y que cuya autoridad, por tanto, puede no querer reconocer. Este problema que va ligado a la doctrina de la naturaleza de las cosas, como doctrina incapaz de pronunciarse sobre el deber ser de las cosas y por tanto de imponerse imperativamente sobre la voluntad, se soluciona, para Gény, vinculando la naturaleza de las cosas al “complejo” filosófico más amplio al que pertenece. Esa filosofía fundamental que marcará las prescripciones a las que los hombres tengan que sujetarse (reglas que regirán su acción en el mundo) deberá adoptar una posición sobre “la concepción general del Universo”, “sobre la esencia y la naturaleza del hombre”, “sobre el misterio de su origen y de su existencia en este mundo” y sobre “el enigma de su destino” aunque ello suponga, afirma Gény en un alarde de valentía, “llevarnos al abismo”. Para él, merece la pena correr el riesgo. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 354-355. Partiendo de esos principios supremos que explican el Universo (según la posición filosófica) se desciende, por “etapas”, a “principios secundarios”, de más fácil acceso, hasta alcanzar conclusiones indispensables para “la vida” y conformes a los juicios de valor que forman la “opinión común”. Es decir, pasar de los principios (realidades metafísicas) a las realidades sociales. *Ibid.*, pp. 362-363. La legislación no es más que obra de esa opinión común u opinión pública. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 85.

¹⁵¹⁰ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, *op. cit.*, pp. 276-281.

Aunque, tras un estudio descriptivo de la realidad de la práctica judicial se trasluce el uso de un método no puramente lógico-deductivo ¹⁵¹¹. La concepción lógica de la aplicación del derecho es plenamente consciente de que el razonamiento deductivo que parte de una premisa mayor y de una premisa menor para llegar a una conclusión (o fallo) no es simple. Es decir, la premisa mayor se compone de un conjunto (o conjunción) de enunciados jurídicos y la premisa menor se compone de un conjunto (o conjunción) de hechos ¹⁵¹². La concepción lógica de la aplicación del derecho presenta consecuencias absurdas. Lo que hay que notar con la concepción lógica de la aplicación del derecho es que, dado que lo que funciona como premisa mayor es un conjunto de enunciados jurídicos, no podemos afirmar que sólo exista una conclusión posible (fallo) dado que existen infinitud de “conclusiones deducibles a partir de un conjunto cualquiera de premisas”, como puede ser el conjunto de premisas obtenidas de la ley. Así de la ley (o de sus premisas) se deducen varias conclusiones ¹⁵¹³.

2) Concepción sintáctica. La concepción sintáctica a diferencia de la concepción lógica aplica por vía de “concreción” y no de “deducibilidad” ¹⁵¹⁴. Con esta teoría, pasamos de hablar de “deducibilidad” a “concreción”. La concreción no es una deducción lógica sino una ampliación de la información particular no contenida, ni deducible lógicamente del enunciado general ¹⁵¹⁵ que resulta ser válida para aplicar enunciados jurídicos “primarios”, es decir, enunciados prescriptivos cuyos destinatarios son individuos ¹⁵¹⁶. La “deducibilidad” es una operación lógica mientras que la “concreción” funciona como

¹⁵¹¹ *Ibid.*

¹⁵¹² Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, op. cit., p. 216.

¹⁵¹³ *Ibid.*, pp. 219-220. En este sentido, se deduce, como lo hace Dickinson, que la conclusión de un silogismo depende de lo que contiene la premisa mayor y la premisa menor. Tratar de conciliar la premisa menor con la premisa mayor dependerá de la particular construcción de esas premisas y por tanto de su contenido. Así, todo el silogismo se reduce al “proceso extra lógico de construcción de premisas”. Por lo que la lógica no va a permitir “desarrollar” el derecho sino sólo construir el soporte lógico de los “datos” que lo componen y que se encuentran en la base del razonamiento jurídico. El hecho de que varias conclusiones sean contradictorias, aunque el razonamiento seguido sea lógicamente correcto, proviene de que las premisas elegidas son distintas. El contenido de esas premisas se encuentra sugerido en las palabras de la regla legal y en última instancia en las construcciones jurídicas. De allí que fijar el contenido de esas “construcciones jurídicas” permitirá fijar igualmente las “consideraciones de política jurídica”, es decir, fijar un contenido de entre los ofrecidos por lo “dado”. Gény como Pound, mostraron el peligro de aplicar, como premisas, esas “construcciones jurídicas” sin tener presente las “consideraciones de política jurídica” de las que no son más que el vehículo técnico. Cfr. DICKINSON, JOHN, “Le problème du cas non-prévu”, op. cit., pp. 512-514, 519.

¹⁵¹⁴ Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Las obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 47-48.

¹⁵¹⁵ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., pp. 276-281.

¹⁵¹⁶ Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Razonamientos en la sentencia judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 122.

“instancia de sustitución”, es decir, sustituye en un enunciado jurídico una o más variables de la matriz cuantificacional por una constante individual o varias ¹⁵¹⁷. Por lo que, en puridad y en aplicación de la “concepción lógica de la aplicación del derecho”, no podemos afirmar que pueda deducirse (con la “lógica ordinaria”) una conclusión unívoca y siempre correcta para el derecho ¹⁵¹⁸.

3) Concepción semántica. Dicha concepción busca poner de relieve la relación que existe entre la norma jurídica dirigida al juez (como las normas penales) y su aplicación en un fallo determinado ¹⁵¹⁹. La concepción “semántica” es válida para la aplicación de los enunciados jurídicos “secundarios”, destinados a jueces o a las administraciones públicas. La norma penal es paradigmáticamente un enunciado jurídico destinado a los jueces, es decir, un enunciado jurídico secundario ¹⁵²⁰. La concepción semántica de la aplicación del derecho sólo es válida cuando se trata de aplicar normas jurídicas prescriptivas destinadas a los jueces como, por ejemplo, las normas penales ¹⁵²¹.

4) Teorías de la argumentación jurídica. Estas teorías ponen su atención en el estudio de lo que se ha llamado la “justificación externa” de las decisiones judiciales que buscan conocer las verdaderas argumentaciones y normas aplicadas, es decir, el verdadero razonamiento seguido para la obtención de la decisión jurídica ¹⁵²². Como explica Hernández Marín, los representantes de la “concepción argumentativa de la aplicación del derecho” sostienen que el fallo de una sentencia judicial no sólo se obtiene por un razonamiento lógico-deductivo que tiene por base la ley, sino que el razonamiento

¹⁵¹⁷ *Ibid.*, pp. 59 y ss.

¹⁵¹⁸ Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁵¹⁹ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, *op. cit.*, pp. 276-281.

¹⁵²⁰ Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Razonamientos en la sentencia judicial*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁵²¹ Esto es a diferencia de las normas civiles que pueden ser concretadas sin ayuda del juez (porque van destinadas a los particulares y no buscan obligar al juez a imponer unas ciertas penas frente a unos ciertos hechos), nos encontramos que el fallo es una concreción de la ley, pero “no forma parte de la referencia de la ley” y puede, por tanto, quedar fuera de ella. El fallo será correcto cuando su cumplimiento implique el cumplimiento de la ley (o norma) y cuando el cumplimiento de la ley (o norma) implique el cumplimiento del fallo. El autor pone el ejemplo siguiente. Si una norma civil condena a un sujeto al pago de una cantidad “x” a un tercero. El fallo que aplique esa norma deberá igualmente condenar al tercero a pagar esa misma cantidad “x”. Dado que la norma civil no va dirigida al juez para imponer esa cantidad “x”, este puede querer imponer la condena a una cantidad distinta. El fallo sólo será correcto cuando el fallo se corresponda con la ley, es decir, impone al pago de la cantidad “x” y viceversa. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, *op. cit.*, pp. 259-263.

¹⁵²² Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, *op. cit.*, pp. 276-281. Según la clasificación de Salas, las teorías de la argumentación jurídica “aspiran a ser una especie de *tercera vía* que media entre los enfoques formalistas del derecho y la visión del realismo jurídico”. Cfr. SALAS, MINOR E., “Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica...”, *op. cit.*, p. 120.

llevado a cabo está guiado por argumentos retóricos, prácticos, tópicos, dialécticos, hermenéuticos, etc.¹⁵²³.

Podemos clasificar la concepción lógica, sintáctica, semántica, y las teorías de la argumentación jurídica dentro de las corrientes racionalistas de aplicación del derecho, que creen que es posible fijar un método que permita medir la corrección (o racionalidad) de una sentencia judicial. Esa corriente racionalista puede ser logicista cuando las reglas de la lógica son las que van a determinar de manera “necesaria” y “suficiente” la corrección de una sentencia. Aquí se pueden clasificar, según García Amado, la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos¹⁵²⁴. La corriente racional no logicista entiende que la lógica es “necesaria” pero no “suficiente” y a ella se le tendrán que sumar otros razonamientos. En esta corriente, García Amado, clasifica la jurisprudencia teleológica, la jurisprudencia de intereses, la jurisprudencia de valores y las teorías de la argumentación jurídica¹⁵²⁵. Para Hernández Marín, la teoría de la

¹⁵²³ Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, op. cit., p. 222. Para Atienza, no cabe duda que las teorías de la argumentación jurídica son teorías destinadas a la aplicación del derecho y como tal necesitan fundamentarse sobre una teoría del derecho. Atienza nos recuerda que Alexy “entiende que una teoría de la argumentación jurídica sólo despliega todo su valor práctico en el contexto de una teoría general del Estado y del Derecho”. Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, op. cit., p. 203. No obstante, Hernández Marín excluye las teorías de la argumentación jurídica del ámbito de la aplicación del derecho como mostraremos más adelante.

¹⁵²⁴ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Razonamiento jurídico y argumentación...*, op. cit., pp. 94-109. En este sentido, recuerda Hernández Marín, que los juristas de la jurisprudencia de conceptos fueron los primeros en introducir en el derecho positivo, la concepción lógica del derecho de los iusnaturalistas racionalistas. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., “Sobre la concepción lógica del derecho”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, número 18, 2003, pp. 79-110, p. 79. Aunque recordará García Amado que la jurisprudencia de conceptos no se apegó a la lógica deductiva exclusivamente. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tónica jurídica*, op. cit., p. 204. En igual sentido LARENZ, K., op. cit., p. 43.

¹⁵²⁵ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Razonamiento jurídico y argumentación...*, op. cit., pp. 94-109. Podemos clasificar a Hernández Marín como parte de la corriente racionalista no logicista. Por una lado sostiene que la aplicación del derecho consiste en estudiar la relación entre enunciados jurídicos desde un punto de vista general (porque se analiza la relación de un enunciado jurídico cualquiera con una decisión jurídica (entendida como enunciado jurídico también) cualquiera) y desde un punto de vista interno (al margen de consideraciones psicológicas o sociales), quedando así eliminado toda traza de irracionalismo. Podemos entender la aplicación del derecho como la “relación de aplicación, que existe entre dos enunciados jurídicos” que no se limitan a una relación lógica, sino que se relacionan sintáctica y/o semánticamente. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Las obligaciones básicas de los jueces*, op. cit., p. 99. Además, afirma que los únicos argumentos que gozan de seguridad son los de carácter lógico, sin embargo, como sostienen, tanto las concepciones irracionalistas como las teorías de la argumentación, los razonamientos principales que determinan un fallo judicial (o una decisión jurídica), son razonamientos no lógicos. No obstante, pretender calificar de correcta cualquier decisión jurídica obtenida como conclusión (o fallo) de un razonamiento (o argumentación) con base en la ley, sean los razonamientos usados lógico y/o no lógicos, por el simple hecho de que la conclusión se deriva de la ley, es absurdo. De la ley, puede deducirse, lógicamente o no, casi cualquier conclusión. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, op. cit., pp. 223-224. En este problema, Hernández Marín acude en parte a la concepción lógica y en gran medida a la concepción sintáctica y semántica de aplicación de enunciados

argumentación, incluida la teoría del silogismo, calificada de teoría psicológica, son teorías que adoptan un punto de vista externo y que tratan de explicar el proceso decisorio del juez (sobre todo la concepción argumentativa) que queda, sin embargo, fuera del tema de la aplicación del derecho ¹⁵²⁶.

5) Concepciones irracionalistas. Estas concepciones (teorías) consideran que el juez no usa sólo de argumentos lógicos u de otro tipo, sino que en las decisiones jurídicas influyen de forma determinante factores psicológicos (intuiciones, emociones, etc.) y sociales del entorno de los jueces ¹⁵²⁷. Para las concepciones irracionalistas de la aplicación del derecho, en su vertiente más radical (como el realismo jurídico norteamericano), el derecho es lo que dicta el juez y no lo que dicen los códigos. Por ello, el único trabajo metodológico útil es aquel que busca describir el método concreto que los jueces siguen. Cualquier intento de elaborar un método prescriptivo para los jueces es completamente inútil porque estos no lo usarán o lo harán para plasmar sus opiniones personales, sin que se consiga una corrección objetiva de la sentencia. Por definición, el derecho es un instrumento al servicio de las ideologías y opiniones de los jueces ¹⁵²⁸.

jurídicos. Lo que podría llevarnos a clasificarlo dentro de una concepción lingüística de aplicación del derecho.

¹⁵²⁶ Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Las obligaciones básicas de los jueces*, op. cit., pp. 100-101. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Razonamientos en la sentencia judicial*, op. cit., p. 113. según Hernández Marín, el razonamiento judicial no tiene, de modo necesario, como premisas un enunciado jurídico, ni como conclusión un enunciado jurídico. Los enunciados jurídicos (como los prescriptivos) “constituyen el objeto al que se refiere el discurso del jurista”. Situar como premisa de un argumento un enunciado prescriptivo levanta problemas lógicos. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Las obligaciones básicas de los jueces*, op. cit., pp. 251-252. Véase el Capítulo V dedicado a “la corrección de las decisiones judiciales”. *Ibid.*, pp. 133-143. Para Hernández Marín, las tesis que sostienen las teorías de la argumentación jurídica (como la teoría formulada por Alexy) no permiten fijar con claridad reglas de argumentación que permitan saber en el momento en el que un juez argumenta si lo está haciendo, siguiendo esas reglas de la argumentación o no. Sin embargo, la tesis de la corrección de las decisiones judiciales que sostiene que una decisión (o conclusión) es correcta cuando es “conforme” a derecho (procesal y materialmente) aporta claridad al problema de la aplicación y justificación de las decisiones judiciales. *Ibid.*, p. 253.

¹⁵²⁷ Cfr. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, op. cit., pp. 276-281. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, op. cit., p. 222.

¹⁵²⁸ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Razonamiento jurídico y argumentación...*, op. cit., pp. 86-88. La escuela del derecho libre también participa de esa concepción irracionalista y apela al sentimiento jurídico del juez. Sentimiento jurídico que consiste en la conciencia del juez ante los cambios sociales y la realidad de los intereses en conflicto. Kelsen es otro irracionalista. Para él, la racionalidad jurídica se alcanza a través de la ciencia del derecho que estudia las normas válidas y la relación entre ellas. Una vez que nos adentramos en el campo de la aplicación del derecho entramos en un campo donde prevalecen las valoraciones y “en materia de valoraciones, ninguna opinión vale más que otra”. Por lo que, para la aplicación del derecho, el aspecto valorativo, de “elección entre alternativas prácticas”, es, para Kelsen, “expresión de subjetividad” y como tal no es objetivo ni científico. *Ibid.*, pp. 90-94. Para Kelsen, la producción de normas jurídicas (por ejemplo, las producidas por el legislador) casi se confunde con su

Gény atacará al método exegético por el uso exclusivo del procedimiento lógico para la aplicación del derecho ¹⁵²⁹, pero Gény no es contrario al uso de la lógica para aplicar el derecho ¹⁵³⁰. Es más, Gény pedirá que los procedimientos técnicos tengan coherencia lógica ¹⁵³¹ pero se usará de la lógica como de un instrumento más ¹⁵³². Gény criticará el uso absoluto de la lógica, es decir, un uso sin límites o condicionantes externos ¹⁵³³. No cabe duda que para Gény la lógica interviene en la aplicación del derecho.

Gény no habla de concepción sintáctica de la aplicación del derecho, pero sí habla de una “apreciación concreta de las realidades”. La búsqueda de una mayor precisión en la concreción del derecho aparece como una finalidad de la técnica jurídica. La técnica jurídica debe concretar la regla de derecho ¹⁵³⁴.

aplicación (por el juez o el funcionario administrativo) ya que para Kelsen toda norma es aplicación o concreción de una norma anterior y superior, ya sea el legislador que aplica (o concreta) normas constitucionales o el juez que aplica (o concreta) normas legales. Cfr. Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., pp. 244-245.

¹⁵²⁹ Véase Gény, F., *Méthode d'interprétation...*, op. cit., p. 231.

¹⁵³⁰ Gény reconocerá que la lógica permitirá dar una firmeza al derecho positivo que contribuirá a la seguridad jurídica. Cfr. Gény, F., *Méthode d'interprétation...*, op. cit., p. 64. Es más. Gény incluirá la lógica dentro del conjunto de verdades que siempre han sido objeto de estudio por los hombres. Véase Gény, F., *Science et Technique...*, Tomo I, op. cit., p. 74.

¹⁵³¹ Cfr. Gény, F., *Science et Technique...*, Tomo III, op. cit., pp. 37-38. Gény invita a analizar los factores que intervienen en la toma de una decisión jurídica. Uno de ellos es el lógico. Cfr. Gény, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, op. cit., p. 371.

¹⁵³² Para Gény la lógica opera en doble sentido. Debe remontar al principio y deducir de él consecuencias. Véase Gény, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, op. cit., p. 23. Por ejemplo, Gény afirma que la analogía no es un simple procedimiento lógico (aunque deba usar de la lógica), sino que es principalmente un procedimiento valorativo. Véase Gény, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, op. cit., pp. 309-310. Cfr. Gény, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, op. cit., p. 358. Citando a Zitelmann en *Lücken im Rechts*, pp. 6, 10 y ss.

¹⁵³³ Cfr. Gény, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, op. cit., p. 125. Gény recomienda un uso cauteloso de la lógica. *Ibid.*, pp. 280-282.

¹⁵³⁴ La única forma, según Gény, de poder someter la voluntad del hombre para cumplir una cierta conducta bajo sanción, es que el mandato se exprese con una “precisión categórica”, la cual no puede ser obtenida más que estudiando de cerca la “realidad social” para fijar con precisión sus contornos (derecho objetivo) para que se constituyan en “cuadros firmes” para la vida (para el derecho positivo). La “apreciación concreta de las realidades” es una tarea inevitable encomendada al jurista. Primero debido a la naturaleza misma de la ley como instrumento político no absoluto y segundo, por la remisión expresa del problema de esa apreciación al juez (que se ve atribuida esa función por los propios textos legales). Como dirá Gény, sobre la base del trabajo de M. Leroy, “La loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la « démocratie »”, la ley, como acto de autoridad, “primero concebido como absoluto, ha sido poco a poco socavado y quebrantado por multitud de fuerzas sociales, más o menos oscuras (sobre todo: el reglamento, las intervenciones de la política corriente, la interpretación judicial, las teorías doctrinales, todos los órganos vivos de la democracia) que, finalmente, hacen de esta [la ley] una institución totalmente contingente” (“*d'abord conçu comme absolu, a été peu à peu miné et ébranlé par mille forces sociales, plus ou moins obscures (notamment: le règlement, les interventions de la politique courante, l'interprétation judiciaire, les théories doctrinales, tous les organes vivants de la démocratie), qui, finalement, en font une institution tout à fait contingente*”). Se adopta así un método que supera la

En cuanto a la concepción semántica. Gény entiende que hay normas que vinculan radicalmente al juez y otras que no ¹⁵³⁵ hasta el punto de que, para la aplicación del derecho, la libre investigación del derecho no puede fijar penas o delitos, o, en general, cuestiones de orden público, es decir, el derecho público queda restringido en su aplicación y vincula directamente al juez a diferencia del derecho privado ¹⁵³⁶.

“superstición de la ley escrita”, prestando más atención a la “descripción de los hechos”, “limitar la discusión sobre palabras o los argumentos lógicos” y dejar paso a “consideraciones morales, económicas, sociales”, al espíritu de la ley (sobre su texto), a la utilidad (sobre los conceptos), a la crítica objetiva de la jurisprudencia, y al derecho comparado, etc. Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.* pp. 242-243, 247. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 53. Así, la apreciación concreta de las realidades va a implicar un método particular. Es decir, una simplificación que supone una “cuantificación” de las realidades con el fin de poder sustituirse más fácilmente por constantes individuales, que ahora van a encontrar una dimensión concreta (cuantificada) en lugar de una dimensión más abstracta (cualificada), tal cual lo contempla la concepción sintáctica, que pretende facilitar la aplicación a través de la matriz cuantificacional. En palabras de Gény: “La esencia de los preceptos primordiales del derecho, tomados de la vida misma, que deben regir, está constituida por elementos, la mayoría de las veces indeterminados, sin fronteras claras, con contornos indeterminados, que, representando ciertas cualidades de las cosas, no se prestan a la rigidez, que postulan los mandatos categóricos. Para adaptar estos datos inconsistentes con su función, a menudo será necesario modificar su naturaleza original y evaluar los imponderables, en resumen, transformar las cualidades en cantidades (...).” Sigue Gény poniendo un ejemplo: “(...) será mayor de edad el que posea el discernimiento y la firmeza de carácter necesarios para resolver él mismos sus asuntos (...). (...) Por muy justo que resulte la idea, no sería por ello menos absurdo erigirla en ley bajo esta forma abstracta (...). (...) Sería una pérdida de tiempo y unas penas infinitas el discernir en cada especie concreta la existencia de estas condiciones. (...). En lugar de estas condiciones, fijará [el legislador] otras que guardan con aquellas alguna conectividad regular, aunque no necesaria, pero que tienen la ventaja de poder ser reconocidas concretamente de una forma más fácil y más segura; por ejemplo, la edad cumplida de 25 años para la mayoría de edad (...).” (“*L'étoffe des préceptes primordiaux du droit, empruntés à la vie même, qu'ils doivent régir, est faite d'éléments, le plus souvent indéterminés, sans frontières nettes, aux contours indécis, qui, représentant certaines qualités des choses, se prêtent mal à la rigidité, que postulent les injonctions catégoriques. Pour adapter ces données inconsistantes à leur fonction, il faudra souvent modifier leur nature originare et évaluer les impondérables, bref transformer les qualités en quantités, (...).*” “*(...) sera majeur celui qui possède le discernement et la fermeté de caractère nécessaires pour régler lui-même ses affaires (...). (...) Quelque juste que soit cette idée, il n'en serait pas moins absurde de l'ériger en loi sous cette forme abstraite (...). (...) On perdrait un temps et des peines infinies à discerner dans chaque espèce concrète l'existence de ces conditions. (...) Au lieu de ces conditions, il en fixera d'autres, qui ont avec celles-là une certaine connexité régulière, quoique non nécessaire, mais qui ont sur elles l'avantage de pouvoir être reconnues concrètement d'une manière plus facile et plus sûre ; par exemple, l'âge accompli de 25 ans pour la majorité (...)*”). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 59, 61. Con este ejemplo, la concreción pasa por la adecuación entre la variable cualitativa finalmente cuantificada (25 años) y la constante individual (la edad en un momento dado) de aquel al que la norma va destinada.

¹⁵³⁵ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 221-222.

¹⁵³⁶ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 40-43. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 147. No podemos olvidar que el legislador, según Gény, es reacio a la formulación de teorías y se decanta por legislar sobre la casuística lo que obliga a tener que desarrollar un método de interpretación de la ley positiva sobre la base de una idea de derecho. Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 104-105.

En cuanto a las teorías de la argumentación jurídica, estas entienden que en la decisión del juez intervienen argumentos retóricos, dialécticos, tópicos, hermenéuticos, etc. En Gény, la interpretación de la ley permitirá buscar la voluntad del legislador y encontrar las bases que conforman la legislación en los principios del derecho natural¹⁵³⁷. Toda argumentación en Gény va destinada a sintetizar los principios del derecho (es decir, los “dados”) o a sintetizar las reglas de derecho (por medio de la técnica jurídica)¹⁵³⁸. La analogía se muestra como esa herramienta que busca en los “dados” para obtener una solución jurídica cuando la ley positiva no la ha proporcionado¹⁵³⁹. Gény descenderá hasta preocuparse por el poder discrecional del juez y establecerá otros criterios, más directamente dirigidos al juez y al ejercicio del poder discrecional, como el reconocimiento de tópicos, la imposición del criterio de razonabilidad de las decisiones, así como el estudio de los procesos mentales seguidos por el juez en sus razonamientos¹⁵⁴⁰.

4. Argumentación jurídica: proceso judicial de toma de decisiones

En nuestras argumentaciones, también en las jurídicas, nos preocupa la verdad o corrección tanto de las premisas como de la conclusión¹⁵⁴¹. Estamos, por tanto, evaluando el contenido de los argumentos que componen la argumentación más allá de la forma de los mismos. Ahora bien, adentrarse en el contenido de los argumentos nos llevaría dentro de las distintas teorías de los campos del conocimiento a los que se remite el argumento, lo que, en derecho, nos llevaría a incluir dentro de la teoría de la argumentación jurídica, todos los demás saberes jurídicos: teoría del delito, del contrato,

¹⁵³⁷ Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 187-188. Incluso la codificación no ha modificado la naturaleza de la ley positiva. *Ibid.*, pp. 109, 112. El derecho natural siempre es superior al derecho positivo. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 74, 82, 241.

¹⁵³⁸ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 83-85, 247. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 126-127, 188, 192-193. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 63-64.

¹⁵³⁹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 36-40, 187-188, 315. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 125.

¹⁵⁴⁰ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 185, 243, 371.

¹⁵⁴¹ Del mismo modo que se decía que la ley la conocía el juez (*iura novit curia*) ahora ha de decirse que el juez ha de desarrollar con corrección el razonamiento. Cfr. ATIENZA, M., “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *op. cit.*, p. 222.

etc.¹⁵⁴². Como explica Atienza, las fuentes del derecho señalan dónde puede ser encontrado este, y por tanto de dónde puede partir la argumentación jurídica¹⁵⁴³. Cuanto más abierta sea la concepción que tengamos de las fuentes del derecho (la cual dependerá también de la concepción del derecho que se tenga) más tópicos, en sentido aristotélico, habrá para desarrollar una argumentación más completa.

La idea de ver la argumentación jurídica como una teoría de las premisas, y no de la inferencia, es decir, del encadenamiento correcto de premisas, está claramente puesta de manifiesto en la obra de Viehweg que considera la tópica no como un *ars iudicandi*, una técnica del juicio, del paso de las premisas a la conclusión, sino como un *ars inveniendi*, una técnica para hallar las premisas¹⁵⁴⁴. Quien puede hallar esas premisas son los científicos de cada ciencia y Toulmin nos aclara que la condiciones de “relevancia” de los argumentos muy raras veces pertenecen al ámbito de lo general de tal modo que puedan ser aplicadas a todo tipo de argumento sin más¹⁵⁴⁵.

Por ello, para fijar la relevancia o pertinencia de los argumentos usados o de la argumentación o general, tenemos que acudir, como lo propone Atienza, a la concepción pragmática de la argumentación que parte de premisas materiales que “de alguna forma *socializa*”. Es decir, se parten de premisas que son aceptadas por otros y que, por ello, pueden servir como base de un “proceso retórico o dialéctico” (es decir, de una argumentación). Esa aceptación vendrá dada por la consistencia o adecuación del producto de la argumentación de un individuo (su decisión o creencia) “con ciertas normas o valores o ciertos datos de la experiencia”. De ahí que tengan peso las concepciones dialógicas, esto es, “las que consideran que el diálogo es el mejor

¹⁵⁴² Cfr. ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 182.

¹⁵⁴³ *Ibid.*, p. 41. Es interesante resaltar que, para Hernández Marín, los trabajos que han abordado la problemática de la argumentación (o del razonamiento) jurídica no han sabido distinguir (o directamente no se han preocupado de hacerlo) entre el razonamiento o argumento propiamente “jurídico” del que no es “jurídico”. Así concluye el autor que el adjetivo “jurídico”, para la mayoría de juristas, indica que el razonamiento o argumentación en cuestión se refiere a un “asunto jurídico”. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., “El control de la actividad judicial y las teorías jurídicas actuales”, *op. cit.*, p. 130. Añadimos que por “asunto jurídico” podemos entender “problema jurídico” como lo hará más abiertamente la tópica jurídica.

¹⁵⁴⁴ Cfr. ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 183.

¹⁵⁴⁵ Cfr. TOULMIN, STEPHEN, ALLAN JANIK y RICHARD RIEKE, *An introducing to reasoning*, MacMillan, Nueva York, 1984, p. 117. Cfr. ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación...*, *op. cit.*, p. 186. Recordamos que Aristóteles es de la opinión que la “elección” de las premisas no es parte de la retórica. Cfr. ARISTÓTELES, *Retórica*, Alianza, Madrid, 2002, pp. 59, 63, 67. Respecto del derecho parece que la única disciplina capacitada para encontrar las premisas y por tanto fundamentarlas es el derecho natural.

procedimiento para establecer la verdad de las creencias o la corrección de las decisiones y de las acciones”¹⁵⁴⁶.

Así, según García Amado, las llamadas teorías de la argumentación jurídica u “orientación argumentativa de la metodología jurídica” pondrá su atención en el problema de la racionalidad de la decisión jurídica llegando a la conclusión que su

¹⁵⁴⁶ Cfr. ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación...*, op. cit., pp. 256-257. Según Atienza, “los valores son objetos de acuerdo relativos a lo preferible y un determinado auditorio admitirá ciertos valores estableciendo una jerarquía entre ellos”. Para jerarquizarlos acudirá a premisas de orden muy general, esto es, a tópicos. Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, op. cit., p. 71. Y añade Perelman que como es imposible presentar la totalidad de los elementos que sirven de base para los argumentos que aducimos, debemos seleccionar cuales queremos usar y cuales damos por supuestos y admitidos por el interlocutor. Cfr. PERELMAN, CHAÏM y LUCIE OLBRECHT-TYTECA, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, traducción de Julia Sevilla Muñoz Gredos, Madrid, 1989, p. 72. Y “lo más frecuente será que exista acuerdo sobre el punto de partida de la argumentación y no sobre las conclusiones hacia las cuales tiende el discurso”. Cfr. PERELMAN, C., *la lógica jurídica y la nueva retórica*, traducción de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1979, pp. 165-166. Cfr. MONTORO BALLESTEROS, MANUEL ALBERTO, *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1986, p. 66. Desde luego esta visión del “auditorio”, del “interlocutor” como elemento de base de la argumentación, desvirtúa la propia tarea justificadora ya que esta necesita explicitar los argumentos “presuntamente” admitidos por el auditorio-interlocutor (que constituirían como una moralidad social) y justificarlos en base a la problemática y a los sistemas normativos de aplicación (que pueden responder a criterios no necesariamente reconocidos por el auditorio-interlocutor, sin perjuicio de que puedan ser reconocidos por una auditorio-interlocutor y tras un discurso desarrollado en condiciones ideales). Sigue existiendo el problema de quien debemos considerar como “auditorio”, ya que si “el razonamiento dialéctico presupone un auditorio cualificado (a diferencia del razonamiento retórico), de especialistas, toda vez que dicho razonamiento parte de las opiniones de los entendidos” (Cfr. MONTORO BALLESTEROS, M. A., *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*, op. cit., p. 67) entonces la argumentación jurídica va destinada a los juristas (y jueces) y por tanto el auditorio universal está en la justicia y demás valores y fines del derecho (positivo y natural). Si concebimos la argumentación jurídica como una actividad destinada a la “persuasión” sobre la pertinencia de una tesis partiendo de unos “tópicos” invariablemente aceptados, realmente destruimos el proceso dialéctico de “búsqueda” de una solución. Si concebimos el derecho como esencialmente problemático y necesitado de un “sistema justificatorio” que sólo puede construirse plenamente por vía de un proceso argumentativo, entonces, la solución jurídica encuentra su justificación una vez finalizado el proceso argumentativo, que es entonces justificatorio-constructivo y no justificatorio-deductivo como parece derivarse de la teoría de la argumentación basada en tópicos aceptados por el auditorio. Esta visión justificatoria-deductiva supone una “justificación jurídica” débil al dar por válidos (y por tanto justificados *per se*) los argumentos aducidos (argumentos legales, etc.) por el simple hecho de guardar una conexión lógica con la tesis que se defiende y que por su número y disposición en la argumentación en un conjunto crean la “convicción” de su adecuación a los tópicos aceptados por el auditorio. En otras palabras, se justifica el argumentario pero no la premisa (el tópico, la ley, etc.). La justificación entonces, se convierte en un proceso de verificación de la adecuación silogística entre la tesis que funciona como premisa menor del argumento en su conjunto y de los argumentos que se “deducen” de la premisa mayor (tópicos aceptados por el auditorio). Operando de este modo, entramos en un impase justificatorio en el que por un lado justificamos la adecuación de una tesis con unos tópicos que a su vez requieren ser justificados como aplicables y aceptables, en este caso, para el auditorio. No obstante, en un proceso de justificación - constructivo, la solución se obtiene necesariamente como resultado de una construcción argumentativa *ad hoc*, que no puede proceder principalmente con presunciones (o razones implícitas), es decir, partiendo de tópicos no justificados como aceptables por el auditorio y debe partir sólo de la tesis (problema) y de su naturaleza intrínseca. El mayor o menor logro de la justificación - constructiva dependerá del grado de problemática que estemos dispuestos a asumir a la hora de abordar un asunto y del número de presunciones y tópicos que estemos dispuestos a alegar para fundamentar y/o desacreditar nuestra tesis.

solución se encuentra en la argumentación entendida como intercambio de razones y justificaciones entre sujetos que buscan una solución jurídica que resulte racional para el grupo social en el que va a ser aplicada la decisión jurídica ¹⁵⁴⁷.

En definitiva, no podemos arriesgarnos a atribuir a las teorías de la argumentación jurídica un papel tan esencial que acabe por reducir la jurisprudencia a una dogmática compuesta exclusivamente por las reglas y principios de la argumentación, es decir, por las reglas del diálogo ¹⁵⁴⁸. La argumentación jurídica facilitará la labor de la jurisprudencia al otorgarle herramientas cognoscitivas nuevas sobre el derecho y permite así, junto con el resto de la doctrina, perfeccionar su método ¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴⁷ Las razones que serán usadas por las partes en “ese proceso dialógico” pueden encontrar sus fuentes en la tópica. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, op. cit., pp. 312-313, 315.

¹⁵⁴⁸ Esto último parece improbable dado la necesidad, como mínimo, de la labor descriptiva y sistemático-conceptual. Otra cosa distinta es el método con el que se realicen esas labores, y ahí, sí que la argumentación jurídica puede aportar nuevas perspectivas.

¹⁵⁴⁹ En cuanto a nuestros tribunales españoles, podemos ver el uso de las reglas de la lógica y de la concepción que estos tienen de la argumentación jurídica. Según jurisprudencia asentada, “*la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano*”. (STS núm. 797/2015 de 24 de Noviembre de 2015, la reciente STS de 28 de mayo de 2015 (núm. 318/2015), o las de 22 de octubre de 2014 (núm. 720/2014), núm. 444/2014, de 9 de junio , núm. 359/2014, o más antiguas de 30 de abril , núm. 433/2013 de 29 de Mayo , núm. 533/2013, de 25 de junio , 25 de enero de 2001 (núm.1980/2000), 12 de mayo (núm. 649/1998), 14 de mayo (núm. 584/1998) y 22 de junio (núm. 861/1998) de 1998 , 26 de febrero (núm. 269/1999), 10 de junio (núm. 435/1999) y 26 de noviembre (núm. 1654/1999) de 1999 , 1 de febrero (núm. 83/2000), 9 de febrero (núm. 141/2000), 14 de febrero (núm. 171/2000), 1 de marzo (núm. 363/2000), 24 de abril (núm. 728/2000), y 12 de diciembre (núm. 1911/2000) de 2000.)

Como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia Murray contra el Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación “reclamada” por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, **por un simple razonamiento de sentido común**, de que no existe explicación alternativa alguna.

“*El control de constitucionalidad de la **racionalidad** y **solidez** de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de **su lógica o cohesión** (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan **naturalmente** a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa)*” (STC 229/2003, de 18 de diciembre , FJ 4). La STC 15/2014, de 30 de enero, afirma que nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un **control externo**, de modo que “*el juicio de amparo constitucional versa acerca de la **razonabilidad del nexo** establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo*” (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3). Por otro lado, afirma que “*entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acacimiento alternativo de los hechos*” (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13). E, igualmente, en la STC 1/2009, de 12 de enero, se establece que nuestro parámetro de control “*respetuoso con el*

ámbito reservado a la jurisdicción ordinaria en orden a la fijación de los hechos, sólo considera insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable” (STC 123/2006, de 24 de abril, FJ 5).

El razonamiento en sí es una motivación (según nuestro Tribunal Constitucional). Véase para una mayor discusión a este respecto con ejemplo de jurisprudencia constitucional a HERNÁNDEZ MARÍN, R., “El control de la actividad judicial y las teorías jurídicas actuales”, *op.cit.*, p. 128.

Podemos ver, en una ojeada, la doctrina actual asentada por nuestros altos Tribunales (Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) sobre el razonamiento jurídico y la argumentación jurídica.

La doctrina de nuestro Tribunal constitucional sobre argumentación dista mucho de ser exhaustiva. A tenor de esa doctrina, corresponde a este Tribunal “*la comprobación de la relación directa y manifiesta existente entre la norma que el Juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica conducente a éste*” (STC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2, y STC 155/2001, de 2 de julio, FJ 5). Esta declaración, sin mayores aclaraciones, parece remitir a la aplicación del silogismo subsuntivo.

“*La función de este Tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él. Es a los órganos judiciales a quien corresponde con carácter exclusivo la adopción de las pertinentes resoluciones que sean consecuencia del proceso de selección e interpretación de la norma aplicable, sin más límites que el carácter manifiestamente irrazonable, arbitrario o incluso error patente de la interpretación y aplicación de las normas llevada a cabo por los Jueces y Tribunales ordinarios*” (STC 51/2007, de 12 de marzo, FJ 3, igualmente, SSTC 148/1994, de 12 de mayo; 117/1996, de 25 de junio; 58/1997, de 18 de marzo; 68/1998, de 30 de marzo, y 238/1998, de 15 de diciembre, entre otras).

Por último, y a mayor abundamiento, traemos a colación otras Sentencias en la que se expone la misma doctrina que entiende la argumentación desde un punto de vista exclusivamente formal-logicista (cuando el propio Tribunal reconoce la existencia de “razones formales” y “materiales”, como cuando expone que: “(...) El Juez decidió, por lo tanto, **sin expresar razones formales ni materiales**, y limitándose a manifestar lo que constituye una simple expresión de su voluntad (SSTC 51/1982, de 19 de julio, FJ 3, y 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4)”, y, sin embargo, no enjuicia “la materialidad”) y, el propio Tribunal reconoce que aceptar como motivaciones y razonamientos válidos aquellos cuyas premisas resultan inexistentes sería pecar de formalismo. En realidad, aceptarlos sería dar carta abierta a la arbitrariedad e incluso a lo absurdo (aceptar premisas inexistentes), El Tribunal, igualmente, enjuicia como “inexistentes” aquellos razonamientos arbitrarios o irrazonables: “(...) *en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad debe tenerse por inexistente. Pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquéllas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (...)*” (STC 248/2006, de 24 de julio, fundamento 5)

La analogía como método integrador del derecho, usa de procedimientos lógicos. La lógica está presente desde luego en la obtención de la norma resultante de la aplicación del método analógico pero la identificación de las premisas fundamentales a usar para proceder a una concreta analogía requiere un método particular (primero es necesario analizar las razones de orden moral, económico, histórico, etc. que se encuentran subyacentes a la regla así como estudiar el contexto social y las circunstancias particulares de los hechos) que permita justificar el contenido normativo de la regla que se va a tomar como regla base para la analogía y, de este modo, que, la regla resultante pueda entenderse como norma “deducida” (o al menos vinculada) de la anterior. Por lo tanto, proceder a enjuiciar una concreta analogía conlleva necesariamente el análisis de la regla base, con el fin de averiguar la *ratio* completa de la regla que servirá de fundamento legitimador a la regla resultante, y no un mero juicio lógico. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional entiende que: “(...) *la analogía como medio de integración normativa es un método o procedimiento delicado, pues en definitiva no es más que el uso de un argumento lógico, habrá que exigirse en su aplicación, por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo*” (STC 148/1988, de 14 de julio, FJ 5). Igualmente, se establece que no puede entenderse una resolución fundada en derecho aquella que se limita a la “*mera cita de un precepto legal*”

cualquiera” o cuando se resuelve “*con arreglo a una norma que con toda evidencia no contempla en absoluto el supuesto de hecho*” (STC 126/1994, de 25 de abril, FJ 6).

Según el Tribunal Constitucional, enjuiciar el procedimiento analógico es enjuiciar su ilación lógica y comprobar que las premisas de las que parte existen (lo que no es incorrecto). “Pero lo que sí entra en el campo de nuestro control, desde la óptica del derecho constitucional a obtener una resolución jurídicamente fundada (art. 24.1 CE), es apreciar **si esa operación analógica parte en su caso de “premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas** de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas” (STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4); así como la propia ponderación de los resultados a que conduce dicho criterio judicial, en orden a velar por un tratamiento igualitario de las partes dentro del proceso” (STC 182/2011, de 21 de noviembre, fundamento jurídico 4). Así, sólo se pide a la analogía partir de premisas “existentes” y obtener la regla resultante por medio de desarrollos lógicos.

La doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre la interpretación reconoce la posibilidad de aplicación de varios métodos interpretativos y por ello la posible existencia de varias soluciones en derecho: “*El hecho de que sean posibles diferentes soluciones en Derecho permite considerar como razonada y razonable la decisión adoptada por la resolución recurrida, que ha optado por uno de los posibles enfoques (compartido posteriormente por la propia recurrente), convirtiendo la discrepancia en una cuestión de interpretación jurídica*” (STC 42/2006, de 13 de febrero, fundamento jurídico 6).

Nuestro Tribunal Supremo es un poco más explícito y en las STS 292/2011, de 2 de mayo, reiterando la STS 559/2010, de 21 de septiembre y STS 480/2010, de 13 de julio, declara que “[...] *la función de interpretación de los contratos corresponde a los Tribunales de instancia y tal interpretación ha de ser mantenida en casación salvo que su resultado se muestre ilógico, absurdo o manifiestamente contrario a las normas que la disciplina [...]*n. (...) *No se pueden considerar infringidas las normas legales sobre interpretación de los contratos cuando, lejos de combatirse una labor hermenéutica abiertamente contraria a lo dispuesto en dichas normas o al derecho a la tutela judicial, el recurrente se limita a justificar el desacierto de la apreciación realizada por el tribunal de instancia, con exclusivo propósito de sustituir una hipotética interpretación dudosa por sus propias conclusiones al respecto. El único objeto de discusión a través del recurso de casación sobre la interpretación contractual, no se refiere a lo oportuno o conveniente, sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico. Por ello salvo en estos casos, prevalecerá el criterio del tribunal de instancia aunque la interpretación contenida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud*” (SSTS, entre otras, de 20 de marzo de 2009 [RC n.º 128/2004], 19 de diciembre de 2009 [RC n.º 2790/1999]), 1 de abril de 2015 [RC n.º 996/2013] y 30 de diciembre de 2015 [RC n.º 2241/2013].

El Tribunal Supremo, al igual que el Tribunal Constitucional, reconoce la posibilidad (ya que esta formalmente existe) de poder emplear distintos métodos interpretativos y por tanto poder llegar a distintas soluciones jurídicas. No obstante, es discutible que de entre todas las soluciones posibles, todas sean “igualmente válidas” y no existan criterios que hagan “más conforme a derecho” el uso de un determinado método en un determinado caso. Esto, desde luego, no implicaría una intromisión ilegítima en la independencia judicial sino la construcción de un criterio de justicia-prudencia sobre las pautas relativas al uso “correcto en derecho”, en cada caso, de cada método.

El modo de operar de los altos Tribunales a la hora de fijar su doctrina consiste en la reiteración de un párrafo (normalmente no muy extenso) que expone un razonamiento que contiene unas cuantas razones y una conclusión, al estilo de un *aforismo razonado*. Dicho aforismo puede ser usado como argumento o parte de un argumento, pero necesita de un supuesto de hecho y de condiciones de aplicación para convertirse en una regla y poder tener plenos efectos como precedente. El papel de la jurisprudencia positiva no se sale de la determinación genérica del sentido de determinadas disposiciones normativas ya positivadas o la creación de nuevas disposiciones normativas (determinadas genéricamente) sobre las ya existentes (procedimiento analógico). Por lo que la jurisprudencia positiva realiza el concepto de “justicia general” que necesita ser concretado, de nuevo, en el ámbito más específico de la “justicia particular”, pero para eso, se necesita averiguar primero las condiciones de aplicación de las disposiciones normativas generales, y ello es, tal vez, la tarea más ardua relativa a la interpretación y responde, en mayor grado, al concepto de *ratio decidendi*. Es más, en la práctica nos podemos encontrar con que el fallo de una sentencia se entienda como *ratio decidendi* de los hechos del caso, sin prestar excesiva atención a los fundamentos de derecho. Siendo en este caso el fallo vinculante respecto de cualquier hecho análogo a los hechos del caso. En este caso, hablar de precedente resulta excesivo ya que sólo existe precedente en

4.1. La lógica jurídica y el silogismo judicial

Para Bobbio, la lógica jurídica puede entenderse como el estudio de la lógica de las proposiciones normativas o como estudio de los razonamientos de los juristas ¹⁵⁵⁰. Si tuviéramos que aventurar una definición de lógica, siguiendo a Montoro Ballesteros, podríamos afirmar que las leyes de la lógica “expresan las relaciones que existen entre entes de razón”, ya que la lógica “sólo estudia las relaciones formales entre proposiciones con valor lógico” (de allí la conocida como “lógica formal”) y es deductiva ¹⁵⁵¹. La lógica interviene como disciplina formal encargada de proporcionar una parte de la racionalidad total de un razonamiento. Sus principios y su método tratan

cuanto a hechos (por analogía de los hechos) pero no existe precedente *en cuanto a derecho* (por analogía de las condiciones de aplicación de la regla). De ahí que, dentro del proceso de la argumentación, el precedente *en cuanto a hechos* sólo debe usarse como argumento de respaldo o de apoyo a la conclusión jurídica argumentada a la que podemos llegar, pero no constituye en sí un argumento ni necesario ni suficiente para entender justificada jurídicamente la conclusión. Por lo que el único precedente que puede servir de premisa de una argumentación nunca se encontrará en los antecedentes de hecho de la Sentencia o en su fallo, sino en las razones (explícitas o implícitas) que le han llevado a valorar la prueba del modo en que lo ha hecho. Así, el Tribunal se encuentra con el problema de “la necesidad de construir la generalización del predicado fáctico” hasta convertirse en un supuesto de hecho similar al de una regla jurídica (Sobre la base de SCHAUER, F., “Playing by the rules”, *Clarendon Press*, 1991, pp. 245-248) la cual encontraría su razón de ser en el precedente *en cuanto a derecho*. Lo que nos lleva a sostener que traer a colación una jurisprudencia en base a hechos similares, nos obliga, si queremos que sirva de precedente, a tener que aportar precedentes “en cuanto a derecho” con doctrina reiterada y aportar argumentos jurídicos contenidos en las Sentencias que queremos que actúen como precedente, pero estos son, en su mayoría, argumentos justificativos y aplicativos de reglas jurídicas a un caso concreto, por lo que su justificación para el nuevo caso dependerá de su funcionalidad como argumento por analogía, es decir, de la adecuación de las condiciones de aplicación de la regla jurídica con el hecho nuevo. Ante supuestos de hecho similares, aplicamos argumentos jurídicos similares, es decir, aplicamos un discurso jurídico similar, lo que plantea una seria dificultad metodológica por tener que averiguar, no ya la *ratio legis* sino la *ratio argumentativa*, que no puede ser otra cosa que la corrección formal y material del argumento. El precedente es entonces el conjunto de argumentos usados que se encuentran conjuntamente en los hechos del caso y en las condiciones de aplicación de la regla jurídica y que van a ser aplicados a un nuevo caso. Dado que los hechos del caso sólo pueden presentar “ciertas notas” o “similitudes” con otros casos y que las condiciones de aplicación de una regla son también plurales, no podemos hablar, en puridad, de unos precedentes que permitan ser aplicados por completo a nuevos casos sin ningún matiz. Para concluir, podemos afirmar que la jurisprudencia no explica de manera adecuada el uso de criterios esenciales a la hora de aplicar el derecho, ya sean métodos de interpretación, el método analógico, el método de la argumentación jurídica o del precedente. Todo ello si queremos hacer un uso racional de la jurisprudencia positiva más allá del peso que pueda tener como *argumentum ab auctoritate*, debemos incluirla dentro de una disciplina más general que permita fundamentar sus aserciones y sus métodos. Dicha fundamentación, no perteneciendo ya ni al derecho legal, ni a la jurisprudencia positiva, sólo puede encontrarse en el derecho natural (o la ciencia del derecho entendida según Gény).

¹⁵⁵⁰ Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, op. cit., p. 31.

¹⁵⁵¹ Cfr. MONTORO BALLESTEROS, M. A., *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*, op. cit., p. 49.

de fijar el procedimiento adecuado para asegurar la conclusión formalmente válida de un razonamiento sin referirse a su contenido ¹⁵⁵².

En todo caso, la lógica jurídica no se reduce necesariamente a “lógica deductiva” y la consideración de la lógica jurídica como necesaria para el derecho no supone admitir una aplicación “mecanicista” del derecho ¹⁵⁵³. Interesarse por los estudios de lógica jurídica no implica adoptar una concepción del derecho como forma exenta de contenido o como “sistema racional hipotético deductivo” ¹⁵⁵⁴. Es importante partir de la idea de que el concepto de lógica jurídica puede ser entendido de varias maneras. Podemos entender “lógica jurídica” como una lógica del derecho en sí (un sistema de normas jerarquizado) o puede ser entendida como una lógica aplicada a comprender el “ente” derecho y sus partes ¹⁵⁵⁵. De todos modos, hay que distinguir dentro de la lógica del derecho, por un lado, una lógica de las normas destinada al estudio de la “estructura formal de las normas en tanto que proposiciones normativas” y, por otro lado, una lógica de los sistemas normativos, es decir, el estudio de la singular relación existente entre las normas que forman el llamado ordenamiento jurídico ¹⁵⁵⁶.

Como reconoce muy bien Montoro Ballesteros, la conclusión más notoria a la que haya llegado la lógica jurídica es aquella por la que se distingue la “forma” de la “materia” en el razonamiento lógico, ya que no debe confundirse la “validez lógica” de un razonamiento (su estructura y su forma) con la veracidad del mismo (su materia o contenido) ¹⁵⁵⁷.

La lógica material se ocupa también de la materia “estudiando de un modo lógico cómo ha de ser la materia para que, con el concurso de la forma adecuada, se

¹⁵⁵² Si queremos adentrarnos en la corrección material de las conclusiones entonces nos adentramos en el pensamiento investigador de la teoría tópica del derecho (llamado cetética por Tammelo). Así la tópica y la retórica tienen como objetivo mostrar la racionalidad y “aceptabilidad” de los juicios de valor contruidos con la lógica. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, op. cit., pp. 185-187. Basado en obras de Ilmar Tammelo.

¹⁵⁵³ *Ibid.*, p. 189. El propio Kelsen concibe el derecho como un sistema lógico, pero no lo reduce a una simple lógica deductiva como explica Bobbio. Cfr. BOBBIO, N., *Derecho y lógica*, México, traducción de Alejandro Rossi, Unam, México, 1965, p. 19.

¹⁵⁵⁴ Cfr. BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, op. cit., p. 32.

¹⁵⁵⁵ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, op. cit., p. 188.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 209.

¹⁵⁵⁷ Cfr. MONTORO BALLESTEROS, M. A., *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*, op. cit., p. 47

llegue a una conclusión científicamente verdadera”¹⁵⁵⁸. No obstante, en Aristóteles, aunque la retórica haga uso tanto de la lógica formal como de la lógica material, el valor de las conclusiones obtenidas no es científico por ser la retórica una disciplina que trata de cosas “probables” donde existe diversidad de opiniones¹⁵⁵⁹. Villey afirmará que el “instrumento intelectual para la búsqueda y determinación de lo justo no es la demostración científica, que se sirve de la lógica formal, sino la retórica”¹⁵⁶⁰.

Por lo que, como concluye Kalinowski, “los criterios últimos que conducen e impulsan el razonamiento jurídico, a través de la argumentación retórico-dialéctica, para llegar a una solución razonable, justa y equitativa” ya no pertenecen a la lógica sino a la ética, más concretamente, a la virtud de la prudencia¹⁵⁶¹. Con esto se pretende señalar la limitada utilidad de la lógica deóntica estrictamente formal dentro de la problemática práctica de resolución de conflictos jurídicos.

Como indica Puy Muñoz, una de las consecuencias prácticas de la lógica jurídica se encuentra en el pensamiento jurídico. Este comprende, como una característica específica suya, la consideración de la norma general y del caso concreto, de ahí que el pensamiento inductivo (pasar de lo concreto a lo general, usando también el razonamiento por ejemplos o analogía) y el pensamiento silogístico (que pasa de lo general (premisas) a lo particular (conclusión) ya sea por un razonamiento necesario (silogismo deductivo) como por un razonamiento probable (silogismo dialéctico) son

¹⁵⁵⁸ La lógica material se corresponde con el “silogismo demostrativo” de Aristóteles que engendra la ciencia porque su conclusión es verdadera. *Ibid.*, p. 51. García Amado, aclara que la construcción de un sistema axiomático para el derecho no agota todas las posibilidades del mismo ni pretende ofrecer al derecho el contenido propio de las decisiones jurídicas y su fundamentación material. En la época del iusnaturalismo racionalista los axiomas adoptados respondían a un “postulado filosófico” y no a la “inteligencia de la estructura interna del sistema de derecho positivo”. En la actualidad, es la estructura interna del sistema que va a determinar si una proposición puede entrar en un sistema como axioma o teorema y en ningún momento va a determinar la corrección de los axiomas o teoremas incorporados. Los axiomas del sistema pueden variar y sólo se pide que permanezcan inmutables dentro de un mismo “contexto de justificación”. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópic jurídica*, op. cit., pp. 216-219. Basado en obras de Jürgen Rödig.

¹⁵⁵⁹ Cfr. MONTORO BALLESTEROS, M. A., *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*, op. cit., p. 84.

¹⁵⁶⁰ Cfr. VILLEY, M., *Philosophie du droit*, Tomo II, Dalloz, 1979, p. 50. En otro sentido, García Amado advertirá que la lógica cumple también “una función retórica de legitimación de la decisión, mediante la persuasión que se deriva de su corrección formal”. Y más aún, la corrección formal suele “tender a desechar las dudas sobre la corrección material” aunque la lógica no indique nada sobre la corrección material Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópic jurídica*, op. cit., p. 196.

¹⁵⁶¹ Cfr. KALINOWSKI, GEORGES, *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*, traducción de Juan A. Casaubon, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1973, p. 169.

dos tipos de pensamientos fundamentales que dan cuenta de la actividad jurídica práctica ¹⁵⁶².

El silogismo es un proceder necesario en el pensamiento humano para pasar de una verdad a otra (o si queremos, de una premisa a una conclusión). El problema de tal proceder radica en la materia, no en su forma. Si la premisa es verdad, y el silogismo es correcto, la conclusión habrá de ser verdad y llamaremos al silogismo: demostrativo; si la premisa es sólo probable y la conclusión también, el silogismo se llamará dialéctico ¹⁵⁶³. Por lo que, las premisas que sirven de base para el silogismo dialéctico pueden originarse en un conocimiento “insuficiente de una realidad necesaria” o en el conocimiento de una “realidad contingente en su existencia”. En este último caso, no decimos que el conocimiento del objeto sea subjetivo, esto es, que dependa de la “estructura cognoscitiva” del sujeto, sino que puede referirse a un estado de cosas contingente del objeto o a su estructura contingente que puede ser conocida por muchos sujetos ¹⁵⁶⁴.

Vemos por tanto que la actividad silogística requiere de una fundamentación, ya no formalmente como proceder del pensamiento humano, sino para asegurarnos de la corrección material del resultado. En el derecho, se ha entendido tradicionalmente el silogismo desde el razonamiento subsuntivo, esto es, la necesidad de “cuadrar” determinados hechos en una disposición normativa. Según Atienza, tanto para Alexy, como para Dworkin, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno, por ello, su forma característica de aplicación es la “subsunción” ¹⁵⁶⁵ y tenemos que aceptar que: “la justificación de decisiones que implican el establecimiento de normas concretas

¹⁵⁶² Cfr. PUY MUÑOZ, FRANCISCO DE PAULA y PORTELA, JORGE GUILLERMO, *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, Santiago de Compostela, 2004, p. 192.

¹⁵⁶³ *Ibid.*, pp. 189-190.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 191.

¹⁵⁶⁵ Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, p. 204. Nos recuerda García Amado que la jurisprudencia de conceptos que encarna paradigmáticamente la conocida como teoría de la subsunción nunca ha concebido la lógica jurídica como una lógica formal y deductiva exclusivamente. Así la subsunción (para esa teoría y por tanto para la jurisprudencia de conceptos) tendría más que ver con la “ley de la causalidad” que con la “lógica” estrictamente hablando. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, *op. cit.*, p. 204.

teniendo que basarse en ciertas normas-premisas-preestablecidas, supone que al menos uno de los pasos de la justificación tiene que ser deductivo”¹⁵⁶⁶.

Primeramente, tendremos que preguntarnos por el reconocimiento de las premisas válidas para un razonamiento subsuntivo en derecho. La justificación de la consideración de enunciados jurídicos como premisa para el silogismo subsuntivo judicial es un tema, que, según Hernández Marín, no ha sido tratado por la literatura actual referida a la argumentación jurídica¹⁵⁶⁷. Pero en realidad más allá de la problemática de considerar el silogismo subsuntivo como método adecuado o no para la aplicación del derecho, la cuestión de la justificación de los enunciados jurídicos como parte del proceso de justificación externa de las decisiones judiciales (y jurídicas en general cuando requieren motivación) remite a la pregunta por el concepto de derecho y al problema de la validez¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶⁶ Cfr. ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación...*, *op. cit.*, p. 27. MacCormick no es de la opinión que la interpretación de la norma o la calificación de los hechos y la solución puedan obtenerse por vía de la simple lógica deductiva (Cfr. MacCormick, Neil, “Legal reasoning and legal theory”, *Oxford University press*, 1978, p. 197.) Nos recuerda García Amado que resulta fundamental distinguir en el silogismo jurídico “el aspecto propiamente lógico del mismo y los elementos no lógicos” que se le vinculan ya sea de modo expreso o tácito. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópic jurídica*, *op. cit.*, p. 201. No podemos negar la necesidad del cumplimiento de la llamada justificación interna de todo razonamiento subsuntivo ya que “se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas” y para ello, será necesario optar por explicitar el mayor número posible de pasos de desarrollo con el fin de dotar de mayor justificación lógica a la decisión jurídica. Ahora bien, más allá del cumplimiento de las normas lógicas en el desarrollo argumentativo que impone la exigencia de justificación interna, nos encontramos con premisas, cuyo peso es relevante, pero que “no pueden ser deducidas de ninguna ley”, no forman parte del derecho positivo. Dichas premisas quedan “encubiertas” por la justificación lógica (o interna) de la argumentación que sólo se pone de relieve cuando se procede al estudio analítico o estructural de la argumentación, de ahí, la necesidad de que el decisor explicita con precisión todos los pasos (o al menos la mayoría) que conforman la decisión. La justificación de las premisas “no extraídas del derecho positivo” viene dada por la llamada justificación externa (la justificación de la corrección o no de las premisas usadas en la justificación interna). Cfr. ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1997, p. 220.

¹⁵⁶⁷ Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., “Relaciones entre la aplicación de los enunciados jurídicos y la motivación de las decisiones judiciales”, en ALARCÓN CABRERA, C., y VIGO, R. L., *Interpretación y argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 251. Es interesante estudiar el peso que en el silogismo judicial juegan todas las partes, tanto el juez como los abogados. Como bien dice M. Pastoret lamentándose en una carta sobre la elocuencia judicial dirigida a Lacreteille: “¿No se verá obligado, cuando [el juez] dé su opinión, a descartar todo ese aparato, y reducir el caso al simple silogismo que el abogado debería haberle presentado? Este laconismo parece espantoso; pero ¿cómo hacemos nosotros [los abogados] en los juicios de los que somos relatores? Una exposición simple de los hechos, un frío análisis de los argumentos, el texto de la ley recordado, he ahí hasta dónde llega nuestro ministerio”. LACRETELLE, P. L., *op. cit.*, p. 51.

¹⁵⁶⁸ Según Atienza, para Alexy, la justificación externa (justificación de las premisas) se basa en aducir reglas de derecho positivo válidas según los criterios de validez del sistema positivo y enunciados empíricos (que se justifican de acuerdo con los métodos de las ciencias empíricas, las máximas de la presunción racional y las reglas procesales de la carga de la prueba). Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, p. 195.

Justificar la aplicación de un enunciado como jurídico, es pretender que cumple las exigencias de validez para integrar el derecho (y dicha “validez” dependerá de la concreta teoría del derecho que el aplicador quiera asumir). Si, por ejemplo, identificamos el derecho con la ley aceptamos una determinada concepción de la aplicación del derecho, y, por consiguiente, del método aplicativo e interpretativo, una determinada “doctrina del método jurídico”, que se reduce a aplicar el derecho de forma silogística y subsuntiva ¹⁵⁶⁹.

Para Alchourrón y Bulygin, así como Raz, los enunciados normativos se configuran como reglas perfectamente identificables por sus condiciones de aplicabilidad. En este contexto, la argumentación jurídica consistiría en la delimitación del contenido del derecho por vía de la validación fáctica (para Raz) de los enunciados normativos. Se trataría de reconocer “las condiciones de verdad de los enunciados que afirman la existencia de normas jurídica válidas”. Esas “condiciones de verdad” se encuentran en “las premisas fácticas verdaderas, sin tener que acudir a argumentos morales” esto es, los enunciados normativos positivados *ex ante* la decisión jurídica. Esto reduce drásticamente el ámbito de la argumentación jurídica a la mera exposición de un silogismo subsuntivo con una premisa mayor normativa que ha sido probada por su existencia fáctica ¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁹ Cfr. ROBLES MORCHÓN, GREGORIO, “La filosofía del derecho de Arthur Kaufmann”, *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, volumen 47, 2002, p. 175. M. Pastoret hablando de los jueces en una carta sobre la elocuencia dirigida a Lacreteille, nos muestra brevemente la realidad del funcionamiento judicial excesivamente centrado en una forma de hacer jurisprudencia poco explícita y fecunda, preguntándose si el juez, cuando dé su opinión, debe limitarse a reducir la causa al simple silogismo, presentado por las partes, y que se compone de “una simple exposición de los hechos, un frío análisis de los medios, el texto de la ley recordado”. Cfr. LACRETELLE, P. L., *op. cit.*, p. 51.

¹⁵⁷⁰ Es más, recuerda el autor que, según Raz, las normas jurídicas que establecen regulaciones tienen como finalidad ahorrarse los costes de deliberación sobre las razones o fines de la norma ya que en cuanto se introducen principios en el razonamiento se debe acudir a un proceso deliberativo para obtener un resultado concluyente”. Cfr. RUIZ MANERO, JUAN, “Algunas Concepciones del Derecho y sus lagunas”, en ALARCÓN CABRERA, C., y VIGO, R. L., *Interpretación y argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 416-426, 431. La “coherencia normativa” es fundamental para justificar las decisiones jurídicas (porque presupone que el derecho es una empresa racional y porque asume la noción de universalidad y de seguridad jurídica) y es una cuestión de grado (mayor o menor coherencia) aunque puedan, dentro del sistema, existir normas inconsistentes (esto es, contradictoria entre sí). Nos recuerda Atienza que para MacCormick: “una serie de normas, o una norma es *coherente* si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o de valores, que a su vez resulten aceptables, en el sentido de que configuren una forma de vida satisfactoria”. Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 133-145. Podríamos entonces aceptar la idea de un procedimiento subsuntivo tripartita como sigue: principio - norma - caso particular. A este respecto podemos traer a colación la teoría de Toulmin, que sostiene que existen razones que se aducen para llegar a una conclusión y dichas razones deben ir apoyadas por un

Pensamos que, si bien podemos identificar una regla por sus condiciones de aplicabilidad, estas no son suficientes para calificar la norma como aplicable al caso. Es más, para Kaufmann, el binomio idea jurídica - norma jurídica que estipula la necesidad de que la decisión jurídica se base tanto en una norma jurídica como en una idea jurídica no es suficiente para justificar la decisión ¹⁵⁷¹.

Nace entonces el problema del discurso jurídico y de su consideración como discurso lógico (exclusivamente lógico o no) y de la estructura de ese discurso. No cabe duda que la práctica judicial construye su discurso por medio de un silogismo. Este silogismo procede por subsunción. En cuanto al silogismo subsuntivo, tenemos, en primer lugar, los defensores del silogismo subsuntivo como forma estricta de aplicación del derecho en el que las premisas mayores vienen dadas por los concretos preceptos contenidos en leyes positivas promulgadas por el legislador. En un segundo lugar tenemos a los que reconocen el derecho como un sistema de normas estatales en el que el silogismo subsuntivo responde como método lógico de aplicación de ese sistema, pero al existir lagunas, el procedimiento subsuntivo quiebra en una ineludible arbitrariedad debido a la imposición del principio que reconoce la prohibición del *non*

“argumento de garantía” y este último por un argumento de “respaldo”. Los argumentos encuentran “respaldo” (esto es, su justificación según el modelo de Toulmin) último o final en el sentido común, cualquiera que sea el auditorio ya que “todos los seres humanos tienen similares necesidades y viven vidas similares (...) [por ello pueden] comprender métodos similares de razonamiento”, “cuando el respaldo para la garantía no contiene la información expresada en la conclusión, el enunciado “D, B, y por tanto, C” nunca será una tautología y el argumento será un argumento substancial”, que son los que se efectúan en la práctica. Cfr. TOULMIN, STEPHEN, ALLAN JANIK y RICHARD RIEKE, *An introducing to reasoning*, MacMillan, Nueva York, 1984, pp. 100-125. Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 109-113. Cuando argumentamos respecto del derecho (y no de los hechos) las razones (siguiendo el esquema de Toulmin) consistirán en los hechos probados, las normas y las citas de autoridades y precedentes. Los argumentos de “garantía” consistirán en normas de carácter general o principios jurídicos; y el argumento de “respaldo” consistirá en la vigencia de los principios (Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, p. 123). En realidad, a nuestro parecer, el argumento de “respaldo”, debe no sólo tratar las cuestiones de vigencia sino igualmente de validez y de eficacia, esto es, debe tratar y dar respuesta a las preguntas básicas de la Teoría del derecho. Como muy bien critica Atienza, la diferencia garantía/respaldo, no muestra nada nuevo que no se supiera desde Aristóteles, esto es, tratar a los enunciados deónticos como proposiciones normativas que necesitan de justificación externa (*Ibid.*, p. 126.). Habermas, hablando sobre la teoría de Toulmin, comenta el aspecto fundamental de las pretensiones de validez, que según él, son felizmente reconocidas por Toulmin cuando habla de “razones, garantías, y respaldos” y añade Habermas que dichas pretensiones se componen de enunciados normativos y evaluativos (entre otros) que se fundamentan, los primeros sobre la “aceptabilidad de acciones o normas de acciones”, y los segundos, sobre la demostración de la “preferabilidad” de unos valores sobre otros. Cfr. HABERMAS, JÜRGEN, *Teoría de la acción comunicativa*, traducción de M. Jiménez, Taurus, Madrid, 1987, pp. 62-65.

¹⁵⁷¹ Cfr. KAUFMANN, A., *Analogía y “naturaleza de la cosa”*. *Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, traducción de E. Barros, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, p. 49.

liquet. En un tercer lugar, están los que entienden que el silogismo subsuntivo debe ser superado para dar paso a un método no exclusivamente subsuntivo ¹⁵⁷².

Para Atienza al menos, el silogismo judicial no es exclusivamente subsuntivo (es decir que la conclusión no se obtiene por deducción de la premisa mayor y de la premisa menor) y responde a un razonamiento no deductivo debido a que la conclusión a la que llega el juez: “fallamos que debemos condenar y condenamos”, no tiene carácter necesario desde un punto de vista lógico. No obstante, el razonamiento no deductivo puede convertirse en razonamiento deductivo si añadimos premisas adecuadas (ya sea explícitamente o si las consideramos implícitamente recogidas en la argumentación) hasta convertir la conclusión en necesaria. Pero lo normal, en la argumentación judicial, es atender, en parte, a juicios de valor como razones explicativas de la decisión (y no justificatorias) para dar contenido a conceptos jurídicos indeterminados como la “peligrosidad del sujeto” o la “gravedad del hecho” ¹⁵⁷³. El problema radicaré entonces en justificar en derecho, y por tanto encontrar la legitimidad de todos aquellos argumentos que, no respondiendo a la lógica formal, se incorporan al proceso de razonamiento para orientarlo hacia una determinada conclusión.

Para Atienza, las teorías actuales de la argumentación jurídica (Alexy y MacCormick) pretenden mostrar no sólo cómo se justifican (o explican) las decisiones jurídicas sino también cómo deberían justificarse ¹⁵⁷⁴. La justificación (sobre todo

¹⁵⁷² En el caso de los escépticos, así como de los realistas: “el discurso jurídico justificativo en sentido estricto es imposible. Lo que existe es un discurso que esconde (deliberadamente o no) sus motivaciones reales. Y de ahí que lo único que tenga sentido propugnar sea la crítica a ese discurso pretendidamente justificativo (desvelar sus verdaderas motivaciones) o bien un uso persuasivo del mismo dirigido a la obtención de objetivos políticos o ideológicos”. Cfr. ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación...*, *op. cit.*, p. 52. En el caso en que aceptemos la existencia de la dimensión justificativa en las decisiones jurídicas y por tanto la necesidad de existencia de criterios objetivos y racionales que permitan servir de criterio justificador o en el caso en el que abogemos por el escepticismo jurídico que adhiere al escepticismo moral y a la ausencia de una dimensión axiológica propia en el derecho (sin perjuicio de que el jurista use el derecho como un instrumento para la consecución de ciertos fines o ideales políticos) el ejercicio del derecho recae siempre dentro de la esfera de unos principios superiores (reconocidos dentro del propio derecho positivo o no) que guían y controlan la actividad de los operadores.

¹⁵⁷³ Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, p. 41. Debemos aclarar que mientras que el silogismo subsuntivo procede por deducción (premisa mayor → premisa menor → conclusión), siendo la premisa mayor un enunciado jurídico positivo, la premisa menor se obtiene por un razonamiento dialéctico, es decir por un razonamiento inductivo para dar ciertos hechos como probados. Por lo que la cuestión que se plantea es saber hasta qué punto el silogismo judicial (por sus peculiaridades) no es, a la vez, un silogismo subsuntivo en el que la premisa menor se obtiene por razonamiento dialéctico y en el que la premisa mayor también debe obtenerse por vía de algún razonamiento.

¹⁵⁷⁴ Como explica Atienza respecto de las teorías de la argumentación jurídica: “los tres autores que pueden considerarse como precursores- en la década de los 50-de la actual teoría de la argumentación

judicial) se vuelve algo indispensable en sociedades pluralistas como la nuestra, donde la tradición no es ya más fuente de autoridad o legitimidad ¹⁵⁷⁵. Dado que reducir la argumentación jurídica a la lógica deductiva, esto es, a la lógica tradicional, no parece responder a las necesidades y exigencias del derecho moderno, una vía para solucionar dicho problemas “consistiría en construir una lógica de la relevancia” pero que no se aparte de la inferencia clásica sino que la restrinja “añadiéndole algún criterio que permita distinguir entre las consecuencias lógicas implicadas por un conjunto de premisas y aquellas que son relevantes de las irrelevantes” ¹⁵⁷⁶. Pero como muy bien observa Atienza, “los problemas de relevancia exigen (además de un tratamiento formal) la toma en consideración de los contenidos y del contexto de la argumentación”, esto es el enfoque material y pragmático de la argumentación que podría, indicar que una decisión siendo lógicamente relevante no es “relevante” desde el punto de vista del ordenamiento jurídico porque, por ejemplo, dicha norma no es válida ¹⁵⁷⁷. Más aún, nos dice Atienza que podemos considerar que “un argumento no-lógico en el sentido de no-deductivo, puede, sin embargo, ser un buen argumento” ¹⁵⁷⁸.

Las teorías de la argumentación jurídicas pueden verse como desarrollos modernos de la lógica jurídica ¹⁵⁷⁹. Afirma Kalinowski que tanto la lógica formal [o deductiva], la deóntica y la jurídica no son apenas útiles ni a los juristas teóricos ni a los juristas prácticos. Sólo la metalógica y la semiótica (la pragmática, la semántica y la

jurídica y que tienen en común precisamente el rechazo de la lógica formal deductiva como modelo sobre el que desarrollar esa teoría; me refiero a la tópica de Viehweg, la nueva retórica de Perelman y la lógica informal de Toulmin (...) las concepciones de MacCormick y de Alexy (...) vienen a configurar lo que podría llamarse teoría estándar (actual) de la argumentación jurídica”. Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 10-11.

¹⁵⁷⁵ Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁵⁷⁶ Cfr. MORESO, J. J., *Normas jurídicas y estructuras del derecho*, Fontamara, México, 1997, p. 118.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 142.

¹⁵⁷⁸ Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵⁷⁹ “la lógica jurídica, especialmente la judicial (...) se presenta, en conclusión, no como una lógica formal, sino como una argumentación que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión, y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad”. Cfr. PERELMAN, C., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, *op. cit.*, pp. 232-233. Es interesante, en este punto, resaltar, aunque venga sólo sugerido por Montero Ballesteros, el papel que el razonamiento (y por tanto la lógica y por extensión la argumentación jurídica) puede desempeñar en el derecho natural: “el razonamiento deductivo cabe, (...), en el ámbito del Derecho Natural, si bien su virtualidad es limitada. En el Derecho Natural, (...), predomina, (...), entre otros, el razonamiento retórico-dialéctico cuya finalidad...es la persuasión (entimema de Aristóteles, (...), que a partir de “premisas probables”, solo puede obtener “conclusiones probables”, no siendo instrumento de ciencia sino de “opinión”)”. Cfr. MONTORO BALLESTEROS, M. A., *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*, *op. cit.*, p. 21. Así, el problema de la lógica se plantea igualmente, no sólo como cuestión propia de la aplicación del derecho sino como cuestión ontológica.

sintáctica), surgida de ellas podrían ser útiles¹⁵⁸⁰. Resultaría que la lógica formal y material deberían dejar paso a una lógica de la relevancia (podemos pensar en una lógica de lo razonable) que aun así deberá ajustarse a una determinada idea de validez jurídica de los argumentos utilizados (principios, razones, etc.).

Por ello, según Montoro Ballesteros, Recasens Siches, nos habla de la “lógica de lo razonable o lógica de la acción humana” como el único método válido y adaptado a la específica naturaleza de lo humano, a diferencia de la lógica-formal, para solventar los problemas humanos, y, por ende, los problemas jurídicos¹⁵⁸¹.

Para Recasens Siches, el “logos de lo razonable o de lo humano” pretende superar los métodos interpretativos tradicionales (literal, histórico, etc.) (el autor considera como métodos interpretativos la interpretación consuetudinaria, incluso califica la analogía y la equidad como métodos interpretativos). Se trata de buscar una “solución satisfactoria” para expresar lo que “el orden jurídico considera como sentido de justicia”. Esa solución se obtiene por vía de un “juicio estimativo” o valorativo y no pro un simple juicio descriptivo que aplica la lógica tradicional (tanto la Aristotélica como la lógica moderna). Con ese “logos de lo razonable o de lo humano”, Recasens Siches pretende completar el método ya anunciado por Génny, por la jurisprudencia de intereses y por la escuela norteamericana de jurisprudencia sociológica. Ese logos de lo razonable responde a una razón vital e histórica y no a una razón de tipo matemática. En la búsqueda de soluciones jurídicas, intervendrá tanto la lógica tradicional como ese logos de lo razonable¹⁵⁸².

Génny no discute en ningún momento el papel fundamental de la lógica en el derecho¹⁵⁸³. Los procedimientos lógicos encuentran su utilidad tanto para aplicar las reglas jurídicas, para la interpretación de la voluntad legislativa o de los particulares, o incluso para interpretar principios obtenidos de la naturaleza de las cosas¹⁵⁸⁴. La lógica

¹⁵⁸⁰ Cfr. MONTORO BALLESTEROS, M. A., *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*, op. cit., p 116. Sobre la base de KALINOWSKI, GEORGES, *Introducción a la lógica jurídica*....

¹⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 84.

¹⁵⁸² Cfr. RECASENS SICHES, L., *Tratado general del Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 660-664.

¹⁵⁸³ Ya sabemos que Génny criticará de la lógica, la aplicación cuasi mecánica que de ella hace la escuela de la exégesis. Cfr. GÉNNY, F., *Méthode d'interprétation*..., Tomo II, op. cit., p. 231.

¹⁵⁸⁴ Cfr. GÉNNY, F., *Méthode d'interprétation*..., Tomo I, op. cit., p. 83. Es más, la lógica tiene como utilidad extraer la “esencia lógica” de los conceptos. Cfr. GÉNNY, F., *Science et Technique*..., Tomo I, op. cit., p. 148.

está presente en todo el sistema jurídico ¹⁵⁸⁵ pero no podemos reducir todo el sistema de derecho positivo a un número limitado de categorías lógicas si no queremos alejarnos definitivamente de la vida y de todo lo que hay de variable en ella ¹⁵⁸⁶.

Existen distintas lógicas, todas ellas necesarias para el derecho ¹⁵⁸⁷. Con ellas se opera en un movimiento circular que parte del hecho para remontar al principio y del principio para deducir consecuencias, lo que conecta con las modernas hermenéuticas ¹⁵⁸⁸. Ese proceder de la lógica no se limita a una deducción pura, sino que usa de la llamada “deducción temperada” que recuerda la “lógica de lo razonable” apuntada por Recasens Siches y abre la puerta a los aportes de la retórica y la tópica jurídica ¹⁵⁸⁹. En definitiva, en Gény, los contenidos que conforman el derecho positivo requieren ser valorados, ya sea a tenor de las fuentes formales como de la naturaleza de las cosas. Cada regla tendrá un valor efectivo en función del valor que tenga la fuente de la que proviene. El valor va a guiar todo el procedimiento deductivo (por vía de la deducción temperada) en el que la lógica es un instrumento más ¹⁵⁹⁰. El silogismo subsuntivo, para ser un procedimiento que ofrezca resultados seguros y fiables debe partir de premisas seguras y fiables. Gény es más partidario de un método de ponderación de principios (o premisas mayores). Para él, primero debemos fijar la noción jurídica que capta la “entidad ideal” que forma el objeto que consideramos jurídico. En un segundo momento debemos establecer una “relación de preponderancia o equivalencia” entre las entidades

¹⁵⁸⁵ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 65.

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, pp. 125, 129. Gény recuerda que una mala técnica, como por ejemplo el uso abusivo de la lógica formal, violenta el sentimiento de justicia. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁸⁷ Existen lógicas propias, como la lógica del legislador (Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 284-285) o la lógica de los “elementos objetivos de la vida social”. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 192. La lógica formal no permite por sí sola conocer todas las relaciones que unen las cosas. *Ibid.*, p. 134. La visión teleológica debe estar presente cuando se hace uso de la lógica. *Ibid.*, p. 139.

¹⁵⁸⁸ Para Gény, la lógica opera en doble sentido. Debe remontar al principio y deducir de él consecuencias. Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 23. Gény elabora un procedimiento de obtención de soluciones que usa de la inducción y de la deducción. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 156-157. En ese ir y venir para la obtención de soluciones jurídicas, Monereo Pérez ve en Gény un renvío continuo del intérprete a lo “dado” para de este modo encontrar bases objetivas. Así se afirma el proceso “dialéctico” en la interpretación del derecho. Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., *El pensamiento científico jurídico de Gény...*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁵⁸⁹ La deducción temperada se presenta como una deducción basada en analogías y “observaciones”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 137, 174, 190. El uso de la analogía permitirá garantizar la aplicación de la lógica para la obtención de soluciones jurídicas partiendo de principios. La analogía opera de lo semejante a lo semejante lo que permite garantizar el principio de identidad propio de la lógica. *Ibid.*, pp. 158, 180.

¹⁵⁹⁰ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 221-222. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 192, 194-195.

ideales para encontrar un equilibrio que será plasmado en una proposición enunciativa de esa relación, llamada “regla de derecho”¹⁵⁹¹.

Gény abrirá las puertas a la interpretación y aplicación del derecho teniendo en cuenta los hechos (en su dimensión sociológica e individual), los principios y el razonamiento que los une¹⁵⁹².

4.2. La identificación de los hechos

La argumentación sobre hechos no ha sido un tema tan extensamente tratado, a día de hoy, por los teóricos del derecho y cultivadores de las teorías de la argumentación jurídica¹⁵⁹³. No obstante, no podemos dejar de lado el análisis de los “hechos”, ya no

¹⁵⁹¹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 111-112. En la línea de Gény, recordará Monereo Pérez que “aplicar el Derecho significa otorgar vigencia a pensamientos jurídicos y no sencillamente subsumir bajo conceptos jurídicos generales”. Para fundamentar una sentencia no sólo se debe enunciar la norma abstracta de aplicación sino también “la idea jurídica en que descansa la decisión judicial misma”. Gény abriría las puertas hacia esa tendencia, con su crítica del logicismo y del “método racionalista positivista de ciencia jurídica”. Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., *El pensamiento científico jurídico de Gény...*, *op. cit.*, p. 25. Véase en este sentido a COING, HELMUT, *Fundamentos de filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1976, pp. 257, 279.

¹⁵⁹² Se presenta cada vez un mayor interés por los juristas en el estudio de los hechos. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 185. Necesidad de que los conceptos y otras construcciones intelectuales guarden relación con los hechos. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 125. Necesidad de integrar los hechos en principios. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.* pp. 82-83. Gény crea un sistema que trata de integrar científicamente los hechos en los principios (usando de la lógica, como de la intuición) para, haciendo uso de la voluntad, aplicar esos principios (o “fórmulas de vida social”) a las situaciones problemáticas que requieren ser reguladas por el derecho. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 190-192. Los principios están a la base de todo el derecho. *Ibid.*, p. 4 de la introducción. Los hechos van a conformar teorías y van a integrar conceptos que deberán a su vez integrarse en principios de orden superior. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 145-146. Los hechos son por tanto portadores de valoraciones o apreciaciones. Para Gény, los hechos se observan según lo “dado” y pasan a integrar la elaboración científica o técnica del derecho. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 271-272. La analogía, por ejemplo, es el mecanismo que opera con hechos (tiene una base sociológica) para encontrar soluciones prácticas aplicando principios de derecho. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 130, 304. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 393. Gény lamentará que hayamos invertido el método jurídico para dar prevalencia al hecho sobre el principio (o la idea). El principio está a la base del razonamiento y de la obtención de soluciones jurídicas. Cfr. GÉNY, F., *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle...*, *op. cit.*, p. 12. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 31-32. En última instancia se tratará de combinar el principio que está a la base de los hechos sociales y que se materializa en conceptos y categorías con los principios superiores del orden moral. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 191.

¹⁵⁹³ “(...) la mayor parte de los problemas sobre los que tienen que conocer y decidir tanto los Tribunales como los órganos no jurisdiccionales de la Administración son más bien problemas concernientes a los hechos, de manera que los argumentos que tienen lugar con ocasión de los mismos caen fuera del campo de estudio de las teorías usuales de la argumentación jurídica”. Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, p. 20.

desde una perspectiva ontológico-filosófica, sino desde la perspectiva del peso que puedan tener en la justificación de la decisión jurídica (sentencia judicial u otra).

Entendemos que los hechos como tales desempeñan un papel fundamental en el proceso de construcción del tópico (y de su averiguación). Intervienen igualmente en todo proceso retórico.

A la hora de plantear un caso, habrá que dividirlo en hecho y derecho. Como los hechos son menos flexibles que el derecho, deberá “comenzarse por buscar las premisas que fundamente aquellos”¹⁵⁹⁴. Dentro del proceso judicial se debe partir, como primer paso, de una conjetura que encuentra su justificación en la existencia (y, por tanto, a su vez, la justificación) de un motivo, de una persona (con sus condiciones particulares) y de un hecho en sí.

En esta actividad, la magistratura emplea, en cuanto se trata de argumentar sobre hechos, argumentos no deductivos que procesalmente vendrían a constituir las “reglas de la experiencia”. Se emiten juicios de probabilidad, porque las conclusiones a las que llegan no se derivan necesariamente de las premisas, pero son “muy probables” encontrando como único límite el principio de presunción de inocencia que exige un grado de “certeza” en la valoración conjunta de la prueba (principalmente indiciaria) suficientemente alto pero no absoluto ya que si no sólo cabría la argumentación deductiva (con premisa verdadera y conclusiones verdaderas) y entonces, resultaría extremadamente difícil condenar¹⁵⁹⁵. Todo ello supone que, en el ámbito de lo hechos, están presentes consideraciones valorativas y teleológicas¹⁵⁹⁶ que enjuician el cómo y el

¹⁵⁹⁴ Cfr. PUY MUÑOZ, FRANCISCO DE PAULA y PORTELA, JORGE GUILLERMO, *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, op. cit., p. 167.

¹⁵⁹⁵ Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, op. cit., p. 39.

¹⁵⁹⁶ No podemos obviar el hecho de que “los hechos” tanto cuantitativa como cualitativamente vienen condicionados por la visión con la que nos acercamos al derecho. Por lo que la cuestión fundamental radica, más allá del cumplimiento de las exigencias de la argumentación formal, qué hechos deben considerarse para la decisión jurídica y cómo deben ser enjuiciados (de ahí surge también la pregunta de los criterios valorativos empleados para la “selección” de los hechos “más razonables”, “más comunes”, más “moralmente aceptables”, etc.). La separación tradicional entre hechos, fundamentos de derecho, y fallo o conclusión responde al tradicional esquema de la subsunción. La consideración intelectual de un hecho implica la medición de las razones implicadas y de las consecuencias acaecidas en relación al deber - ser ideal del hecho (es decir en condiciones perfectas qué consecuencias habrían tenido lugar y con qué grado se habrían cumplido. Estas consideraciones se mueven, podríamos afirmar, en el mundo empírico) pero, por la naturaleza misma del derecho que tiene por objeto principal regular la conducta del hombre, necesitamos medir la “posición” respecto al hecho (estudiado en el mundo empírico) que han adoptado las partes implicadas. Dicha “posición” como “hecho” también encuentra razones que la explican y que deben intentar ser puestas de manifiesto para el acto del enjuiciamiento. Ahora bien, a nuestro parecer, no

porqué de los actos para su posterior subsunción normativa (entendida esta ampliamente, como toma de una “decisión jurídica”) ¹⁵⁹⁷.

La “probabilidad o razonabilidad” es, por tanto, un elemento esencial dentro del estudio de los hechos y del proceso de toma de decisión jurídica, no sólo por lo limitado de nuestro conocimiento que nos obliga a operar con ella, sino que la propia configuración de nuestro Estado actual que reconoce el pluralismo debe necesariamente “renuncia[r] a un orden perfecto elaborado en función de un solo criterio, pues admite la existencia de un pluralismo de valores incompatibles. De ahí la necesidad de compromisos razonables” ¹⁵⁹⁸.

Los problemas que encontramos, sin embargo, vienen, por un lado, del derecho en nuestro Estado actual, que “se caracteriza porque tiende a presentar un nivel más elevado de institucionalización de la función jurídica y más poderosos instrumentos de coacción, con lo que el discurso jurídico ocupa un espacio jurídico más reducido” ¹⁵⁹⁹ y, por otro lado, de la necesidad de fijar “límites a la racionalidad” para el control de la respuesta o decisión jurídica ¹⁶⁰⁰.

En esta difícil actividad de “concreción” de los hechos mediante el mecanismo de la probabilidad-razonabilidad deberemos partir de tópicos de la conducta (podríamos decir de la razón práctica) e implementar un proceso intelectual concreto que sirva de criterio enjuiciador de los hechos presentados y por tanto pertinentes para el proceso de toma de decisión ¹⁶⁰¹. Toda máxima empleada deberá pasar previamente por un juicio de racionalidad ¹⁶⁰².

podemos considerar que las acciones y por tanto las “posiciones” que uno adopta frente a los hechos sólo tienen relevancia para el derecho si están literalmente recogidas por el legislador en un supuesto de hecho normativo.

¹⁵⁹⁷ Cfr. PUY MUÑOZ, F. DE P. y PORTELA, J. G., *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, op. cit., p. 221.

¹⁵⁹⁸ Cfr. PERELMAN, C., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, op. cit., p. 17.

¹⁵⁹⁹ Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, op. cit., p. 98.

¹⁶⁰⁰ Cfr. PUY MUÑOZ, F. DE P. y PORTELA, J. G., *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, op. cit., pp. 364-365.

¹⁶⁰¹ Los enunciados sobre los hechos suponen una aplicación concreta de categorías conceptuales destinadas a su entendimiento. El enunciado de hechos es por tanto “lo que se dice” acerca de los hechos. La verdad o falsedad del enunciado de hecho se enjuiciará en base a su correspondencia o no con la realidad, despojado de toda valoración o juicio no estrictamente empírico. Cfr. TARUFFO, MICHELE, *la prueba de los hechos*, traducción Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002, pp. 113-114. No obstante, esta tesis, parte del supuesto que la realidad pasada es averiguable. No obstante, el enjuiciador-decisor tiene conocimiento de esa realidad vía construcciones de estructuras lingüísticas que deberá interpretar y

La valoración de los hechos (sobre todo de la aceptabilidad o credibilidad de la prueba para el juzgador y el peso relativo que este le quiere dar) se basa en máximas de la experiencia, que, si en el mejor de los casos están basadas en conocimientos científicos, la mayoría de las veces se basan en experiencias subjetivas, opiniones, prejuicios sociales y del juzgador que acaban chocando con la exigencia de racionalidad¹⁶⁰³. La racionalidad de esas máximas de la experiencia, según Taruffo, vendría dada cuando estas son representativas de “un amplio consenso existente en la cultura media del lugar y del momento en el que se formula la decisión”¹⁶⁰⁴ y este consenso, según Alexy, debe obtenerse mediante las reglas de la presunción racional¹⁶⁰⁵. En este sentido, estamos de acuerdo con Alexy, cuando afirma que “una teoría que tenga en

aplicar para llegar a la realidad del hecho. Por ello, es mucho más realista partir del supuesto de la imposibilidad del conocimiento pleno del hecho pasado y sostener la necesidad de un juicio de “deber-ser” sobre los hechos expuestos afin de reconstruir la hipótesis tendencialmente más probable del comportamiento y de la voluntad del enjuiciado, lo que, en última instancia, incorpora a esa tarea “enjuiciadora de hechos” normas de moralidad social y moralidad individual entre otras. La verdad como “correspondencia” en el sentido de Tarski puede llegar a compaginarse con la verdad como “coherencia narrativa”. Respecto de la “coherencia narrativa”, MacCormick nos advierte que al considerar el mundo fenoménico como algo explicable en términos de principios de tipo racional asumimos la “coherencia” para su comprensión y rechazamos determinadas creencias. Cfr. MACCORMICK, N., *Coherence in legal justification*, Weinberger-Festschrift, 1984, p. 53. Aunque la coherencia narrativa puede considerarse como necesaria no puede entenderse como suficiente para entender que los hechos narrados son reales, pero, a falta de otras pruebas, puede considerarse una inferencia “razonable”. Cfr. PUY MUÑOZ, F. DE P. y PORTELA, J. G., *La argumentación jurídica...*, op. cit., p. 368. No obstante, la coherencia no es requisito esencial en el mundo fenoménico para entender producido los hechos y ni siquiera para justificar la causa de su “sucesión”, siendo la calificación de “coherencia” un juicio a posteriori interpretativo que dota de sentido a una realidad que tiene vida por sí misma. La “coherencia” sobre el mundo fenoménico es el resultado de un juicio intelectual volcado sobre el mundo empírico sujeto a las leyes de causalidad inferidas por juicios analíticos en sentido kantiano (o razonamiento deductivo en sentido Aristotélico) y sobre el mundo “humano” expresa el resultado de juicios valorativos propios del razonamiento dialéctico que encuentra su “coherencia” en su mayor o menos aproximación a la idea de lo “razonable”.

¹⁶⁰² Necesitamos, para la valoración de la prueba, una premisa mayor que funcione como una regla general o máxima de experiencia (v.g.: dos testigos que se pronuncian a favor de un hecho otorgan a este un alto grado de credibilidad. En todo caso, deberá someterse a un juicio de racionalidad), siendo la premisa menor la declaración de los testigos x e y sobre la realidad del hecho z, y la conclusión la reputación como verdadera de la hipótesis fáctica. Cfr. PUY MUÑOZ, F. DE P. y PORTELA, J. G., *La argumentación jurídica...*, op. cit., pp. 373-374.

¹⁶⁰³ *Ibid.*, p. 379. No obstante, para MacCormick, la determinación de los hechos se lleva a cabo a través de valoraciones, aunque Alchourrón y Bulygin entienden que no es así ya que la valoración es de tipo empírica al igual que en la ciencia, pero Atienza entiende que, en derecho, la valoración de la prueba tiene unas consecuencias prácticas que no están presentes en los juicios científicos. Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, op. cit., p. 164. Entendemos que Atienza desvía la cuestión de la determinación de los hechos (esto es concretar la verdad o al menos la probabilidad “razonable” de los hechos) hacia la cuestión del enjuiciamiento de la prueba ateniendo a la finalidad o consecuencia de la afirmación o negación de un determinado hecho. Atienza tiene razón en el sentido de que los hechos, siguiendo la tesis de MacCormick, no pueden ser sino la reconstrucción de los sucesos pasados a la luz de los indicios presentes y para ello se necesitan realizar inferencias en base a principios y valores que puedan dar cuenta de las conductas humanas y cuya conclusión responda al criterio de lo “razonable”.

¹⁶⁰⁴ Cfr. TARUFFO, MICHELE, *la prueba de los hechos*, op. cit., p. 424.

¹⁶⁰⁵ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica...*, op. cit., pp. 275-276.

cuenta consecuentemente la argumentación empírica necesaria en las fundamentaciones jurídicas tendría que ocuparse de casi todos los problemas del conocimiento empírico”¹⁶⁰⁶. No obstante, también es necesario ocuparse de un conocimiento sociológico, cultural y ontológico-metafísico con el fin de explicar la formación de esos “tópicos”¹⁶⁰⁷ de lo razonable que actúan en la argumentación jurídica como premisas de “deber-ser”¹⁶⁰⁸.

Para Gény, los hechos evidentes son casi inexistentes¹⁶⁰⁹. Con los procedimientos intelectuales que permiten aprehender lo real¹⁶¹⁰, se tratará de corregir la inconsistencia, lo fragmentario y parcial de los hechos para hacerlos comprensibles¹⁶¹¹. Gény empleará el concepto de “normalidad” que servirá de base para interpretar los hechos y probarlos¹⁶¹². Todo el problema de los hechos radica en su demostrabilidad por lo que se hará uso de todos los elementos que la experiencia o la probabilidad proporcione¹⁶¹³. Los elementos de hecho están a la base de toda regla jurídica y por

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 224.

¹⁶⁰⁷ Podemos deducir ciertos “tópicos” básicos en el pensamiento de Aristóteles. Concretamente, respecto de los razonamientos por entimemas demostrativos (aquellos que pretenden ofrecer una prueba) que se basan en elementos contrarios, se pone como ejemplo “que es bueno ser mesurado porque ser intemperante es dañino” (al existir la cualidad contraria en el contrario se puede afirmar el entimema, que fijaría un tópico basado en el principio de dualidad) o que representan “relaciones correlativas” que podríamos llamar “de reciprocidad”, pone como ejemplo para explicarlo, “si para vosotros no es vergonzoso venderlos, tampoco lo es para nosotros comprarlos” (que se basaría en un tópico de igualdad, al igual que el razonamiento por “continuación”, que, según un ejemplo de Aristóteles, si los que son felices tienen “ciertas cosas” a su alcance, entonces, quien tenga esas “ciertas cosas” a su alcance también tiene que ser feliz). También habla Aristóteles de los juicios *a fortiori* (si no es aplicable a quien más, tampoco será aplicable a quien menos o si es aplicable a lo menos, también lo será a lo más) (que remite a un tópico de proporcionalidad), de los razonamientos que se basan sobre las consecuencias de los casos debatidos, ya que siempre suele haber una consecuencia buena y otra mala para un mismo supuesto, (lo que nos remite a un tópico sobre el resultado y abre la puerta, al menos, en el tema de los hechos, a razonamiento consecuencialistas o finalistas), y de los razonamientos por los que se ponen de manifiesto las contradicciones que se formulan por el oponente ya sea sobre una cuestión de tiempo o de hechos o palabras relativos al propio oponente o a uno mismo (que son muy útil para refutar y ponen de manifiesto el tópico de la existencia de causas y fines en las conductas más allá de la existencia de leyes naturales-empíricas). Véase ARISTÓTELES, *Retórica*, *op. cit.*, pp. 208-217.

¹⁶⁰⁸ Ese “deber-ser” que se deduce de los tópicos obtenidos de esta forma, responde a una moralidad social más o menos contingente, que, como tal, no es criterio decisivo para el derecho. Sólo podremos resolver el problema de identificación del tópico-principio del derecho, en la medida y en el modo en que resolvemos el problema de identificación moral-derecho.

¹⁶⁰⁹ Como explica Gény, “en el fondo, la evidencia es extremadamente rara, incluso inaudita, en el orden de valores que representa la realización práctica de la justicia” (“*Au fond, l'évidence est chose extrêmement rare, sinon inouïe, dans l'ordre des valeurs, que représente la mise en oeuvre pratique de la justice*”). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 266.

¹⁶¹⁰ Los procedimientos intelectuales permiten el entendimiento de la realidad. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 110, 136, 146-149.

¹⁶¹¹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 261.

¹⁶¹² *Ibid.*, p. 266.

¹⁶¹³ *Ibid.*, p. 279.

tanto de su aplicación. Aplicar una regla es, primero, argumentar concluyentemente sobre la existencia evidente o probable del hecho que la sustenta como elemento base de toda regla jurídica ¹⁶¹⁴. Los hechos van a conformar las categorías reales que son principalmente conceptos sociológicos contruidos lógicamente por inducción y que van a marcar una racionalidad consensual (tal como lo exige Taruffo) ¹⁶¹⁵.

La argumentación sobre hechos no es otra cosa que el problema de la justificación del conjunto de presunciones que forman el supuesto de hecho de la regla jurídica. Algunas presunciones no son tales porque los hechos que componen el supuesto de hechos son evidentes por sí solos y son demostrables por una experiencia directa e inmediata. Otras presunciones suponen un conjunto de argumentos (un razonamiento) abstracto y general y otras suponen un conjunto de argumentos (un razonamiento) concretos, en relación directa con el caso concreto ¹⁶¹⁶. En todo caso, la argumentación sobre hechos requiere de construcciones intelectuales y no es nunca fruto de una mera constatación ¹⁶¹⁷. Hasta las categorías reales no se dependen de los conceptos y de las construcciones intelectuales, por lo que deforman lo meramente constatado. Las categorías reales tratan de fijar realidades sociales observadas (económicas, políticas, morales). Igualmente, la regla de derecho deformará la realidad. Deberá valorar hechos cuya realidad y cuyo valor económico, político y moral, no es evidente o directamente demostrable ¹⁶¹⁸.

4.3. La identificación de la regla y del principio de derecho

Para Schauer, las reglas jurídicas tratan en su generalidad y abstracción de definir un “conjunto ideal” tanto de individuos como de casos a los que va destinada la regla en base a un conjunto de razones consideradas como relevantes. Se justifica la

¹⁶¹⁴ *Ibid.*, pp. 271- 272.

¹⁶¹⁵ Las categorías reales van a identificar aquellos hechos que por su importancia o el interés social que suscitan, pasan a ser de interés para el derecho. *Ibid.*, pp. 125, 152, 166-167.

¹⁶¹⁶ La presunción es la base o materia prima de la regla jurídica, y, por tanto, el material que va a trabajar el jurista. *Ibid.*, p. 206. La presunción, como procedimiento técnico, deriva de la teoría general de la prueba. *Ibid.*, pp. 272, 335. Según el tipo de presunción, el razonamiento es distinto. *Ibid.*, pp. 280 nota a pie de página número 3, 315, 328.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*, pp. 191, 288

¹⁶¹⁸ *Ibid.*, pp. 172-174, 340

utilidad de desarrollar la argumentación jurídica, más que incorporando la regla en sí, incorporando las razones subyacentes a la misma ¹⁶¹⁹. Si los términos empleados en la regla presentan ambigüedades semánticas y pueden ser considerados como conceptos indeterminados que impliquen juicios valorativos que deban ser resueltos por el aplicador, entonces la aplicación de la regla queda justificada si las razones subyacentes encontradas se adecuan a ese conjunto ideal ¹⁶²⁰. Las reglas son de dos tipos: un tipo va destinado a regular la conducta de los hombres, el otro tipo va destinado a fijar las condiciones de aplicación de las primeras ¹⁶²¹.

¹⁶¹⁹ Cfr. SCHAUER, FREDERICK, "Playing by the rules. A philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life", *Clarendon Press*, 1991, pp. 55 y ss.

¹⁶²⁰ Cfr. BAYÓN MOHÍNO, JUAN CARLOS, "Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas", *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 19, 1996, pp. 143-162. Si llevamos el razonamiento todavía más lejos, dado que la regla presenta una "ambigüedad" interpretativa en el sentido de que debe ser interpretada (o argumentada) para justificar su aplicación y consecuencias dentro de un orden de principios, podríamos extender el razonamiento hasta el punto de afirmar que toda interpretación que no tenga en cuenta el conjunto "del individuo" y de "los casos" para matizar las consecuencias jurídicas estaría aplicando incorrectamente el principio de universalidad y por ello vulnerando el principio de igualdad (tratar todos los casos iguales por igual).

¹⁶²¹ Otra forma de manifestar el problema entre el marco constitutivo o generador de la regla que va a permitir justificar su existencia y sus concretos efectos es la distinción entre normas que podríamos llamar "prescriptivas" y otras "constitutivas". Esta distinción está presente en muchos autores: von Wright, Hart (Hart distingue entre normas primarias y secundarias. Véase. HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS, *The concept of Law*, Oxford University Press, 1961, pp. 89-96.) y otros que de un modo más o menos sofisticado, dividen la realidad normativa en una realidad prescriptiva y por tanto regulativa del comportamiento y la conducta, por otro lado, en una realidad constitutiva que establece las condiciones necesarias (pero no suficientes) para el reconocimiento de las normas "prescriptivas" como válidas y por tanto aplicables. La argumentación jurídica es la que va a componer la unión entre las dos realidades normativas (prescriptiva y constitutiva), conectando las normas constitutivas como premisas mayores de una argumentación deóntica que concluye en la afirmación del "deber ser" deóntico (la cuestión por el "deber ser" deóntico, esto es, la naturaleza de las normas, distingue entre deber deóntico fuerte o de un deber débil que es un deber técnico, destinados a configurar una norma de fin). Cfr. PEROT, PABLO, "Tipos de reglas y el concepto de obligación jurídica", *Isonomía*, número 19, 2003, p. 203. Cfr. CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, "Consideraciones integrativistas sobre la interpretación", en ALARCÓN CABRERA, C., y VIGO, R. L., *Interpretación y argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 306. Este deber ser deóntico hace referencia al conjunto de normas que propiamente "deben" ser entendidas como generadoras de obligaciones, prohibiciones o permisos categóricos, esto es, no supeditado a ninguna condición de aplicación deóntica (esto es, que otra norma "permita" su aplicación). Se puede entender en el sentido de que, una vez establecido el campo de condiciones de aplicación (todo tipo de razones que habrá que identificar), obtendríamos, por vía de la argumentación jurídica (no del mero silogismo subsuntivo), un "deber-ser" deóntico, es decir, una consecuencia jurídica de aplicación plenamente justificada, esto es, categórica para el caso. El "deber-ser" deóntico general, por su generalidad, todavía no ha ponderado todas sus condiciones de aplicación (o razones subyacentes). Siguiendo a Ruiz Manero, la caracterización normativa y las consecuencias deónticas de todo un conjunto de disposiciones normativas depende en última instancia de la extensión del concepto de "deber" y "permiso" que usemos para comprender el orden normativo analizado. Debemos tener en mente una distinción interesante, es la que limita el ámbito del razonamiento jurídico (y por tanto de la argumentación jurídica) en función del orden jurisdiccional en el que nos encontramos. En el ámbito del derecho penal, las reglas prohibitivas no pueden ser extendidas por motivo de las razones subyacentes a las mismas, pero sí pueden ser excepcionadas por ese motivo (y, por tanto, reducir el ámbito de lo prohibido y, correlativamente, aumentar el ámbito de lo permitido); mientras que, en el ámbito del derecho privado, las normas pueden

La distinción de Summers puede resultarnos útil. Se establecen varios tipos de razones que conforman la norma jurídica. Por un lado, las razones de tipo autoritativas que consistirían en la ley, la analogía (como extensión de supuestos legales), los tratados doctrinales, etc. Por otro lado, las razones sustantivas finalistas que se basan en las consecuencias que previsiblemente una decisión vaya a tener desde un punto de vista moral, social o económico; las razones de corrección que principalmente se basan en aducir una norma social-moral válida cuya aplicación permitirá el logro de un fin social valioso. Por último, las razones institucionales que apoyen ciertos procesos institucionales ¹⁶²².

Una vez esbozados los tipos de razones que se presentan en las normas, debemos esbozar a su vez la particularidad de las normas de derecho y podemos decir que están limitadas por su propio campo de aplicación y, como todas las normas, contienen, por un lado, un aspecto directivo de la conducta (establece lo que es obligado, está prohibido o permitido) y por otro lado un juicio de valor que, en ciertos supuestos, esos dos aspectos pueden darse al mismo tiempo o no coincidir. Si el aspecto directivo entra en contradicción con el juicio de valor, por ejemplo, se establece como norma una conducta que restringe un determinado valor (v.g. la libertad) sin que por ello se proteja ni potencie otro valor entonces la norma no está justificada. No obstante, en el caso de que el aspecto directivo combinado con el juicio de valor (esto es, el principio que con la norma se pretende salvaguardar o aplicar) no entre en conflicto entre sí, pero sí entre

“ampliarse” o excepcionarse ya sean estas permisivas o prohibitivas “a la luz de sus razones subyacentes”. Cfr. RUIZ MANERO, J., “Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas”, *op. cit.*, p. 430.
¹⁶²² Cfr. SUMMERS, ROBERT S., “Two types of substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification”, *Cornell Law Review*, volumen 63, número 5, 1978, pp. 735, 752. Como recuerda Atienza, Carlos Santiago Nino trató de mostrar que “las normas jurídicas no podían verse como razones justificativas autónomas para la acción”. Las únicas razones que podemos llamar autónomas son las morales de ahí “la imposibilidad de aislar el razonamiento jurídico del razonamiento moral y político”. Cfr. ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación...*, *op. cit.*, p. 189. Sobre la base del pensamiento de Carlos Santiago Nino. Según Gaido, Raz y su visión de la norma jurídica que ofrece lo que podría ser una respuesta: “Las normas jurídicas son en realidad concebidas por Raz como razones *pro tanto* para actuar, en el sentido de que si bien no serían razones suficientes sí serían razones relevantes en la determinación de la solución jurídica prevista por el sistema”. Cfr. GAIDO, PAULA, *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 143. Véase RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, JOAQUÍN, “El punto de vista jurídico y los jueces”, en ORTEGA GARCÍA, RAMÓN (coord.), *Teorías del Derecho y Argumentación jurídica: Ensayos contemporáneos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 167. “Pero no hay conflicto entre las razones jurídicas mismas, sino entre las razones jurídicas y las razones morales para obedecerlas”. Cfr. RAZ, JOSEPH, *La autoridad del derecho*, traducción de Rolando Tamayo Salmorán, Unam (primera edición 1979), México, 1985, p. 51.

en conflicto con un tercer valor o principio del ordenamiento jurídico entonces habría que acudir a la ponderación de principios ¹⁶²³.

Una vez identificado que la regla jurídica se compone de razones que la justifican y que va destinada a un fin particular (el de prescribir una conducta con el juicio valorativo que eso supone) se plantea el problema de su aplicación. Para aplicar correctamente una regla necesitaremos estar seguros de su contenido y cuando su contenido sea indeterminado, pero también cuando entre en conflicto con otra regla aplicable y válida, o cuando la dimensión directiva de la regla (la acción que ella manda) es contraria a un valor del ordenamiento jurídico, entonces acudiremos a la interpretación.

La interpretación, para solucionar el problema, debe acudir a los principios en sentido estricto (de los que pueden extraerse normas de acción que obligan, permiten o prohíben) cuyas condiciones de aplicación se encuentran contenidas en el mismo principio que necesita, por tanto, ser desarrollado analíticamente. El principio representa valores últimos no graduables. La interpretación también puede acudir a directrices (que contienen normas de fin que regulan directamente estados de cosas e indirectamente acciones) que tienen por fin el cumplimiento gradual (en el mayor grado posible) de valores deseables (objetivos colectivos que se consideran valiosos), no últimos que pretenden alcanzar un estado de cosas. Entre los principios podemos distinguir los principios sustantivos que hacen referencia a valores de los individuos o de la sociedad, externos al derecho y los principios institucionales que son todos aquellos vinculados a la seguridad jurídica que se refieren al propio derecho (jerarquía normativa, de cosa juzgada, etc.). Los principios institucionales podrían, en pos de la seguridad jurídica (evitar contradicciones en las decisiones judiciales, etc.), prevalecer sobre principios sustantivos pero no existe, en nuestro ordenamiento, una relación fuerte de jerarquía entre los principios que haga que siempre sea derrotable uno respecto del otro (aunque es razonable pensar que los principios institucionales deberían ceder ante una norma extremadamente injusta que estaría vulnerando considerablemente el valor de la justicia) ni tampoco que las directrices (reglas o razones de fin) siempre deban ceder

¹⁶²³ Cfr. ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación...*, op. cit., pp. 219-220.

ante los principios (ya que sino difícilmente se podrían explicar los derechos sociales que se garantizan por directrices) ¹⁶²⁴.

Vemos entonces que la regla encuentra en su base un conjunto de principios, directrices, razones subyacentes que como conjunto plural ofrecen varias posibilidades de justificación de esa regla, pero no poseemos un método claro que permita elegir entre los distintos elementos de ese conjunto.

Según Atienza y Ruiz Manero los principios son razones *prima facie* a diferencia de las reglas. Si reconocemos un ámbito normativo amplio, los principios como “normas categóricas” (esto es, sin condiciones de aplicación definidas más allá de su propio contenido y que establecen obligaciones *prima facie*) constituirían el marco de referencia para la correcta interpretación de las razones subyacentes a las normas ¹⁶²⁵.

Por último, en ese afán de encontrar la justificación a las reglas jurídicas nos encontramos con una realidad compleja compuesta de principios (razones *prima facie*) directrices, razones subyacentes que conforman el marco de una concreta regla jurídica y que debemos someter a enjuiciamiento para solventar los conflictos y choques entre ellos.

Dworkin distingue entre “directriz”, “principio” y “norma legal”. Una “directriz” (“*policy*” en inglés) es una norma que establece una meta por alcanzar en “orden al perfeccionamiento de algún aspecto económico, político o social de la colectividad”. Un “principio” es una norma que hay que observar porque es un “imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión moral”. Para Dworkin, los principios son “proposiciones que describen derechos”, mientras que las directrices (o políticas) son

¹⁶²⁴ Cfr. ATIENZA, MANUEL y JUAN RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, Ariel (2a. ed. 2004), Barcelona, 1996, p. 121. Véase también a ATIENZA, M., *el Derecho como argumentación...*, *op. cit.*, pp. 235-242.

¹⁶²⁵ Cfr. RUIZ MANERO, J., “Algunas Concepciones del Derecho y sus lagunas”, *op. cit.*, p. 430. Bayón critica la postura de Atienza y Ruiz Manero al entender que los principios son razones *prima facie* a diferencia de las reglas. Cfr. BAYÓN MOHÍNO, J. C., “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *op. cit.*, pp. 143-162. Cfr. ATIENZA, M. y JUAN RUIZ MANERO, “sobre principios y reglas”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 10, 1991, pp. 101-120. Véase también ATIENZA, M., *el Derecho como argumentación...*, *op. cit.*, pp. 219-220.

“proposiciones que describen objetivos”¹⁶²⁶. Por último, las “normas legales son aplicables por completo o no son aplicables en absoluto”¹⁶²⁷.

El principio, para Dworkin, no especifica las circunstancias concretas para su aplicación, sino que es “más bien una razón a favor de argumentaciones encaminadas en cierto sentido”. Esa falta de especificidad del principio implica un posible conflicto con otros principios por lo que habrá que medir su “peso específico o importancia”. Los principios se presentan como un “orden peculiar de normas, diferente de las normas jurídicas”¹⁶²⁸.

La cuestión consiste en dilucidar si los principios son normas extrajurídicas vinculantes para los jueces, y que, por tanto, si no los siguen comenten un error judicial, o bien los principios jurídicos no son más que opciones argumentativas que quedan al arbitrio judicial¹⁶²⁹. Para Dworkin, los principios (son normas extrajurídicas) se sitúan por encima de las normas jurídicas, y son vinculantes por el hecho de que van a permitir interpretar una norma jurídica. Toda norma jurídica está basada sobre principios. Algunos principios van a otorgar el carácter de vinculante a esa norma (como el principio de “supremacía legislativa”) pero otros principios pueden llevar a modificar la norma jurídica o crear una nueva norma. Se establece una serie de principios (extrajurídicos) que hay que ponderar, siendo algunos de ellos de mayor importancia y que los jueces no pueden “desconocer” como el principio de supremacía legislativa. Aun así, los principios no son normas y como tales siempre pueden ceder frente a otros principios¹⁶³⁰.

Toda teoría política tendrá dentro de sí un conjunto de derechos y objetivos cada cual con un “valor relativo aproximado” frente a los demás del conjunto¹⁶³¹. El juez Hércules, deberá construir un esquema de principios abstractos y concretos para justificar coherentemente todos los precedentes, así como las estipulaciones

¹⁶²⁶ Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio, op. cit.*, p. 158. Un objetivo es “una finalidad política no individualizada” y un derecho político es “una finalidad política individualizada”. *Ibid.*, p. 159.

¹⁶²⁷ Cfr. DWORKIN, R., *La filosofía del derecho, op. cit.*, pp. 118, 121. Véase DWORKIN, R., “Wasserstorm: The Judicial Decision”, *Ethics*, número 75, 1964, p. 47. Véase igualmente DWORKIN, R., *Los derechos en serio, op. cit.*, pp. 72-73.

¹⁶²⁸ Cfr. DWORKIN, R., *La filosofía del Derecho, op. cit.*, pp. 124-125, 129. Véase DWORKIN, R., *Los derechos en serio, op. cit.*, pp. 77-78.

¹⁶²⁹ Cfr. DWORKIN, R., *La filosofía del Derecho, op. cit.*, pp. 130-133.

¹⁶³⁰ *Ibid.*, p. 146. Véase DWORKIN, R., *Los derechos en serio, op. cit.*, p. 92

¹⁶³¹ Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio, op. cit.*, p. 161.

constitucionales y legislativas. Este esquema particular que elaborará el juez Hércules tomará en consideración la ordenación vertical del derecho (una jerarquía normativa y jurisprudencial) y un ordenamiento horizontal (decisiones y normas dispares dentro de un mismo nivel) ¹⁶³².

Este tema es de trascendental importancia para concretar hasta donde llegan los límites de lo que puede considerarse como derecho de lo que no. Esto, por derivación, servirá para delimitar igualmente el marco de actuación de la argumentación jurídica. Para Alexy (defensor de un constitucionalismo principalista), los principios que vienen incorporados en las Constituciones modernas serían el reflejo de la existencia de una moral objetiva reconocida, de ahí la necesaria conexión entre moral y derecho ¹⁶³³ y la necesidad de la argumentación jurídica para dar cuenta y solventar los posibles problemas de choque entre principios. Sin embargo, para Ferrajoli (defensor de un constitucionalismo garantista) los principios constitucionales representan la positivación de un determinado *deber ser* del derecho y como tal constituyen un límite para la actividad del legislador (y por ende del aplicador-intérprete) ¹⁶³⁴.

Afirma Moreso que la tesis de la diferencia práctica entre derecho y moral puede formularse del siguiente modo: “si las pautas jurídicas aplicables por los jueces remiten

¹⁶³² *Ibid.*, p. 190. En el sistema de Dworkin es necesario distinguir entre “derechos básicos” que justifican desde la idea abstracta de la sociedad las decisiones políticas, y entre “derechos institucionales” que permiten justificar algunas instituciones particular y específica. *Ibid.*, p. 161. También se distingue entre “derechos abstractos” (y principios abstractos) que es una “finalidad política” enunciada en abstracto, sin expresión de su compatibilidad o incompatibilidad, relación o situación de compromiso a la que llega con otras “finalidades políticas”. Por otro lado, están los “derechos concretos” (y principios concretos) son precisiones de las finalidades políticas en una situación concreta en el que consta el compromiso particular de una finalidad política particular frente a otra (por ejemplo, enunciar el derecho a la libertad de expresión es enunciar un derecho abstracto. Un derecho concreto sería autorizar a un periódico para que publique los planes de defensa nacional clasificados secretos. Ese derecho concreto debe establecer una ponderación entre el principio de libertad de expresión y el principio de seguridad nacional). *Ibid.*, p. 162.

¹⁶³³ Resulta insostenible defender que el derecho, como conjunto normativo, esté completamente desconectado de otros órdenes normativos. Desde luego, debemos diferenciar los distintos órdenes normativos con los que nos podemos encontrar y no sería demasiado aventurado el sostener la existencia de un orden normativo natural que recoge las leyes naturales de los objetos en el mundo empírico (o “*entia physica*”) y un orden normativo basado en el mundo moral (“*entia moralia*”). Aunque no podamos afirmar que el sistema métrico decimal esté incorporado al derecho y sea derecho válido (al menos desde un punto de vista formal por no estar validado o promulgado por un procedimiento constitucionalmente reconocido), dicho sistema ha de ser usado por los jueces para resolver conflictos, ya sea porque miden aspectos de la realidad útiles para conocer y enjuiciar o ya sea porque las proposiciones normativas recogen valores del sistema métrico en sus enunciados o remite a ellos, y lo mismo podemos decir de la moral. Cfr. MORESO, J. J., “La ciudadela de la moral en la corte de los juristas”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, volumen XXVIII, 2012, pp.130 y ss.

¹⁶³⁴ Ferrajoli es defensor del relativismo ético negador de la existencia de una razón práctica. Cfr. ORTEGA GARCÍA, RAMÓN (coord.), *Teorías del Derecho y Argumentación jurídica...*, op. cit., p. 23.

a pautas morales, dichas pautas no están en condición de motivar la conducta de los jueces, porque dichas pautas no añaden nada a las razones que los jueces ya tendrían, si fueran racionales, para actuar” por lo que ante el miedo de caer en una pérdida de fuerza normativa del derecho, no se puede aceptar la moral sin más, excepto cuando “el recurso a las razones morales ha [sido reconocido], de un modo u otro, por las razones jurídicas”¹⁶³⁵. Una forma de entender cómo funciona el razonamiento moral dentro del derecho, es partiendo de la idea que el derecho se fundamenta en última instancia en razones morales y concebir diferentes instancia o niveles en el que el razonamiento moral (basado en la razón última subyacente de una norma jurídica) interviene con mayor o menor peso¹⁶³⁶. No obstante, queda sin resolver el problema de la aplicación del derecho por parte del juez y de la posibilidad o no de vincular jurídicamente la discrecionalidad de juez a un determinado discurso moral.

Concluye Moreso afirmando que la tesis de la incorporación “explica las razones, alcance y los límites del espacio que la moralidad ocupa en la práctica institucional de creación y aplicación del Derecho”¹⁶³⁷. Ello es discutible sobre todo si pensamos que el discurso moral más que “fijado” o “congelado” en normas positivas: primero por la Constitución y posteriormente por normas legales que vendrían a constituir una moral interna del derecho propia y contingente, es un proceso dialógico, (como así conciben el derecho las modernas teorías de la argumentación jurídica) y por tanto vivo que nace principalmente del problema de la aplicación (problema metodológico) y sobre todo de la interpretación del derecho, lo cual no puede llevarse a cabo sin una particular concepción del derecho y por tanto de la moral. Si entendemos la interpretación y aplicación del derecho como una operación matemático-lógica, donde

¹⁶³⁵ Cfr. MORESO, J. J., “La ciudadela de la moral en la corte de los juristas”, *op. cit.*, pp. 119-140. El juicio moral de las normas jurídicas puede resultar problemático, pero desde luego que el derecho tiende a preservar distintos fines del actuar humano. Esos fines se obtienen por vía de la ciencia del derecho y se plasman en principios informadores y “correctores” de las reglas jurídicas positivadas en la legislación positiva y deben guiar la concreción de una determinada decisión jurídica para un caso particular, por lo que, a la hora de juzgar las “razones” a tener en cuenta para establecer una determinada decisión jurídica no cabe duda de que las “razones” derivadas de los principios que ha fijado la ciencia del derecho se “mezclan” con las que más directamente puedan extraerse de la determinación del sentido de una disposición normativa por su literalidad o su contexto sistemático.

¹⁶³⁶ Por ejemplo, la aplicación o no por un juez de normas de rango legal, no puede verse condicionada por un juicio moral sobre la validez o no de las mismas, ya que este último debe realizarlo (es competencia) el Tribunal constitucional; por lo que se establecen niveles distintos de “incorporación” del razonamiento moral. Cfr. NINO, C. S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 140-147.

¹⁶³⁷ Cfr. MORESO, J. J., “La ciudadela de la moral en la corte de los juristas”, *op. cit.*, p. 137.

el dogma de la neutralidad valorativa se traslada a todas los niveles de aplicación (sobre todo a las instancias primeras donde se valoran los hechos), entonces (aun aceptando que el discurso moral tenga cabida en instancias superiores como en discusiones de ámbito constitucional donde el legitimado para pronunciarse es el Tribunal constitucional) en la realidad, la interpretación no podría asignar un significado a una proposición normativa que excediese de los límites fijados por la interpretación que de los derechos fundamentales y del orden constitucional en general haya hecho nuestro Tribunal constitucional ¹⁶³⁸, con la fijación sintética de principios del derecho natural en nuestra Constitución.

Esto implica desconocer que nuestra Constitución, en su parte sustantiva y programática, está compuesta de principios y directrices respectivamente que son distintos de las reglas. La concreción o desarrollo así como la aplicación de principios y directrices responde a un principio dialógico, y por tanto, dinámico que no se agota con la discusión dogmático-constitucional sino que se traslada a todos los niveles jurisdiccionales para informar y guiar la práctica jurídica y que lleva en su seno un discurso moral que tiene como cuerpo los principios institucionales del derecho y el derecho positivo vigente, pero cuyo fundamento se encuentra en la razón práctica y, más extensamente, en el derecho natural ¹⁶³⁹.

No obstante, como observa Clavero, no sólo la doctrina constitucional sino incluso “toda la cultura jurídica” actual “elude el problema clave del desajuste entre

¹⁶³⁸ Lo que no deja de ser, en nuestra opinión, problemático, en cuanto presenta el defecto típico del positivismo ideológico al pensar que nuestro legislador constituyente previó y dio respuesta (ya sea directamente o indirectamente por medio de la sistematicidad implícita reconocida por vía de la exégesis lógico-deductiva y lingüística del texto constitucional) a todas las problemáticas esenciales del derecho y que por tanto todos los fines y valores que protege el derecho están contenidos y se derivan del texto constitucional. No por ello la dogmática constitucional debe operar de forma avalorativa o acrítica respecto de la realidad jurídica ya que entonces estaría eludiendo su fin particular de explicitación de la justificación última de nuestro ordenamiento al limitarse a ofrecer soluciones sistemático-lógico-deductivas como acostumbra la dogmática ordinaria. Su papel radica entonces en ofrecer al derecho vigente las justificaciones y por tanto las bases del proceso de razonamiento válido para la obtención de las consecuencias de la aplicación de los principios. Ello implica tener que adoptar una visión dinámica del derecho (no estático-sistemática, aunque dicha visión tenga cierta utilidad en la dogmática ordinaria) como proceso argumentado y argumentativo dentro del contexto más amplio del derecho natural.

¹⁶³⁹ Puede argumentarse también, a favor de esta idea, que difícilmente la dogmática constitucional puede desarrollar todas las consecuencias de su razonamiento moral. De ahí que el juzgador de instancia se verá en la obligación de “retomar” dicho razonamiento (en toda su dinamicidad) para desarrollarlo. Pero si nuestra dogmática constitucional plasma la metodología a seguir (principalmente argumentativo-justificatoria) para el tratamiento de los principios y la deducción dinámica de reglas de derecho (que pueden o no matizar el derecho positivo literal) ceñirá la actuación de los tribunales inferiores.

unos principios jurídicos y unas formas legislativas”. Hoy en día, no existe en el mundo jurídico ninguna resistencia a los códigos (y al espíritu o ideología de la codificación) por parte del constitucionalismo y si se declaran la existencia de un derecho superior a las leyes es sólo porque la Constitución “lo admite y en la medida en que lo hace”. La Constitución impera en el sentido y con el alcance ideológico de la codificación, de allí la necesidad actual, aun en un sistema constitucional y democrático como el nuestro, del método jurídico de Géný ¹⁶⁴⁰.

En conclusión, sólo podremos estar seguros del contenido de una norma positiva si acudimos a los principios de los que dimana ¹⁶⁴¹. Para Géný, las nuevas soluciones de derecho no pueden deducirse de una regla de derecho positivo. Sólo pueden deducirse de un principio ¹⁶⁴². En el sentido de Dworkin, Géný propondrá la necesidad de ponderar los principios y encontrar un equilibrio ¹⁶⁴³.

El derecho presenta una realidad compleja compuesta de principios (razones *prima facie*), directrices, y razones subyacentes que conforman el marco de una concreta regla jurídica. Para Géný hay un conjunto realidades psicológicas, morales, religiosas, económicas, etc., que están a la base de la regla jurídica y toda elaboración del derecho positivo ¹⁶⁴⁴. Como para Dworkin, para Géný el principio jurídico es vinculante para el juez y queda por encima de la norma positiva. Las directrices (según las define Dworkin) o el aspecto directivo (del que habla Atienza) de la norma quedan ambos incluidos dentro de la noción de técnica jurídica. En ambos casos se trata de fijar el fin de la conducta u el objetivo (político) que se pretende alcanzar con la regla jurídica lo que no deja de ser la dimensión volitiva de la técnica jurídica definida por Géný. El legislador establece directrices políticas destinadas a conseguir el orden, la

¹⁶⁴⁰ Cfr. CLAVERO, B., “El método entre infieles o el Código en España”, *op. cit.*, pp. 312-313, 317.

¹⁶⁴¹ Véase Atienza y Dworkin según lo expuesto anteriormente.

¹⁶⁴² Las soluciones no directamente contempladas por la ley positiva y que se deducen directamente de la ley positiva por vía de la lógica formal, son arbitrarias. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 44-45. Se entiende igualmente que las soluciones contenidas en la ley positiva provienen igualmente de principios de derecho natural (del “dado” racional e ideal) así como de lo “dado” real e histórico. Véase lo dicho en capítulos anteriores sobre los fundamentos de la ley positiva en Géný.

¹⁶⁴³ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 132, 135. Sobre la necesidad de que la ley positiva equilibre los intereses. Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 149-150. La justicia igualmente debe complementarse con la idea de equilibrio. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 50. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 392-393.

¹⁶⁴⁴ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 170. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 136. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 169-170.

seguridad, etc. Esas directrices son contingentes y responden exclusivamente a la voluntad del legislador, no obstante, según lo entiende Dworkin, quedan supeditadas a principios de orden moral: justicia, honestidad, etc. Es una actividad volitiva destinada a la acción y a la realización de los principios. Es por tanto la dimensión técnica del derecho al servicio de la dimensión científica del derecho ¹⁶⁴⁵.

De esa realidad compleja que representa el derecho, las reglas se positivizan a través de elementos técnicos concretos en nuestro estado de civilización: la ley y la costumbre. La ley se encuentra en el primer puesto y en el segundo puesto se encuentra la costumbre ¹⁶⁴⁶. Ese conjunto de fuentes formales y de métodos de interpretación del derecho positivo conforma un todo del que se va a ofrecer soluciones jurídicas. No obstante, habrá que distinguir en cada regla jurídica la influencia respectiva de una fuente u otra, de un método u otro, para pronunciarse sobre el “valor efectivo” de esa regla ¹⁶⁴⁷. Gény deja claro que toda regla de derecho puede “aspirar a la positividad” y será más o menos positiva dependiendo de la fuente de la que emana ¹⁶⁴⁸.

En caso de conflicto entre fuentes, este deberá solucionarse atendiendo a la distinta naturaleza de cada una de ellas. La regla jurídica se compone de una combinación de elementos (imperativos categóricos, consideraciones de utilidad social, etc.) participando en grados distintos. Se tratará de medir estos elementos según el origen del que provienen. Esta tarea es asumida en la práctica por el Tribunal de casación que determinará el valor respectivo de cada método de interpretación del derecho positivo y fijará el criterio unitario de interpretación jurídica ¹⁶⁴⁹.

Recordará Dworkin que en una comunidad se reconoce, aunque no se haga de forma explícita, que las decisiones judiciales se justifican con “argumentos de

¹⁶⁴⁵ Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 121. A este respecto, y en un sentido totalmente opuesto, Hernández Marín censura el recurso a los principios jurídicos por ser contrarios al imperio de la ley e impedir el control sobre la actividad judicial. Cfr. HERNÁNDEZ MARÍN, R., “El control de la actividad judicial y las teorías jurídicas actuales”, *op. cit.*, pp. 132-135.

¹⁶⁴⁶ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 238. Para Gény, la costumbre es fuente formal del derecho positivo. Si bien es cierto que la dificultad doctrinal para acabar de confirmar la costumbre como fuente formal la podemos apreciar cuando Gény habla de la costumbre como fuente de derecho objetivo. *Ibid.*, pp. 231, 238, 326, 347, 424 y 445. Aunque Gény intente redefinir las fuentes del derecho, según Hakim, “no logra ir más allá del legalismo de sus predecesores”. Cfr. HAKIM, N., *L'autorité de la doctrine...*, p. 307 nota a pie de página 280.

¹⁶⁴⁷ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 192.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 192 nota a pie de página núm. 3.

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*, pp. 194-195.

principio” y no con “argumentos de oportunidad”¹⁶⁵⁰. Gény afirmará que las nuevas soluciones de derecho no pueden deducirse de una regla de derecho positivo, sólo pueden deducirse de un principio¹⁶⁵¹.

De allí que el razonamiento más importante en derecho sea el de deducción que permitirá desarrollar los principios jurídicos¹⁶⁵². Por último, no cabe duda que los principios se sitúan por encima de cualquier texto constitucional y su asiento se encuentra en el derecho natural¹⁶⁵³.

4.4. La tópica y la retórica

La tópica podría definirse como “una técnica del pensamiento problemático” que opera con la noción de tópico o “lugar común”¹⁶⁵⁴. Para Atienza, los tópicos deben verse como “premisas compartidas que gozan de una presunción de plausibilidad o que, al menos, imponen la carga de la argumentación a quien los cuestiona”. El problema fundamental radica en que los tópicos “no están jerarquizados” por lo que cabría utilizar varios tópicos que darían soluciones distintas¹⁶⁵⁵.

Como explica Puy Muñoz, si abordamos la idea de “tópico jurídico” no encontraremos allí ningún criterio distintivo y jerarquizante. El tópico jurídico se presenta como un simple “concepto orientador”, es decir, “un tema alrededor del cual se generan y giran principios jurídicos que pueden ser expresados en máximas o aforismos”. Así, el tópico presenta el tema, lo desarrolla, extrae máximas y da a conocer

¹⁶⁵⁰ Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 189.

¹⁶⁵¹ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 44-45.

¹⁶⁵² Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 156-157.

¹⁶⁵³ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, pp. 85, 86.

¹⁶⁵⁴ Podemos distinguir, por un lado, la época romana y medieval donde prevalecía el modelo dialéctico o argumentativo. Nos recuerda Aristóteles que la inexistencia de jueces y políticos profesionales y la presencia general del pueblo en las instituciones hacían particularmente importante desarrollar las técnicas de persuasión. Cfr. ARISTÓTELES, *Retórica*, *op. cit.*, p. 12 de la introducción. Por otro lado, tenemos la época iusracionalista de los siglos XVII y XVIII donde se trataba de reducir el derecho a razonamientos deductivos partiendo de principios racionales, la escuela de la exégesis francesa hasta el siglo XIX con su teoría del silogismo subsuntivo, una concepción finalista o teleológica impulsada por Ihering que tiene en cuenta elementos teleológicos, funcionales y sociológicos incitando a los jueces a buscar la voluntad del legislador y promover los fines que este consagra y finalmente, según Perelman, la concepción tópica del derecho. En el caso de Perelman, parece que los tópicos o “lugares comunes” actúen como un nuevo derecho natural para “corregir el derecho positivo” y buscar una solución “equitativa, razonable y aceptable”. Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, p. 85.

¹⁶⁵⁵ Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, p. 54.

un principio jurídico. Una vez obtenidos los principios jurídicos estos son usados en la argumentación para resolver el caso concreto a través de una concreción de aquellos que ponga de manifiesto un sentido determinado de justicia para el caso concreto. Una vez el caso resuelto, el principio sigue guardando toda su utilidad para casos posteriores ¹⁶⁵⁶.

Para García Amado, los tópicos “no son medios para el conocimiento de realidades preestablecidas y seguras, sino recursos para la construcción constante de lo real” en todos aquellos ámbitos en los que haya libertad para decidir por no quedar el problema plenamente fijado ¹⁶⁵⁷. Es más, la idea de tópico (al menos en Viehweg) consiste en los distintos “puntos de vista directivos” de un determinado problema. Puntos de vista que siempre consideran el aspecto contextual o “situativo” del problema ¹⁶⁵⁸.

Según García Amado, en Aristóteles, el tópico remite al carácter instrumental de todo punto de vista argumentativo generalmente aplicable. El concepto de endoxa, entendido como aquel momento en el que se da el “reconocimiento social general” del punto de partida, una vez consolidado como argumento usado recurrentemente, pasa a llamarse tópico ¹⁶⁵⁹. El problema radica en que los tópicos, en Aristóteles, tienen un “carácter formal, no ligado a contenidos”, por tanto, se basan en “estructuras necesarias del razonamiento” que se vinculan a datos ontológicos, lógicos, lingüísticos, entre otros ¹⁶⁶⁰. Esos lugares comunes necesitan ser rellenados, no se presentan a nosotros más que como “verdades formales” ¹⁶⁶¹. Los tópicos se presentan entonces como “axiológicamente neutros” y es el endoxa que va a garantizar su contenido ¹⁶⁶². En definitiva, el problema de los tópicos, al menos en Aristóteles, es que estos no establecen un método que permita elegir entre varios tópicos ni jerarquizarlos ¹⁶⁶³.

Perelman considera a los tópicos (máximas jurídicas, aforismos e incluso las presunciones *iuris et de iure*) como “verdades de orden general que no tienen en cuenta

¹⁶⁵⁶ Cfr. PUY MUÑOZ, F. DE P. y PORTELA, J. G., *La argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 341, 347.

¹⁶⁵⁷ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tónica jurídica*, *op. cit.*, p. 300.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*, pp. 119-120. Sobre la base de ideas de Theodor Viehweg.

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*, pp. 59-60.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 62. La lógica formal determina las reglas para formular un pensamiento como “pensamiento formalmente válido” por lo que también intervendrá en la formación del pensamiento con tópicos. *Ibid.*, p. 222.

¹⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 62.

¹⁶⁶² *Ibid.*, pp. 63-64.

¹⁶⁶³ *Ibid.*, p. 65.

excepciones” y que son “incompletas, generalmente inciertas, inexactas y a veces incluso contrarias a la ley”, todo ello a pesar de su valor de síntesis de los valores de justicia expuestos a lo largo de la tradición y de la experiencia jurisprudencial y de su valor de base o referencial para el desarrollo de argumentaciones que no sean “mera cita de textos”¹⁶⁶⁴.

No obstante, de todo ello, sólo podemos extraer como idea clave que el tópico actúa como base para la elaboración de principios jurídicos, pero no permite por sí solo aplicar esos principios a casos concretos y ofrecer soluciones jurídicas. Como afirma Kaser, los tópicos constituyen “el lugar de partida” de la argumentación, sin embargo, algún autor, afirma que el método de la tópica “no parte del sistema como totalidad de la que se puede sacar por deducción la norma concreta que contiene la solución del caso, sino que arranca del caso mismo”¹⁶⁶⁵.

Por ello, Atienza atribuye a la tópica un papel relativamente escaso dentro de la labor de justificación de decisiones jurídicas sin perjuicio del papel más o menos relevante que pueda desempeñar en la “toma de decisiones jurídicas”. La tópica permanece “en un nivel de gran generalidad que está alejado del nivel de la aplicación como tal del derecho”¹⁶⁶⁶. Es más, el uso de los tópicos, sobre todo en los sectores más recientes del derecho que vienen marcados por cambios sociales rápidos e intensos, puede fijar excesivamente el derecho impidiéndole adaptarse a las nuevas realidades al menos que “se pretenda, sencillamente, la conservación y consolidación de un cierto statu quo social o ideológico”¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶⁴ Cfr. PERELMAN, C., *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, Gredos, Madrid, 2000, pp. 49, 118-119.

¹⁶⁶⁵ Cfr. KASER, MAX, *En torno al método de los juristas romanos*, traducciones de Juan Miquel, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, 1964, pp. 12-13. Para algunos autores, el método tópico aparta la idea de la necesaria vinculación del juez a la ley. Algunos, sin embargo, aceptan considerar a la ley como un tópico más (aunque importante) debido a que ese punto de vista se corresponde con la realidad del proceso de toma de decisión jurídica por los jueces. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, *op. cit.*, p. 255. Así, el principio de legalidad peligra debido a que, con la tópica, siempre se va poder encontrar fundamentos en las normas que traducen la voluntad del jurista. *Ibid.*, p. 260.

¹⁶⁶⁶ Más concretamente, nos dice que la tópica impide ver el papel que la ley, la dogmática o los precedentes desempeñan en el razonamiento jurídico. Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 97.

Por lo que faltaría concretar más los *tópicos* o *lugares comunes* ya que, si no añaden más criterios, por sí mismos, no dan la solución al caso, por lo que se está lejos de dar respuesta al problema de la metodología jurídica.

También es cierto que, como muy bien apunta Atienza, toda disciplina se fundamenta en un sistema, y todo sistema nace de unos problemas base. Si damos mayor prevalencia al sistema que a los problemas, reducimos el ámbito de la disciplina a los concretos problemas que puedan encajar en el sistema (el cual no deja de ser una construcción artificial). Si entendemos, sin embargo, que los problemas en sí son la base de la disciplina y que el sistema debe servir a los problemas para darles solución, entonces el sistema puede variar, mutar o sustituirse por otro, situando así al usuario de la disciplina ante una pluralidad de sistemas al servicio de los problemas¹⁶⁶⁸. Pero de ello, como apunta García Amado, se impone la necesidad de establecer criterios para “reconocer” la validez de distintos sistemas jurídicos y poder seleccionar, de entre ellos, el más “justo” para cada caso¹⁶⁶⁹.

El propio Cicerón nos indica que es necesario elegir entre los distintos tópicos, pero no establece un criterio claro y preciso. Para ayudar a elegir entre los tópicos podemos acudir a la doctrina del “status” o a los términos de “sentido común”, “intuición”, o “naturaleza de las cosas”¹⁶⁷⁰. Para el problema de la elección de los tópicos, los juristas romanos habrían usado la intuición, partiendo de ella para solucionar los problemas jurídicos, y que consistiría en “una captación inmediata y espontánea de la solución correcta” sobre la base de “una cierta percepción o

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 55.

¹⁶⁶⁹ Como explica García Amado, para identificar un problema es necesario partir de un concreto “esquema de comprensión”. Ningún problema aparece dado en sí mismo. Así existirían “tantos problemas como esquemas de comprensión” y cada esquema de comprensión representa un sistema particular. La tópica entonces no negaría el sistema sino sólo el uso exclusivo de uno sólo. Así, la tópica abre el derecho a la pluralidad de sistemas. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, op. cit., p. 167. Basado en los comentarios realizados a Theodor Viehweg por parte de WIMMER, N., *Materiales Verfassungsverständnis*, Springer, Viena/Nueva York, 1971, p. 60 y ss., de EHMKE, H., o CASTANHEIRA NEVES, A. Igualmente, el pensamiento sistemático es necesario para dar coherencia, orden y unidad al derecho, pero se complementa con un pensamiento más abierto que parte directamente de la reflexión sobre problemas. Así, al complementar tópica y sistema se satisface un doble control de racionalidad de las decisiones jurídicas, el “control de concordancia” de la solución con el sistema positivo de derecho y un “control de corrección” que asegura que el pensamiento sobre problemas y el discurso resultante se ajusta al caso de que se trate. *Ibid.*, p. 162. Ideas tomadas de varias obras de Josef Esser.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 71. Cfr. CICERÓN, *Topica*, Société d'édition “Les belles lettres”, ed. de H. Bornecque, 10ème. ed., Paris, 1960, XXV, p. 93.

sentimiento de las cosas” y de una “experiencia acumulada”¹⁶⁷¹. Sigue presente tanto en Cicerón como en Aristóteles el problema de elegir los tópicos sobre la base de un consenso. Problema al que se le ha dado soluciones difusas asimilando el “consenso” a un “sentido común” compartido por su evidencia en lo que respecta a Cicerón o en la distinción entre un “consenso general” o un consenso “más elitista” en lo que respecta a Aristóteles¹⁶⁷².

Se produce un intento de elaborar una teoría sobre la validez del derecho en base a la tópica y a la idea de consenso¹⁶⁷³. El principio de la validez se encontraría en el consenso. La tópica tal y como la presentan Viehweg y sus seguidores, no abordaría todos los aspectos del concepto de validez jurídica por vía del consenso, centrándose sólo en las valoraciones usadas en el discurso que da por resultado el consenso¹⁶⁷⁴.

La validez del derecho se presenta como un proceso dinámico (el discurso consensual)¹⁶⁷⁵. Así no podemos decir que la tópica constituya una teoría del derecho y como tal pueda ayudar a la interpretación del mismo. Sólo nos será válido como método útil para la obtención de soluciones jurídicas partiendo de cualquier teoría jurídica. Como expresa García Amado, “la justicia ya no es entendida prioritariamente como atributo del ordenamiento jurídico normativo en cuanto tal, sino de la decisión”¹⁶⁷⁶.

¹⁶⁷¹ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, op. cit., p. 74. Sobre la base de KASER, MAX., *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1962. Dado que no existe en ninguna ciencia un “método efectivo” para la elección de las premisas, para fijar el “contexto de descubrimiento”, la “intuición” jugará un papel importante. *Ibid.*, p. 177. Basado en las obras de Franz Horak.

¹⁶⁷² *Ibid.*, p. 74. Como explica Habermas, la cuestión fundamental de la filosofía práctica recae en los procedimientos y las premisas desde los que las justificaciones pueden tener un poder generador de consenso. Cfr. HABERMAS, J., *La reconstrucción del materialismo histórico*, traducción de Jaime Nicolás Muñiz y Ramón García Cotarelo Taurus, Madrid, 1981, p. 271.

¹⁶⁷³ Como explica Ortega García, una construcción teórica de los criterios de validez del orden jurídico (y sistema jurídico) basado en disposiciones ya positivadas, encuentra todos los problemas que se critican al positivismo tradicional que vincula plenamente el derecho con la ley positiva y deja fuera todo criterio derivado del derecho natural o de criterios de racionalidad. Como por ejemplo, en lo que se basa la teoría de la argumentación jurídica como discurso especial del discurso práctico general racional que requiere, si queremos entender como vinculante un tipo particular de argumentación, fundamentar las bases de la argumentación en una base racional, la cual debe considerarse parte del derecho, aunque no esté recogido en ninguna ley escrita. Cfr. SUCAR, GERMAN, “Abandonar la regla de reconocimiento”, en ORTEGA GARCÍA, R. (coord.), *Teorías del Derecho y Argumentación jurídica...*, op. cit., pp. 235-248.

¹⁶⁷⁴ Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, op. cit., p. 269. Sobre la base de obras de Klaus Lüderssen y Theodor Viehweg.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 269. Sobre la base de obras de Klaus Lüderssen.

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 266. Sobre la base de obras de Josef Esser.

Una vez fijado como criterio de validez del derecho, el consenso obtenido a través de los tópicos, queda pendiente reconocer que el tópico interviene metodológicamente para la obtención de la solución jurídica concreta. La tónica tratará de dar respuesta a la pregunta fundamental de la metodología jurídica, a saber, el de la racionalidad ¹⁶⁷⁷ (o, sin caer en las “modas académicas”, lo que tradicionalmente se viene conociendo por “corrección”, “seguridad” y “justicia”) en “la aplicación del derecho, en la decisión de los casos jurídicos” ¹⁶⁷⁸. La tónica pondrá el peso decisivo de su metodología para la aplicación del derecho en “el proceso retórico de argumentación y contrargumentación” que ponen el peso en el “diálogo” ¹⁶⁷⁹.

Si nos acercamos a la idea de retórica, podemos definir esta, según Aristóteles, como “la facultad de considerar en cada caso lo que puede ser convincente” ¹⁶⁸⁰. Según el maestro Estagirita, la retórica es el método de los argumentos y el argumento no deja de ser un tipo de razonamiento ¹⁶⁸¹. Como recuerda García Amado, cuando Aristóteles presenta la retórica como disciplina por un lado expone una serie de reglas ideales y abstractas que deben regir todo discurso que pretende a la corrección, pero también da consejos sobre la forma de ganarse la convicción de un auditorio ¹⁶⁸².

Por un lado, podemos distinguir el “entimema” como una forma de razonamiento retórico, un silogismo retórico cuyas premisas son simplemente probables ¹⁶⁸³. El entimema se presenta como un enunciado referido a lo general (sentencia o aforismo) añadiendo su causa o su conclusión ¹⁶⁸⁴. Por otro lado, tenemos el “ejemplo”

¹⁶⁷⁷ Nos recuerda García Amado que la crisis del positivismo llevará a la ciencia del derecho a “tomar conciencia” del aspecto creador de “toda aplicación del derecho”, reconociendo que la metodología debe tratar de maximizar (o asegurar) la racionalidad de los juicios de valor necesarios para aplicar el derecho. Dicha “racionalidad” permitirá dar crédito a la pretensión de cientificidad que sostiene la ciencia del derecho. *Ibid.*, p. 15.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, pp. 309-310.

¹⁶⁸⁰ Cfr. ARISTÓTELES, *Retórica*, Alianza, Madrid, 2002, p. 52.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 49.

¹⁶⁸² Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tónica jurídica*, op. cit., p. 54. Dice Aristóteles que “de los argumentos procurados por el discurso hay tres especies: unos residen en el comportamiento del que habla; otros en poner al oyente en una determinada disposición; otros, en el propio discurso, por lo que demuestra o parece demostrar”. ARISTÓTELES, *Retórica*, op. cit., p. 53.

¹⁶⁸³ ARISTÓTELES, *Retórica*, op. cit., p. 49.

¹⁶⁸⁴ Por ejemplo, si decimos que no hay entre los varones uno que sea libre (sentencia), pues es esclavo del dinero o de la suerte (causa). *Ibid.*, pp. 199-203.

como razonamiento inductivo, esto es el “camino de lo singular a lo universal”¹⁶⁸⁵. El entimema y el ejemplo son usados como argumentos dentro de un discurso. El primero siempre permitirá construir un discurso más sólido que el segundo¹⁶⁸⁶.

Con esto en mente, podemos aceptar sin problema cuando Aristóteles indica que “lo verosímil es lo que ocurre habitualmente, no en absoluto, como algunos lo definen sino que se refiere a cosas que cabe que sean de otro modo” y que “los entimemas” que son propios de la retórica se basan en verosimilitudes, es decir, en probabilidades, por lo que cuanto más firme o “mejor” sea el método de elección de las premisas, más alejados estaremos de la dialéctica y de la retórica, hasta el punto de configurar una ciencia completamente distinta¹⁶⁸⁷. Con esta afirmación Aristotélica, la retórica se presenta como una ciencia de probabilidades, siempre dispuesta a perfeccionarse y por definición incompleta.

Lo razonable parece resultar un criterio director del razonamiento retórico, porque lo razonable parece ser justo¹⁶⁸⁸. Vemos que en Aristóteles la argumentación (los entimemas) deben buscar lo “razonable” porque lo “razonable” es lo justo y lo justo se corresponde con la virtud, la excelencia y lo bueno. Para él, la argumentación basada en la ley (la legislación positiva) debe centrarse en el texto de la ley o si este es confuso “ver por qué camino se adapta mejor a lo justo y conveniente” y usar de la ley “en este sentido”¹⁶⁸⁹. La retórica para Aristóteles deberá corresponder “necesariamente, para ser posible, con un óptimo sistema jurídico”. El sistema jurídico pondrá los límites a la actuación retórica¹⁶⁹⁰.

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, pp. 55-56. Según Aristóteles existen los ejemplos. Estos pueden ser referidos a hechos anteriores, a hechos paralelos (ejemplos inventados pero que son similares, esto son, ejemplos analógicos) o a las fábulas (cuentos con moraleja). *Ibid.*, pp. 195-197.

¹⁶⁸⁶ Según Aristóteles, si se tienen entimemas, mejor usarlos, y usar los ejemplos únicamente como epílogo de los primeros. Ya que si se usan los ejemplos primeros (y los entimemas después) parecerá un argumento por inducción que tiene menos peso. *Ibid.*, p. 197. Ya que “los discursos que utilizan los primeros son más aclamados que los segundos”. *Ibid.*, pp. 55-56.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*, pp. 59, 63, 67.

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 126. Recordará García Amado que, según Aristóteles, el respeto de las reglas lógicas será condición necesaria para el ejercicio de la retórica. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, *op. cit.*, p. 57.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 131.

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 57. Recuerda Petzold-Pernía que la retórica fue “la cuna del derecho” el cual no se presenta más que como discurso no siendo la ley más que el producto de un discurso y como tal no tan indispensable como el discurso mismo. Cfr. PETZOLD-PERNÍA, HERMANN, “Sobre la Naturaleza de la Metodología Jurídica”, *Fronesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, volumen 15, número 1, 2008, pp. 116-140, pp. 120-121.

En definitiva, la tónica se presenta como aquella disciplina que ofrece los principios según criterios de “plausibilidad”, de “generalidad aceptada” y la retórica como aquella disciplina que los pone en práctica según criterios de “verosimilitud”, “probabilidad”, “razonabilidad”.

Como conclusión, parece deducirse que la tónica y la retórica no constituyen una ciencia con base sólida suficiente como para constituirse en método jurídico completo y definitivo para interpretar, aplicar y justificar las decisiones de derecho. No obstante, sí que abre el campo a una concepción distinta de la metodología jurídica en la que se replantea en parte la concepción tradicionalmente estática del derecho para incorporar en ella la actividad jurídica desde una perspectiva dialógica en la que la pretensión de corrección de una tesis jurídica y la justificación de la misma sólo puede producirse en un discurso dialéctico (ya sea con una contraparte concreta o con un auditorio universal) que evidentemente necesita una reconstrucción metodológica que necesita de la retórica y la tónica pero no puede limitarse a ellas.

Este problema, sin embargo, debería poder resolverse por un orden con fuerza normativa que permita establecer la validez de los distintos tópicos, así como su peso respectivo y su valor dentro de cada concreta argumentación o decisión jurídica. Esta tarea es labor del derecho natural (ciencia del derecho según Gény), pero se plantea un problema metodológico a la hora de tener que conectar el proceder de la tónica con la argumentación jurídica. Por un lado, la argumentación jurídica opera mediante el esquema jerárquico *principios-reglas-solución* mientras que el proceder tónico es de signo contrario. Parte del caso para llegar a la máxima o regla y para concluir finalmente en el tónico (*caso-máxima/regla-tónico*). El problema ahora radica en la necesidad de “validar” los tópicos como “pertinentes” o “aplicables” en derecho (ya sea por vía de la racionalidad u otro criterio). La tónica y la argumentación jurídica son ambos procedimientos útiles para la técnica del derecho ¹⁶⁹¹.

¹⁶⁹¹ Tal vez una solución a este problema consista en considerar la totalidad de la argumentación jurídica como estructurada en tres fases, una primera fase ascendente (*caso-máxima/regla-tónico*) que nos permita encontrar el o los tópicos. Una segunda fase de “validación” del o de los tópicos como principios de derecho válidos y una tercera fase descendente (*principios-reglas-solución al caso*) del o de los tópicos hasta el caso. Para Gény la lógica opera en doble sentido. Debe remontar al principio y deducir de él consecuencias. Véase Gény, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 23.

Al hablar de los tópicos y del endoxa, al menos en Aristóteles, podemos ver la similitud con el método propuesto por Géný. Los tópicos representarían formas vacías que expresan verdades. Esos tópicos están a la base de todo problema, aunque por sí solos no puedan ofrecer una solución jurídica concreta. Estos equivalen al conjunto de realidades sociales, morales, políticas, económicas, religiosas, etc., observadas en la sociedad y que son fruto de una determinada creencia, así como a los principios formales que proporciona el “dado” racional. El endoxa representaría el conjunto de contenidos, aceptados socialmente, que rellenan y concretizan el tópico, es decir, la creencia. En definitiva, los tópicos y su endoxa representan el “dado” ideal (y también parte del “dado” “natural” entendido como “dado” social) ¹⁶⁹².

La visión del método tópico como un método que pone todas las posibles construcciones sistemáticas al servicio del problema ¹⁶⁹³, recuerda la visión de Géný que quiere limitar el uso de abstracciones lógicas y la reducción parcial y algo arbitraria del pensamiento jurídico a un concreto sistema de derecho ¹⁶⁹⁴.

El método tópico se basa sobre los problemas o casos con relevancia jurídica. Para Géný el problema jurídico como tal está a la base del derecho positivo ¹⁶⁹⁵. Esto conecta a Géný con las teorías de la argumentación jurídica y la tónica jurídica ¹⁶⁹⁶.

La intuición, según Cicerón, es una facultad que forma parte del método tópico. Para Géný, la intuición es una facultad capaz de complementar el análisis puramente científico. Se instala en el centro de las realidades y trabaja sobre la base de los problemas, tanto teóricos como prácticos, que esas realidades le proporcionan. La intuición, la naturaleza de las cosas, el sentimiento, etc., van a desvelar los tópicos. No obstante, Géný distinguirá contenidos morales (dado racional e ideal) de contenidos empíricos (dado natural e histórico) por lo que podemos entender que para Géný existen tópicos de utilidad para la ciencia del derecho (los dados racional e ideal) y tópicos de utilidad para la técnica del derecho (derivados del dado natural e histórico). En cuanto a

¹⁶⁹² Véase principalmente GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 384-389.

¹⁶⁹³ Véase ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁶⁹⁴ Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 130-174, 186-204.

¹⁶⁹⁵ Las realidades psicológicas forman el sustrato de todo problema jurídico y la representación en ideas de esas realidades está a la base de la elaboración del derecho positivo. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 136.

¹⁶⁹⁶ Véase el ya citado anteriormente HERNÁNDEZ MARÍN, R., “El control de la actividad judicial y las teorías jurídicas actuales”, *op. cit.*, p. 130.

la tónica como disciplina, dado que históricamente esta se ha vinculado a la idea de consenso de aceptabilidad social, esta se limita a proporcionar, en el sistema de Gény, los datos más directos para la técnica del derecho, es decir, los datos naturales (sociales) e históricos ¹⁶⁹⁷.

Para hablar de un método tónico útil para el derecho, es necesario establecer un método de elección de los tónicos, así como de su contenido, que nos permita encontrar la solución justa al problema planteado. Esta elección entre tónicos es, a su vez, problemática. Tendremos que acudir a doctrinas como la naturaleza de las cosas, acudir a la tradición, tener en consideración el estado de civilización y los ideales que lo conforman, hacer uso de la intuición, etc., para fijar el problema desde todos sus ángulos y asegurar la adecuación del o de los tónicos elegidos. Se distinguen tónicos de distinta naturaleza. Tónicos que serán propios de la ciencia del derecho y otros propios de la técnica del derecho.

No obstante, la disciplina de la tónica según la visión de Viehweg y la teoría de la argumentación de Perelman, instauran el consenso como criterio de la racionalidad de la decisión. Gény distingue, por un lado, lo “dado” racional como naturaleza de las cosas inmutables, el cual está siempre en conexión con el “dado” ideal (ideales sociales) y lo fiscaliza ¹⁶⁹⁸, de lo que es la racionalidad como criterio constitutivo de una técnica jurídica fundamental y, por tanto, como fiscalizadora de toda técnica jurídica ¹⁶⁹⁹. Así, la tónica de Viehweg y la teoría de la argumentación de Perelman que buscan cumplir un criterio de racionalidad, se mueven dentro del ámbito técnico del derecho. La racionalidad, más particularmente denominada como “lo razonable” interviene como un criterio decisivo para configurar y limitar el poder discrecional del juez, es decir, el ejercicio de la parte más “individual” y menos general de su ejercicio. Gény mencionará la tónica como instrumento de control de la racionalidad del juez ¹⁷⁰⁰. Para distinguir los tónicos que conforman la técnica del derecho (tónicos que proporcionan racionalidad,

¹⁶⁹⁷ Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 144-145.

¹⁶⁹⁸ De hecho, Gény rechaza que la opinión tenga algún papel relevante para el derecho. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 82.

¹⁶⁹⁹ Véase particularmente GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 20-21.

¹⁷⁰⁰ Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 185. Respecto a la tónica Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 185.

consenso, aceptabilidad, etc.) de los tópicos que conforman la ciencia del derecho, debemos acudir a la jerarquía entre “datos” propuesta por Gény ¹⁷⁰¹.

El aspecto comunicativo (y de aceptabilidad) presente en las teorías de la argumentación jurídica (Perelman o Alexy) y la necesidad, por tanto, de comunicar a la otra parte dentro de un contexto tópico común, cuadra con la caracterización que hace Gény de los elementos constitutivos de una buena técnica jurídica. Los elementos científicos y técnicos del derecho se encuentran como parte del proceso comunicativo, conformándose en él. Así, el derecho se presenta como parte problemática y dentro de la aporía fundamental de Viehweg (lo justo aquí y ahora), se encuentra necesitado de una permanente renovación que los sitúan de fuera de la visión exclusivamente estática ¹⁷⁰².

El método tópico presenta los mismos problemas que el resto de concepciones sobre el sistema jurídico. Requiere un control de racionalidad que garantice un proceder seguro y coherente a la vez que dé cumplimiento a la idea de justicia. No obstante, se diferencia del resto de concepciones sobre el sistema jurídico en el hecho de que no establece soluciones preconcebidas y no limita sus razonamientos sobre la base de unos elementos (por ejemplo, la ley) dados de antemano. Esa apertura del razonamiento jurídico (y del pensamiento jurídico en general) es acorde con el método propuesto por Gény ¹⁷⁰³.

La retórica se presenta como el único medio de conseguir dentro de un mismo método, la unión válida entre principios “evidentes” y principios “probables”, al mostrar determinados principios como más “probables” o más “verosímiles” en una determinada situación. Así, la retórica convence sobre los tópicos aceptables en un determinado

¹⁷⁰¹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 384, 389-415. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 61.

¹⁷⁰² El derecho subjetivo es la forma técnica más acabada de la dimensión dinámica del derecho. Va a permitir asegurar continuamente elementos técnicos (de forma) que van a permitir conformar un derecho positivo adaptado a la realidad social e individual en cada tiempo y lugar. Véase capítulo IV de la primera parte de este trabajo.

¹⁷⁰³ Es más, Gény esboza un intento de combinación entre principio y hecho que es de utilidad para la tónica. Por ejemplo, vemos que las categorías reales van a servir de puente entre las realidades sociales y los principios (tópicos). Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 96, 125. Cuando el legislador no se pronuncia sobre problemas concretos, se entiende delegada al juez la tarea de la precisión tónica. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 243. En el ámbito propio de la praxis judicial, para Monereo Pérez, “lo construido” representa el orden jurídico positivo y lo “dado” representa “el caso real sometido al conocimiento del juez”. De la combinación de “lo construido” y lo “dado” los tribunales obtienen reglas y principios jurídicos “no necesariamente vinculados al texto legal”. Esta tendencia será luego analizada por la tónica jurídica. Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., *El pensamiento científico jurídico de Gény...*, *op. cit.*, p. 49.

contexto, es decir, en una determinada positividad. La retórica servirá para construir la positividad (el derecho objetivo y positivo) y justificarla. La retórica es operativa para la técnica del derecho, es decir, para convencer sobre la aceptabilidad de ciertos tópicos. La retórica no será de utilidad para la ciencia del derecho ¹⁷⁰⁴.

4.5. El problema de la racionalidad

Con este apartado se trata de averiguar el papel de la racionalidad en la argumentación jurídica. Ya sea como un factor más a considerar, como factor principal y fundante de toda actividad argumentativa en el derecho, o como fundamento último del derecho (si concebimos a este como dinámico y por tanto como actividad y no tanto como sistema).

En primer lugar, podemos partir del siguiente razonamiento Aristotélico: El derecho “constituye un juicio de la razón” y “sólo puede realizarse” “al constituir el objeto del mismo la ordenación de las relaciones sociales entre seres racionales y libres (...), a través de un razonamiento” ¹⁷⁰⁵.

Superada la época primitiva en la que el derecho estaba bañado en un misticismo mítico-religioso, el derecho es entendido ahora como fenómeno racional, obra del razonamiento. Ahora bien, se trata entonces de averiguar qué tipo de razonamiento impulsa la creación y aplicación del derecho y esto constituye una controversia metodológica que sólo puede ser resuelta atendiendo a la particular concepción del

¹⁷⁰⁴ Véase el estudio más detallado de las presunciones y ficciones de derecho en las que los elementos positivos de probabilidad, verosimilitud, normalidad, reglas de la experiencia, están a la base del problema técnico del derecho y, por ello, van a permitir configurar la positividad de un determinado derecho. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, Capítulo VIII, sección 1-2, número 228-253. Esa unión de método entre ciencia y derecho se consigue por vía de la intuición. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 86. Gény insiste que, si bien la realidad es compleja y cada ciencia deberá adaptarse a la particularidad de su objeto, es necesario una unidad de método. Los procedimientos de inducción y deducción serán usados en todas las ciencias, adaptándolos a cada una de ellas. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 172-175. Las ciencias sociales no son exactas y gran parte de los conocimientos obtenidos son inciertos e imprecisos. *Ibid.*, pp. 168-171. Será necesario concretar los “datos” (derivados de principios ciertos e inciertos) en preceptos, por lo que hay que combinar los “datos” con lo que nos ofrece la técnica del derecho (en el que incluimos la retórica como parte de la técnica de la argumentación y del razonamiento) para obtener la solución jurídica. *Ibid.*, p. 97.

¹⁷⁰⁵ Cfr. ARISTÓTELES, *Retórica*, *op. cit.*, pp. 27, 36.

derecho del que razona ¹⁷⁰⁶. El reto de la argumentación estará entonces intentar fijar los criterios del razonamiento material entre concepciones del derecho con el fin de poder “elegir” la más conforme a los fines que se atribuyen al derecho con independencia de la particular concepción que se tenga de este.

En nuestros sistemas jurídicos modernos, es de aceptación general que el déficit de racionalidad ¹⁷⁰⁷ del legislador actual traslada la responsabilidad de la racionalidad al juez debido a “la insuficiencia de la ley y los precedentes y que, por tanto, atribuye al razonamiento judicial un lugar privilegiado en la definición del derecho” ¹⁷⁰⁸. Ello nos lleva a tener que enfocar la racionalidad como una exigencia operativa del derecho que debe estar presente en las decisiones jurídicas que los distintos operadores del derecho toman. No obstante, si concebimos las teorías de la argumentación jurídica exclusivamente en base al concepto de racionalidad como criterio último decisor de la validez jurídica de una determinada solución jurídica, trasladamos y limitamos todo el peso justificatorio del derecho a la racionalidad argumentativa (que es principalmente una racionalidad basada en la lógica proposicional) ¹⁷⁰⁹.

¹⁷⁰⁶ Cfr. MONTORO BALLESTEROS, M. A., *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*, op. cit., pp. 75-76.

¹⁷⁰⁷ “En el ámbito jurídico puede hablarse tanto de racionalidad formal como material”. La racionalidad formal, en el ámbito jurídico, implica la búsqueda de los medios o instrumentos más adecuados para la consecución de fines (en principio, los buscados por el legislador siendo los medios las normas, pero también es aplicable a los fines jurídicos individualmente buscados). La racionalidad material, el fin (ya sea del legislador o las convicciones de un sujeto) condiciona la acción (acción normativa o actuación). Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, op. cit., pp. 241-242. Racional es “todo lo que está en consonancia con la razón”. Existen dos tipos de racionalidad con sus reglas de funcionamiento específicas. La racionalidad formal (basada en la lógica formal) y la racionalidad “no formal”. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópic jurídica*, op. cit., p. 207. Basado en obras de Georges Kalinowski.

¹⁷⁰⁸ Cfr. PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p 15.

¹⁷⁰⁹ Si concebimos el derecho desde la perspectiva del positivismo normativo y la visión sistemático-lógica, “no parece que existan [entonces] limitaciones realmente efectivas que permitan el control de la actividad judicial” y ello se debe a que “los jueces pueden utilizar un gran número de recursos [que sobrepasan los estrechos límites del reduccionismo positivista, incluido el actual positivismo incluyente]-reconocidos expresamente por el propio ordenamiento jurídico-para defender y justificar el contenido de sus decisiones” y ello puede llevar a concluir que “(...) no es posible hablar de racionalidad [tiene que entenderse la racionalidad desde un punto de vista argumentativo-formal] cuando el contenido de las decisiones es variable y poco susceptible de ser controlado”. Cfr. PUY MUÑOZ, F. DE P. y PORTELA, J. G., *La argumentación jurídica...*, op. cit., pp. 256-257. Esto último pone de manifiesto que, si el sistema normativo concibe una pluralidad de soluciones, tal vez el problema radique en una falta de determinación o mayor concreción del sistema como proceso de construcción de soluciones. “La ley y el resto de las fuentes de un sistema jurídico determinan tan solo el marco de soluciones posibles (...) [y] posibilita la adopción de decisiones distintas e incluso contradictorias entre sí y por tanto (...) no funciona como un límite efectivo a la hora de controlar la actividad judicial (...). No se puede identificar la justificación normativa [podríamos ampliarlo a “justificación jurídica” como solución “conforme a derecho”] con la justificación racional [de la decisión]”. *Ibid.*, pp. 241, 251.

La argumentación jurídica se compone de una justificación racional-lógica de su proceder que su funda, a su vez, en el razonamiento práctico encontrando el apoyo teórico en las teorías discursivas de Habermas, en la concepción de Dworkin y su teoría de la “respuesta correcta”; la interpretación de la moderna hermenéutica jurídica de Gadamer ¹⁷¹⁰ y Kauffman o, en definitiva, la tópica y retórica jurídica resurgida con autores como Viehweg o Perelman ¹⁷¹¹.

La argumentación jurídica trata de ofrecer una justificación renovada del derecho positivo. Trata de justificar este por vía de un concepto de *racionalidad de la decisión jurídica*. Pretende por tanto vincular la actuación judicial a leyes no escritas (o sea, no positivadas) que sean las que rijan y dirigen el proceso argumentativo. No obstante, el proceso argumentativo se configura por leyes lógico-formales que componen lo que se llama la justificación interna de la argumentación, pero esta, a su vez, debe ir encaminada a la “demostración” o “persuasión” del fin al que va destinado, que es quien dará valor o “corrección material” al encadenamiento argumentativo. Por tanto, la argumentación jurídica en su vertiente material deberá tener en consideración los principios y fines de una decisión merecedora del calificativo de conforme a derecho.

Si concebimos el derecho como principalmente dialógico, nos encontramos ante una necesidad de “aportación de argumentos”, una continua fundamentación, hipotéticamente extensible *ad infinitum*, Alexy propone sustituir el conjunto de proposiciones por una “serie de exigencias en la actividad de fundamentación” que

¹⁷¹⁰ En este sentido, Furguiele, entiende la introducción de la idea de “conciencia colectiva” (como producto positivo de una idea determinada de justicia en una sociedad y un tiempo concreto. Siendo esa “conciencia colectiva” equiparable a la creencia) en el método de Gény como la apertura a lo que será más tarde la “precomprensión” en la hermenéutica de Gadamer. Cfr. FURGIUELE, GIOVANNI, “François Gény civilista, o dell « application d’une méthode critique d’interprétation » del diritto (a proposito di « des droits sur les lettres missives »)”, *op. cit.*, p. 529. En este sentido, Monereo Pérez es de la opinión que Gény anticiparía, en el campo jurídico, la hermenéutica de Gadamer. Cfr. MONEREO PÉREZ, J. L., *El pensamiento científico jurídico de Gény...*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁷¹¹ *Ibid.*, p. 180. Igualmente, podemos ver un acercamiento con las ideas de Perelman. Como bien indicará García Amado, falta en la obra de Perelman, la “indicación de criterios controlables de racionalidad de la actuación valorativa del juez”. Así, según García Amado, ante la falta de precisión del concepto de racionalidad del discurso jurídico-práctico en Perelman, esta parecería poder encontrarse, siguiendo al propio Perelman, en la “coincidencia efectiva” de la decisión jurídica con las “opiniones sociales”. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, *op. cit.*, pp. 320-322.

“pueden formularse como reglas de la discusión racional”, no buscando entonces un resultado absoluto y definitivo sino simplemente racional ¹⁷¹².

Si basamos la fundamentación de toda argumentación jurídica en la racionalidad (entendida como “normas fundamentales del diálogo racional”) entonces tenemos que aceptar que “todo hablante une a sus manifestaciones las pretensiones de comprensibilidad, veracidad, corrección y verdad” lo que no parece incorrecto. Pero difícilmente se puede sostener que “quien afirma un juicio de valor o deber” plantea necesariamente “la pretensión de corrección” y además pretende que su afirmación sea fundamentable racionalmente ¹⁷¹³. Toda manifestación “sobre sentimientos, actitudes o deseos, pueden ser verdaderas o falsas, pero necesitan de una fundamentación para ser juicios de valor o de deber”, siendo entonces, según Alexy, correctamente fundamentados en derecho, si pueden justificarse por la racionalidad del diálogo sin atender a presupuestos ontológicos y antropológicos que puedan dar cuenta del deber-ser de las motivaciones y fines del actuar humano ¹⁷¹⁴.

¹⁷¹² Alexy pone el siguiente ejemplo de argumentación: “Si se aduce a favor de una determinada proposición normativa (como “A ha obrado mal”) una determinada razón “G” (por ejemplo “A ha mentido”) y esa razón encuentra su fundamento en la existencia de una regla presupuesta “R” del tipo: “mentir es malo”. Atacar la razón “G” conlleva adentrarse en la prueba de la veracidad o falsedad de una aserción de tipo descriptiva, no obstante atacar “R” supone cuestionar la fundamentación de “la regla que se expresa” con la afirmación “mentir es malo” y para ello se pueden aducir razones “G” como “mentir ocasiona sufrimientos evitables” y a su vez se puede querer fundamentar dicha razón en la existencia de una regla “R’”: “lo que causa sufrimientos evitables es malo”. En este ejemplo Alexy justifica la “regla presupuesta” por vía de una definición de resultado, es decir, define la idea partiendo de una de las consecuencia que la idea “mal” engendra, y es de entender, que esta forma de aprehensión de las ideas es muy propio de la retórica ya que establece un puente invisible o implícito entre el concepto y el resultado sin pararse a justificar el silogismo que lo compone (es decir el razonamiento interno que se ha seguido) y de este modo acepta una de sus posibles aplicaciones (vía razonamiento entimemático) como constitutivo del concepto total de “mal”. Cfr. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica...*, op. cit., p. 176. En este caso, la “racionalidad” vendría obtenida por un razonamiento inductivo, propio de la retórica, pero no por vía de un silogismo deductivo.

¹⁷¹³ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica...*, op. cit., p. 133. Nos recuerda Aristóteles que “tiene mucha importancia para la persuasión (...), la actitud que muestra el que habla”. Cfr. ARISTÓTELES, *Retórica*, op. cit., p. 139.

¹⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 135. Unos argumentos parten de los deseos (son espontáneos, algo más impredecibles), preferencias (son conscientes, precisas y se pueden ordenar) o intereses de los agentes y van destinados a la realización de una acción de ahí que le sean de aplicación las teorías de la “decisión racional” (ya que la argumentación consistirá en expresar una relación de medios a fines y constituiría un tipo de justificación); otro tipo de argumentación es el que parte de normas o valores, no pueden verse estos como expresiones de deseos o de una subjetividad concreta, sino que representan una dimensión más objetiva que requiere ser justificada y validada para que su aplicación dé lugar a una acción o conclusión que resulte “debidamente” deónticamente, esto es, que es exigible con independencia de los deseos del agente. Ahora bien, los deseos del agente pueden discutirse a partir de esas normas o valores para intentar justificarlos, en cuyo caso no estaríamos en el argumento medio-fin que “parte de deseos” sino del argumento que parte de valores. Cfr. ATIENZA, M., *el Derecho como argumentación...*, op. cit., pp. 200-

Es de suponer que, en nuestra sociedad actual, la racionalidad sea una condición exigible a todo proceso jurídico, como fundamentación del mismo. Como explica Alexy, “para llegar a una teoría del discurso jurídico que contenga también esa condición de racionalidad habría que ampliar la teoría del discurso racional práctico general hasta una teoría de la legislación, y esta hasta una teoría normativa de la sociedad, de la que la teoría del discurso jurídico constituiría una parte”¹⁷¹⁵. La necesidad de teorizar sobre la legislación y su necesidad de racionalidad se aproxima considerablemente a la idea de teorizar sobre los presupuestos básicos de validez de todo derecho, dicho de otro modo, teorizar sobre los fundamentos del derecho.

Al estudiar el fenómeno de la racionalidad, nos encontramos con una racionalidad (práctica) que actúa como límite a la hora de tomar una decisión jurídica en un “caso difícil” y dicha racionalidad práctica necesita acudir al principio fundamental de que para toda acción debe darse un motivo o tipo de razón. Por si fuera poco, estas razones o motivos de la acción, pueden clasificarse como procedentes de una “racionalidad subjetiva” (esto es la creencia subjetiva de que la acción A lleva a la consecuencia o es “apropiado” para obtener B) o de una “racionalidad objetiva” (esto es que la creencia esté justificada en el mundo “objetivo”). Lo que resulta claro es que puede producirse un conflicto entre los distintos motivos o razones y dicho conflicto suele presentar una dimensión “valorativa” o “finalista” (esto es, “no-racionalista”) debido a la propia naturaleza de las razones o motivos implicados. Así se vuelve necesario acudir a “razones de segundo orden” que establezcan una gradación de fines

201. Por mucho que se pretenda justificar “racionalmente” los deseos, estos sólo acabarán teniendo trascendencia para el derecho si son justificables desde los valores.

¹⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 275. Tratando la teoría de Hare sobre la argumentación moral, Alexy trae a colación la conclusión de Hare de la existencia de una “racionalidad” en la argumentación moral ya que el juicio moral sobre una cosa se basa en “razones” que se justifican en la existencia de propiedades no morales en la cosa que le atribuyen el carácter de “bueno” (v.g. un coche es “bueno” porque se juzga según estándares propios de la mecánica automovilística). La existencia de estas “razones” permiten inferir la existencia de un principio moral de universalidad (si el objeto “a” tiene una propiedad debido a la cual, este es “bueno”, entonces todo objeto “a”, es decir todo objeto igual a “a” en sus características relevantes, también posee dicha propiedad y por tanto también es “bueno”). El principio de universalidad crea reglas morales mínimas (v.g. no mentirás) que aun gozando de universalidad no gozan del mismo grado de generalidad (no todas las mentiras poseen la misma entidad, ni buscan los mismos efectos). Cfr. HARE, R. M., *Freedom and Reason*, Oxford, 1963, pp. 21-39. La universalidad entonces impone una regla de procedimiento en el actuar pero que en ningún momento concreta el contenido de esas reglas universalizadas. Cfr. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 80-83. Es interesante el hecho de que Alexy traiga a colación a Hare, ya que parece entonces abrirse el concepto de “racionalidad” a la necesidad de otras consideraciones o “razones” para la justificación.

para así complementar la racionalidad con otras virtudes como la justicia que permita zanjar el conflicto ¹⁷¹⁶.

Lo que nos lleva a preguntarnos si la racionalidad del diálogo es suficiente (por sí sola) como para teorizar sobre todo el derecho. Según Atienza, Alexy es claro cuando afirma que el discurso jurídico, que expresa la sujeción a la ley, a los precedentes judiciales y a la dogmática, tiene también sus límites, al igual que el discurso práctico general, en cuanto que no proporciona siempre una única respuesta correcta para cada caso ¹⁷¹⁷.

En este contexto, para Alexy, resulta equivocado sostener la tesis de que existe una única respuesta correcta - a la manera de Dworkin -, pues para ello habría que sostener también una teoría fuerte de los principios “que contuviera además de todos los principios del sistema jurídico” “todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos” y así poder determinar en cada caso la única respuesta correcta. Aun así, entiende Alexy que debe presuponerse una “única respuesta correcta” para el ejercicio del discurso jurídico porque esta puede darse o no, y ante dicha posibilidad debe tenerse como meta (aunque ideal) del discurso jurídico ¹⁷¹⁸.

Para Aarnio, el razonamiento jurídico “sólo presupone que las decisiones están (tan) bien argumentadas como sea posible. Nuestra expectativa (de certeza) concierne a la mejor justificación posible, no a soluciones absolutamente correctas” ¹⁷¹⁹ y según Atienza se necesita un nuevo procedimiento que cierre esta laguna de racionalidad y que no es otro que el *proceso judicial*. Una vez que se termina este último procedimiento, “tan sólo queda una respuesta de entre las discursivamente posibles” ¹⁷²⁰.

¹⁷¹⁶ Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, p. 156.

¹⁷¹⁷ *Ibid.*, pp. 192-193.

¹⁷¹⁸ Cfr. ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 5, 1988, pp. 139-151, pp. 140-151. Como recuerda Atienza, “la única respuesta correcta tiene el sentido de un ideal regulativo que rige en el discurso práctico racional”. Para Alexy (como también para Nino o para Dworkin) “el Derecho (al menos, el Derecho moderno o el del Estado constitucional) contiene un elemento de idealidad que lo conecta de manera necesaria a una moralidad universalista”. Cfr. ATIENZA, M., *Sobre la única respuesta correcta*, Jurídicas, volumen 6 número 2, Universidad de Caldas, Colombia, 2009. pp. 19-20. Esto no ha impedido que muchos autores vean la tesis de la “única respuesta” con escepticismo y se asombren de la trivialidad del planteamiento. Cfr. SALAS, MINOR E., “Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica...”, *op. cit.*, p. 127.

¹⁷¹⁹ Cfr. AARNIO, AULIUS, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 8, 1990, p. 31.

¹⁷²⁰ Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 192-193.

Ese relativismo en el que nos sumerge la tesis de la existencia de varias soluciones “racionalmente” justificables reduce necesariamente el control de “racionalidad” al mero control formal del proceso argumentativo, lo que puede resultar peligroso, insisto, si acogemos esa “racionalidad” como criterio suficiente para la justificación o por la tanto la consideración como válida para el derecho de una concreta solución ¹⁷²¹.

Ese concepto de racionalidad encuentra a su vez una fundamentación, no en alguna moral (o en el derecho natural), sino en una idealización de la actividad argumentativa que encuentra sus raíces en la retórica y la oratoria ¹⁷²². Es necesario que se dé la situación ideal de diálogo que propone Habermas (igualdad de derechos, universalidad, y ausencia de coacción) para que la argumentación (tanto jurídica como no) pueda desarrollarse con garantías suficientes para asegurar la posibilidad de fundamentación de los argumentos, su posible problematización y la exposición de contrargumentos y de su respectiva fundamentación ¹⁷²³. Como vemos, se establecen las bases para controlar “el mejor” desarrollo posible de la argumentación y dicho control debe ser reconocido como parte del derecho a un proceso justo y con todas las garantías. pero sólo se permite con ello asegurar e incluso justificar “el ejercicio del derecho al razonamiento” pero no asegura ni justifica que las premisas de partidas, ni las conclusiones, ni tan siquiera el propio razonamiento material, sean aceptables.

Para Alexy, la dogmática jurídica sería una solución. Esta desempeña un papel crítico o valorativo, y, por tanto, normativo ¹⁷²⁴. Frecuentemente, para solucionar un

¹⁷²¹ Como indica Alexy, “Hay numerosas razones para el abandono de una norma aceptada de manera general hasta ahora. La interpretación de las necesidades puede cambiar. El conocimiento empírico utilizado hasta ahora puede resultar insuficiente. O bien no se pensó en determinadas consecuencias directas o indirectas. (...) las normas discursivamente posibles se han de considerar siempre como fundamentadas sólo provisionalmente”. Cfr. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica...*, op. cit., p 141.

¹⁷²² “(...) diferentes planes de vida pueden asignar razonablemente diferentes prioridades a diferentes bienes (...), lo que significa que diferentes opciones subjetivas pueden ser objetivamente razonables” pero entonces el juez para decidirse por una opción u otra sin tener que acudir como justificación última al argumento de autoridad debe aplicar un criterio objetivo que le permita ver, de entre todas las opciones valorativas, cuáles son las que ofrecen las consecuencias *más aceptables*. Esto, según MacCormick, le vendría dado con la consideración del “espectador imparcial”. Idea esta que, si se desarrolla, nos lleva a pasar de una instancia monológica (espectador imparcial) a un dialógica plasmada en la concepción de “la comunidad ideal de diálogo” de Habermas retomado por Alexy. Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, op. cit., pp. 174-176. Basándose en las tesis de MacCormick.

¹⁷²³ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica...*, op. cit., p. 136.

¹⁷²⁴ No obstante, no se puede en la actualidad entender el papel de la dogmática en la ciencia del derecho exclusivamente desde la perspectiva de la jurisprudencia de conceptos, cumpliendo una función

problema o caso singular, es “necesaria una elección entre enunciados dogmáticos alternativos que hay que fundamentar de nuevo”. Además, es a menudo necesario rechazar un enunciado dogmático hasta entonces aceptado, aunque también, muy frecuentemente, para la fundamentación de una decisión “son necesarios, además de enunciados dogmáticos, enunciados prácticos de tipo general”¹⁷²⁵. Recuerda Alexy que el ejercicio dogmático para ser racional necesita que la argumentación jurídico-dogmática “no pierda la retroacción con la argumentación práctica general” y fundamente sus enunciados en otros enunciados dogmáticos junto con la formulación de las normas válidas y de los enunciados empíricos. En definitiva, para la fundamentación no estrictamente dogmática (o también llamada dogmática impura por Alexy) es necesario acudir a enunciados prácticos de tipo general¹⁷²⁶.

Para Alexy, la fundamentación o comprobación de enunciados dogmáticos no puede acudir indefinidamente a otros enunciados dogmáticos para justificarse, ni tampoco los precedentes pueden encontrar su legitimación exclusivamente en el principio de universalidad (que lleva a la justicia formal que busca tratar todos los casos iguales del mismo modo), de seguridad y previsibilidad jurídica. La justificación o pretensión de corrección del precedente es la condición primera para toda universalidad por lo que la fundamentación última, tanto del enunciado dogmático como del precedente, radica en argumentos prácticos de tipo general (ya sean premisas

meramente analítico-lingüística y sistematizadora obviando la dimensión crítica o valorativa y, por tanto, normativa. Las actividades de la dogmática pueden resumirse en una actividad empírico-descriptiva, otra analítico-lógica y otra práctico-normativa lo que permite que la dogmática elabore enunciados empíricos (esto es enunciados sobre hechos o aserciones que requieren ser probados. Pueden ser hechos históricos, o sucesos naturales justificables por las ciencias naturales, etc.), enunciados lógico-conceptuales destinados a sistematizar el contenido normativo del derecho positivo vigente y enunciados normativos fundamentados en otros enunciados dogmáticos, en enunciados empíricos o en enunciados derivados de principios prácticos de tipo general. *Ibid.*, pp. 241, 247 y ss. Aun siendo la clasificación acertada, la dimensión práctico-normativa (incluida las teorías de la argumentación jurídica, sobre todo en su dimensión prescriptiva) es la menos tratada por la dogmática. Frente a esta idea Tarello defiende que la dogmática jurídica debe ofrecer una interpretación avalorativa del derecho, ya que, para él, es el juez (o práctico del derecho) que tendrá que “decidir” entre un conjunto posible de significados determinados por la doctrina (idealmente de un modo previo a la decisión); pero “elegir” (que es la tarea del juez) supone un grado mayor de justificación e implicación con la regla que no tiene por qué asumir el teórico, principalmente porque, según Tarello, este último no aborda el derecho desde una perspectiva práctico-normativa, sino descriptiva avalorativa. Cfr. TARELLO, GIOVANNI, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 61 y ss.

¹⁷²⁵ Cfr. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica...*, op. cit., p. 258.

¹⁷²⁶ *Ibid.*, p. 261.

con contenido normativo basados en la razón práctica como enunciados que las desarrollen) ¹⁷²⁷.

Según Atienza, la razón no sólo establece una regla en el proceder o pensar (como reglas de la especulación, y por tanto formales) sino que plantearía también criterios de selección de conducta, lo que hace introducir la racionalidad como criterio axiológico definitivo ¹⁷²⁸. Para Herrera Flores, aun sin atribuir contenido material a la razón, la racionalidad “no vendría entendida como una regla estricta de procedimiento lógico, sino como una premisa formal que nos permita conectar nuestros deseos, necesidades y fines con las pautas teóricas y prácticas influyentes en la acción humana colectiva” y por tanto “ser racional [consistiría en] actuar «conforme» a unas determinadas normas y reglas imperantes en una comunidad o forma de vida (...)”. La razón puede situarse en una dimensión abstracta que puede constituir una “instancia crítico-valorativa” pero puede igualmente situarse en el nivel de la racionalidad práctica con el fin de discriminar entre diferentes modos de praxis sobre la base de un conjunto de principios abstractos y universalizables ¹⁷²⁹.

Los jueces, como dirá MacCormick, buscarán apoyar sus decisiones en “criterios universalizables”, es decir, tratan de rebasar “objetivos particulares para perseguir aquellos valores generalizados e institucionalizados en la práctica social, que legitiman la observancia del derecho” ¹⁷³⁰.

Para Gény, la razón va a permitir marcar las pautas del razonamiento jurídico (o discurso jurídico). Va a garantizar la racionalidad del diálogo jurídico. Funcionará, por tanto, como razón formal, es decir, como una forma impuesta al proceso argumentativo

¹⁷²⁷ *Ibid.*, p. 272.

¹⁷²⁸ Se podría entonces querer defender que la argumentación judicial y la dogmática deben producirse dentro del marco del derecho positivo, por lo que la pretensión de corrección del discurso jurídico se fundamenta en la necesidad de que el discurso jurídico encuentre cabida racional en el derecho positivo vigente y también, que el propio derecho positivo vigente sea racional o justo (ya que no se admitiría ninguna sentencia del tipo se condena al señor X, bajo una ley injusta, a Z años de prisión). Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho...*, *op. cit.*, p. 224. Desarrollando la respuesta de Alexy a algunos críticos.

¹⁷²⁹ Cfr. HERRERA FLORES, J., *op. cit.*, pp. 313-317.

¹⁷³⁰ Véase MACCORMICK, N. y WEINBERGER, O., *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, Reidel, 1986. Del capítulo XI de esta obra sobre *Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico*, existe trad. cast. de ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, incluida en el vol. a cargo de BETEGÓN, J. y J. R. PÁRAMO, *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 9 y ss.

para garantizar su corrección ¹⁷³¹ y como razón material, es decir, como facultad reveladora de principios (y por tanto de contenidos) ¹⁷³².

Las teorías de la argumentación jurídica también sitúan la razón material dentro de “la comunidad ideal de diálogo” o más generalmente en la idea de consenso. En Gény, la idea de consenso se encuentra en el “dado” ideal como creencia o conciencia colectiva, y la idea de racionalidad o razón formal es más propia de la técnica jurídica. Como ya hemos dicho, la razón (como “dado” racional) es la facultad para descubrir los principios universales e inmutables. Por lo que la idea de razón (como “dado” pero también como racionalidad) acaba por infiltrar todo el derecho ¹⁷³³.

La idea de consenso sobre la base de unos principios universales e inmutables, es decir, unos ideales o conciencia cultural construida sobre una serie de principios ineluctables, aparece en Gény cuando este combina la idea de “dado” racional con la idea de “dado” ideal y cuando propone la noción de derecho natural progresivo ¹⁷³⁴. Gény sostendrá en su obra la necesidad de científicidad, pero sobre todo de objetividad del conocimiento jurídico ¹⁷³⁵. Esa objetividad del conocimiento jurídico puede ser interpretada en un sentido formal y material. En términos más de actualidad, la objetividad formal es una cualidad del proceso de formación del derecho. Se trata del cumplimiento de una exigencia de corrección racional de los enunciados calificados como jurídicos (ya sean enunciados directamente formulados como enunciados obtenidos como consecuencia lógica de otros) ¹⁷³⁶. La objetividad material es una

¹⁷³¹ Como recuerda Gény, las formas se transformaron en parte del razonamiento y deben ser usadas siempre que sean útiles. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 102-103.

¹⁷³² Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 384. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo IV, *op. cit.*, p. 230.

¹⁷³³ La técnica jurídica también está regida por principios racionales. Esos principios deberán ser rellenados y desarrollados por la voluntad (según enseñan las teorías de la acción). Con la ciencia jurídica, los principios racionales son rellenados por la creencia. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 20-21, 176. La técnica da formas al contenido de los “datos”. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 16-17.

¹⁷³⁴ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 388. Cfr. GÉNY, F., “La laïcité du droit naturel”, *op. cit.*, pp. 19-20.

¹⁷³⁵ Gény menciona, en el ámbito particular del procedimiento intelectual del concepto, que este puede adquirir objetividad cuando “coincide en varias mentes” o por el hecho de “ser accesible a todos”. Cfr. Gény, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 205.

¹⁷³⁶ Gény muestra que los procedimientos intelectuales usados para las ciencias gozan de una objetividad que puede fundarse en el “subconsciente”, en la “convicción”, o en el reconocido éxito de la ciencia en la práctica. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 127-130. Gény usará esos procedimientos en su epistemología jurídica, aunque los flexibilizará debido a las particularidades del derecho. De este modo, obtendrá la “objetividad” del conocimiento jurídico.

cualidad del resultado al que llega el derecho. Se trata de la calificación como racional de los contenidos que conforman los principios de la ciencia del derecho (los “datos”), la técnica del derecho (las reglas jurídicas y las decisiones jurídicas particulares) ¹⁷³⁷.

En definitiva, para Gény, la razón (como instrumento y como facultad) se justifica como instrumento (razón formal) y como facultad humana que contiene contenidos (razón material) y es objetiva. Por ello, queda justificado que la razón (o la racionalidad) esté a la base de un método jurídico, sin perjuicio de que la “objetividad jurídica” implique incorporar más elementos que la razón, como puede ser, la creencia, la intuición, la voluntad, los ideales (con su parte de subjetividad), etc. ¹⁷³⁸.

¹⁷³⁷ El “dato” ideal facilitará un contenido al “dato” racional, aunque ese contenido sea vago y muy extenso. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, p. 384. Las categorías reales permitirán fijar el contenido de las instituciones sociales. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo III, *op. cit.*, p. 152. La técnica jurídica permitirá fijar hasta los mínimos detalles de la vida jurídica. Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 398-399.

¹⁷³⁸ Gény tratará en su obra de eliminar la subjetividad (y arbitrariedad) en el derecho ya que para él es contraria a toda ciencia del derecho. El “dato” ideal se basará sobre todos los elementos objetivos de los demás “datos”. Aunque el “dato” ideal es más subjetivo que los demás “datos”, preserva todavía una dimensión objetiva suficiente para clasificarlo como “dato”. Véase GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 384, 409-410. En cuanto a los problemas de interpretación y aplicación del derecho. Primero con la ley se fijó límites a las interpretaciones subjetivas que hacía la jurisprudencia. Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 5-6 de la “introducción”. Con la codificación ya se intentó homogeneizar y unificar los criterios subjetivos de las decisiones judiciales. Véase GÉNY, F., *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle...*, *op. cit.*, pp. 4-5. Como ya hemos comentado, Gény criticará al método exegético el permitir al jurista justificar sus opiniones subjetivas. Véase GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 67. El error consiste en calificar de objetivo realidades subjetivas. *Ibid.*, p. 129. Las construcciones jurídicas son subjetivas. *Ibid.*, p. 144. El intérprete (y el juez) deberán distinguir entre lo que es subjetivo de lo que es objetivo. *Ibid.*, p. 192. Debe aplicarse preferentemente la equidad destinada a encontrar soluciones generales y abstractas, porque es más objetiva que la equidad individual. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 110-111. La analogía buscará la objetividad desligándose de la voluntad del legislador. Cfr. GÉNY, F., *Méthode d'interprétation...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 312.

CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE

Pasamos a resumir esta segunda parte que expone la evolución de la filosofía del derecho y de la noción fundamental de “razón”. Constatamos, sin mucho esfuerzo, la tendencia a justificar continuamente las distintas posiciones del derecho natural según la postura y la definición que se ha decidido adoptar respecto de esa noción de “razón”.

Empezando por la Edad Media, Santo Tomás de Aquino, como pensador fundamental de nuestra tradición iusfilosófica, concibió la noción de razón como una intelección del mundo realizada dentro de una perspectiva cosmogónica y teológica cristiana. Tomás de Aquino considera al hombre como criatura racional sometido a leyes inamovibles y distintas de la ley humana (positiva) que él mismo pueda imponerse. Se impone al hombre un complejo jerárquico de leyes (ley divina, ley eterna, ley natural) que no puede desconocer. La “razón” será el único instrumento que acompaña al hombre y le indica los preceptos de la ley natural. No obstante, esta ley natural se derivará de las leyes superiores a ella (ley divina y eterna). Razón y fe quedan, inevitablemente, vinculadas de algún modo.

La visión moderna de la razón científica desvinculada de toda base trascendente (es decir, de una base cosmogónica que explique la posición del hombre en el Universo), hace que dicha razón no pueda descubrir más que leyes físicas (o sensibles) sin jamás poder descubrir leyes universales e inmutables que se impongan a la conciencia del hombre (moral universal). El hombre, según Tomás de Aquino, actúa en busca del bien (valor universal que le ordena la razón), por lo que su deber es conocer el bien (por medio de la razón) y, una vez conocido, actuar (dictar las leyes humanas).

Tomás de Aquino abrirá la puerta a la modernidad al separar la noción de razón y de fe. Si la razón ya no se vincula a una cosmogonía-teología que permita legitimar la existencia de los fines a los que va destinada, esta, ya no es capaz de ofrecer contenidos universales y se convierte en un mero instrumento formal, reducido a razonamientos y operaciones lógicas. Con la modernidad, la razón se reduce a mero instrumento, pierde toda vinculación a realidades superiores a ella y trata de legitimarse a sí misma como independiente y autónoma. El hombre ya no se encuentra enmarcado en una

cosmogonía particular, sino que se reduce a su dimensión empírica. El hombre pasa a estudiarse a sí mismo como un fenómeno empírico más.

Ese humanismo nacido con la modernidad, ha pretendido fundamentar el derecho natural en una idea de hombre universal distinto a la idea de hombre - religioso. En otros términos, ha querido construir un sistema de derecho sin influjo de realidades externa a la mera observación del comportamiento instintivo y espontáneo del hombre. Para ello se reduce la dimensión ontológica del hombre hasta considerarlo como un individuo. De la observación de las tendencias del individuo se obtiene el derecho natural moderno que consagrará como principios universales del hombre: el individualismo, el voluntarismo y el subjetivismo y como medio para descubrirlos (la razón instrumental).

Para el derecho natural moderno, el derecho natural se fundamenta en la naturaleza del hombre la cual se deriva de Dios. Pero Dios sólo interviene como aquel (o aquello) que ha creado al hombre con una determinada naturaleza que le es propia. Por lo que, si se quiere conocer y gobernar a los hombres, sólo hay que atenerse a su naturaleza propia, sin necesidad de conocer la naturaleza de Dios. Hobbes y Pufendorf concebirán la naturaleza del hombre (el estado de naturaleza del hombre) como una naturaleza violenta y destructiva que necesita ser controlada para que la vida humana prospere. Locke acabará por teorizar una ley natural para el hombre, que se obtiene por el uso de la razón instrumental aplicada a los datos que proporcionan los sentidos. Es decir que Locke abre definitivamente la vía del empirismo dentro del derecho natural.

El derecho natural moderno servirá para reducir la dimensión ontológica del hombre que pasa de encontrar un fundamento en Dios como principio activo, es decir, como conjunto de atributos o principios universales e inmutables que tienen contenido y efectos reales, a no tener más que principios formales (Dios como un principio formal o sin contenido) vacíos de contenido. Así, el derecho natural moderno se vuelca en el estudio de los instintos, apetitos, deseos, sentimientos y el resto de tendencias que mueven al hombre a actuar y que pasan a considerarse como el fin último de todo actuar. En este sentido, el derecho natural moderno es contrario a la doctrina de Gény debido a que no encuentra un fundamento real y efectivo en ningún principio universal e inmutable superior (principios morales) a todos aquellos principios que configuran la

particular condición psicológica del hombre (sus instintos, miedos, deseos, creencias, etc.).

En esta reducción progresiva del complejo ontológico del hombre encontramos autores como Montesquieu o Rousseau que situarán el derecho natural del hombre en un lugar ambiguo entre el racionalismo anterior (una naturaleza humana creada por Dios y conocida por la razón) y el empirismo (la naturaleza humana como dimensión variable según las circunstancias históricas y sociales). Así, el derecho natural pasa a fundamentarse en el sentimiento innato de los hombres, en su “corazón”, en las naturalezas de las cosas (entendiendo las cosas como seres físicos y al hombre como un ser físico e inteligente).

La razón que, con el derecho natural moderno, no era más que razón “natural” pero firmemente asentada en una naturaleza humana invariable pasa ahora a ser razón “histórica”. Incluso llega a desaparecer en favor de un sentimiento innato. Una vez reconocido el sentimiento como fundamento del derecho natural, Hume, para el cual no existen principios (morales o éticos) objetivos, condenará a la razón por ser inconsistente. Su método empirista le lleva a reconocer las pasiones humanas por encima de la razón proclamando así un empirismo sentimental antirracional.

Gény no puede negar esa realidad histórica que le precede y reconocerá la posibilidad de fundamentar un cierto orden de ideas sobre sentimientos y pasiones (creencias, aspiraciones, deseos, etc.) que están presentes en todos los hombres y que afectan a la organización social. No obstante, Gény repartirá esos contenidos entre el “dado ideal” para lo referido a la realidad sentimental o psicológica del hombre, el “dado” histórico para la consideración de los cambios evolutivos en la sociedad y el Estado y el “dado” natural para incorporar los conocimientos empíricos sobre los seres físicos y las tendencias sociales.

Kant tratará de reestablecer el concepto de razón. La razón será, para Kant, esa facultad de conocer la realidad *a priori*. La razón aplicada al mundo de los fines, es decir, al mundo de los fenómenos morales, es la razón que estudia las acciones humanas. Esta razón es llamada razón práctica que, considerada en sí misma, como razón pura práctica, dará lugar al derecho. El derecho natural (como fundamento del derecho) será para Kant, el conjunto de posibilidades de juridicidad, es decir, el

conjunto de posibilidades extraídas por la razón *a priori*. Así, el derecho natural es una condición de posibilidad racional del derecho positivo. La moral no es encontrada racionalmente sino en la intuición o la creencia. La moral (mandatos *a priori* como el imperativo categórico) impone deberes al hombre que este debe cumplir. El derecho exigirá el cumplimiento formal (o exterior) de esos deberes, mientras que la moral exigirá la adhesión de la máxima individual al mandato *a priori* (es decir, que el individuo acepte el mandato en su conciencia). Esa razón *a priori* será llevada al extremo con el idealismo hegeliano. Para Hegel, será necesario instaurar una filosofía del derecho que permita unir lógicamente los conceptos del derecho en un sistema dotado de una racionalidad interna que permita realizar todos estos conceptos y así obtener la Idea del derecho (Idea entendida como realización del concepto por medio de la razón. Ya que probando que el sistema es racional probamos que es real).

Después de Hegel, se degrada definitivamente la noción de razón que acaba siendo sustituida por un impulso vital que se traduce en una voluntad de poder en la filosofía de Nietzsche, o en una “razón vital” en Ortega y Gasset. Es decir, se sustituye a la razón por la noción de vida. Una vez agotada la noción de vida, se cae en la angustia y la resignación de la filosofía existencialista que conduce a un nihilismo devastador. Llegado a este punto, la noción de “razón” desaparece, el individuo se proclama como el principio de todas las cosas y niega todo valor a instituciones supraindividuales.

En este contexto, aunque la filosofía del derecho haya tratado de proporcionar nuevos contenidos materiales a los principios que debían fundar el derecho positivo, el derecho positivo del siglo XX ha seguido su curso sin verse apenas influenciado.

En esta progresiva degradación de la noción de razón (en un primer lugar situada cerca de lo divino, de Dios, de la fe, después situada en lo “natural”, en lo propiamente humano, posteriormente situada en la historia y en el sentimiento, finalmente situada en un mundo *a priori*, puramente abstracto, hasta desaparecer definitivamente) que ha culminado definitivamente en el siglo XX, Gény ha tomado partido tratando de reconstruir todo un sistema para el derecho que adoptara, de nuevo, principios inmutables y universales que constituyen el deber ser del hombre (su razón de ser, su destino) y que pueden ser encontrados con la razón entendida ampliamente. Volver a legitimar la razón sobre bases no estrictamente positivas o empíricas. Así, Gény

constituye una ciencia jurídica que sabe integrar los aspectos más relevantes que ha enseñado la historia del derecho natural y que sin caer en el nihilismo posmoderno se reafirma como una propuesta viable para fundamentar nuestros derechos positivos actuales.

La ciencia jurídica que se ha desarrollado a lo largo del siglo XIX y del siglo XX, es decir, en la época en la que escribe Gény, se ha preocupado por justificar la científicidad de su práctica y desvincularse, progresivamente, de todo resto de referencias a un derecho natural. Se trataba de quitar todo lo que no tenía valor “científico” (único criterio de validez ontológica para la época moderna) a lo que fue el derecho natural de las épocas anteriores. El derecho natural proveniente de la filosofía ilustrada sólo permitió reafirmar la búsqueda de bases científico-empíricas para el derecho, reduciendo todo el derecho, a derecho positivo “científica-empíricamente” fundamentado. Como era de esperar, esta reducción del derecho natural a un derecho científico-empírico, hizo que las ciencias sociales (así como las naturales) pasaran a tener un peso relevante. Así, los siglos XIX y XX se van a caracterizar por el problema metodológico. Ya no se trata de partir de principios (el derecho natural) que, imbricados con la realidad empírica, ofrezcan soluciones de derecho, sino que se trata de partir de las realidades empíricas para tratar de alcanzar principios. De allí que la preocupación de los juristas no se encuentre ya en cultivar la problemática de los principios (la ontología) sino que se encuentra en cultivar la problemática de los hechos (el método).

Así, desaparecido el derecho natural (tal y como venía definido del pasado), surgen dos modelos de ciencia jurídica: la dogmática jurídica y la teoría general del derecho. La dogmática jurídica trabaja con los principios que se encuentran por debajo del orden jurídico (a diferencia del derecho natural que busca los principios que están por encima e incluso fuera del derecho positivo), como pueden ser las normas positivas del Estado (la ley) o los hechos sociales considerados como jurídicos (la sociología jurídica). La dogmática tratará de ofrecer un orden sistemático a todos estos contenidos y derivar de allí, como en un sistema cerrado, todas sus conclusiones. La teoría general del derecho, partiendo del sistema construido por la dogmática jurídica, estudiará los elementos comunes a todos los sistemas jurídicos.

La sistematización del derecho empezó por una unidad “atómica” básica, a saber, la norma jurídica (con las teorías de la norma jurídica) para ir recomponiendo toda una estructura según ideas de orden y unidad. Todo lo que pretende ser científico debe construir un sentido sistemático a lo que se presenta a nosotros como disperso y caótico (según Kant) hasta el punto de que Hegel entendiera que el sistema, construido en términos racionales (es decir, en términos sistemáticos) es real y todo lo que es fruto de la razón (sistemática) es real. Se culmina así, con Hegel, la idea de construcción sistemática ideal y de unidad total de lo real por medio de lo racional.

Esta noción de “sistema” se constituyó como la base y el fin de todo trabajo científico. Esta construcción sistemática en el ámbito jurídico sigue los siguientes pasos. Primero, un método lógico-analítico que permite identificar “conceptos”. Segundo, un método lógico-inductivo que extrae los elementos comunes a esos conceptos para formar “principios”. Por último, se parte de esos conceptos y principios para elaborar construcciones (instituciones jurídicas).

Al lado de esa visión muy formalista del sistema, surge la visión organicista. El sistema orgánico (inspirado en el sistema vital de los organismos biológicos) está en constante movimiento y responde a criterios “vitales” o finalistas distintos de los simples criterios de forma. Savigny construirá un sistema “orgánico”. Ihering, combinará el sistema orgánico con un sistema formal (lógico-deductivo).

La construcción sistemática no es contraria al pensamiento de Gény. Es más, las construcciones sistemáticas no resultan contrarias a la realidad científica. Pero, como bien observará Gény, toda construcción sistemática, así como las conclusiones y otro tipo de resultados derivados de dichas construcciones no tienen más valor que el de las hipótesis sobre las que se construyen, es decir, hipótesis empíricas. La demostración empírica de los resultados de estos sistemas no es prueba de su valor o utilidad para ciencias prescriptivas, es decir, no simplemente descriptivas.

El siglo XX se caracteriza por acentuar la dimensión lógico - deductiva (sobre la dimensión organicista). Encontramos así el desarrollo de una teoría pura del derecho (Kelsen) que entiende el fenómeno jurídico exclusivamente desde su forma normativo-estatalista y que llevará al extremo la comprensión lógica del sistema depurándolo de todo elemento fáctico (que adquiere para ese sistema el carácter de elemento exógeno).

En esa misma línea, y como consecuencia inevitable, se desarrolla la filosofía analítica (o filosofía del lenguaje) que busca conocer todo el derecho (reducido ahora a derecho positivo) por medio del estudio del lenguaje de la dogmática jurídica. El estudio y el desarrollo de la lógica de la “norma” y del “sistema” caracterizará este periodo.

La idea de derecho positivo, reducida a formulaciones lógicas y sistemáticas sobre la base de normas positivadas por la autoridad estatal, pasa a ser estudiado por Kelsen que verá en ese sistema las notas de estaticidad (sistema estático) y dinamicidad (sistema dinámico). El formalismo de Kelsen agotará en cierto sentido la cuestión epistemológica del derecho (el derecho es conocido por medio del sistema jurídico, tal cual lo entiende Kelsen) dejando sólo pendiente de resolver la cuestión metodológica, es decir, el problema de la aplicación del derecho. Surgen entonces las corrientes del positivismo crítico y el postpositivismo que entienden que el aplicador del derecho aplica el derecho de conformidad con el sistema jurídico, es decir, según criterios principalmente formalistas (que le garantizan tener a disposición reglas y principios coordinados en un sistema coherente y unitario).

En oposición a estas corrientes, surge la escuela del derecho libre que reconoce la necesidad de un método para aplicar el derecho. El aplicador, sobre la base del sistema formalista que le proporciona la teoría kelseniana y sus derivaciones positivistas, debe resolver problemas cuya conformación se produce en un ecosistema (social, psicológico, económico, político, etc.) ajeno al derecho entendido como sistema de normas positivadas por el Estado. Esta escuela tendrá más en cuenta, para aplicar el derecho, este conjunto externo (este ecosistema) que el sistema de normas positivas. Otras doctrinas han buscado, más particularmente, el momento constitutivo de la experiencia jurídica, es decir, se han acercado al derecho como fenómeno social. En esa búsqueda de la experiencia jurídica, surge el realismo americano, el cual, reconociendo la necesidad de un sistema jurídico construido sobre bases lógico-sistemáticas, tratará de reconstruir una doctrina del derecho que parte de los fenómenos sociales para integrarlos en un sistema (político-jurídico) y obtener reglas y principios. En definitiva, se trata, con este movimiento, de reconstruir una teoría explicativa (y fundamentadora) del derecho sobre la base de la realidad social (proponer un método, una epistemología y una ontología para el derecho).

Lo característico de lo que podríamos llamar la “crisis del formalismo kelseniano” consiste en la necesidad de reconstruir todo un sistema jurídico sobre la única base aún existente y sin teorizar, de “lo social”. Los teóricos del derecho estudiarán los fenómenos sociales y buscarán extraer “reglas de la razón práctica” (o criterios de racionalidad), todo ello para declarar la objetividad de una actuación y la corrección de una decisión. La idea de corrección implica necesariamente una idea de derecho correcto, lo que necesariamente reenvía a la cuestión ontológica, es decir, a la cuestión por el derecho justo que, en este caso, se encuentra en principios socialmente aceptados.

Comprendemos que Gény, en este estado de cosas, planteara su doctrina en una construcción ascendente (como hemos comentado en las conclusiones de la primera parte) que parte, al igual que el resto de doctrinas actuales, desde los problemas de método, pasa por problemas epistemológicos, hasta asentar las bases ontológicas del derecho. La diferencia entre Gény y el realismo jurídico radica exclusivamente en su acercamiento ontológico distinto al fenómeno social. Mientras que, en el aspecto metodológico y epistemológico, Gény introduce la observación de los fenómenos sociales como un elemento fundamental, este elemento no va a constituir la base ontológica (los principios) y por tanto los fines de todo el sistema de derecho (y, por ende, de toda solución jurídica). En otras palabras, Gény deriva el derecho de la naturaleza de las cosas (en la que la metafísica tiene su peso) mientras que Dworkin basa su sistema en tópicos socialmente aceptados.

Queda entonces la idea de “racionalidad” como último reducto de lo que fue el derecho natural. Esta idea de racionalidad trata, en la medida de sus posibilidades, de fundamentar una doctrina para el derecho que pueda, en nuestros Estados modernos, explicar el fenómeno de las Constituciones y la necesidad de un mínimo de “racionalidad”. Gény presentará en su construcción una idea de “razón” que no vacila en afirmar principios universales e inmutables (como lo hiciera el derecho natural clásico), que reconoce la necesidad de una construcción racional del sistema (como la haría en parte el derecho natural moderno) y que busca aplicar el derecho en “armonía” y conformemente con las bases de todo el sistema y con la observación social (esto último es lo que pretende la “racionalidad”).

En lo referido a la metodología jurídica, lo primero que debemos apuntar es que esta se sitúa en último lugar en la reflexión sobre el derecho. El proceso de degradación de la razón a lo largo de la historia del derecho natural ha llevado a perder bases ontológicas (Dios o la naturaleza) para situar el derecho exclusivamente sobre bases epistemológicas (la idea de sistema o de norma positiva) para finalmente situar el derecho en bases exclusivamente metodológicas (aplicación del derecho, corrección de las decisiones judiciales, racionalidad de la argumentación, etc.). Se opera entonces un proceso descendente (desde la dimensión ontológico-metafísica, hasta la dimensión epistemológica-científica, para finalmente terminar en la dimensión metodológica) de la fundamentación del derecho.

Por lo que, si, hoy en día, pretendemos hablar de fundamentación (o fuentes), interpretación o aplicación del derecho tenemos que hacerlo desde la perspectiva metodológica. Por ello, a día de hoy, hablar de fundamentación (o fuentes), interpretación o aplicación del derecho es hablar de la fundamentación (o fuentes), interpretación o aplicación de todos los actos de los operadores jurídicos (ley, contratos, actos administrativos, etc.), es decir, de todo lo que produce el sistema de derecho.

Si nos fijamos en la interpretación del derecho, debido a que esta consiste en buscar el significado del derecho, si concebimos el derecho como un sistema lógico deductivo basado en normas positivadas por el Estado, la interpretación del derecho consistirá en descifrar los significados de las normas y de las relaciones existentes entre ellas que permiten construir con estas un sistema. Sin embargo, si partimos de la metodología jurídica (como lo hace el realismo jurídico), entonces, la interpretación del derecho consistirá en descifrar el significado del derecho judicial y todos aquellos elementos que intervienen para su elaboración (elementos sociales, psicológicos, etc.). Por ello, con el surgimiento de las novedosas teorías de la argumentación jurídica, se ha hablado también de interpretación del derecho como tarea argumentativa.

En términos actuales, es decir, desde la perspectiva de la metodología jurídica, la interpretación se estudia desde el fenómeno más próximo a la aplicación del derecho, es decir, la sentencia judicial. Se establece que la sentencia judicial contiene dos contextos en los que se desenvuelve su argumentario. Un contexto es el conocido como contexto de justificación y el otro como contexto de descubrimiento. El contexto de justificación

renvía al sistema de derecho y como tal a una interpretación sistemático - formal del derecho (hay que recordar que, como hemos dicho, el derecho concebido exclusivamente como sistema encuentra todos sus significados dentro del sistema, por lo que la interpretación pasará necesariamente por una interpretación sistemática del derecho) y el contexto de descubrimiento reenvía a los elementos sociales, económicos, políticos, psicológicos, etc., que intervienen en la construcción de la sentencia. Todas las doctrinas actuales tratarán de solucionar este escollo (Kaufmann, por ejemplo, entiende la interpretación como un proceso que combina, por un lado, la idea de derecho que encontramos fuera del sistema de derecho, en una precomprensión, en la intersubjetividad y el consenso, con las normas legales. Es un ir y venir de la norma al hecho. Otros limitarán la interpretación al contexto de justificación, deshaciéndose del contexto de descubrimiento).

Gény adoptará una interpretación del derecho que podemos entender como mixta. Por un lado, entiende que la interpretación del derecho en el ámbito ontológico ha desaparecido (ya no se trata de averiguar la voluntad de un legislador sometido a Dios o a revelaciones particulares que permita medir la adecuación del derecho positivo con el “ser” verdadero del derecho), en el ámbito epistemológico debe quedar reducido a su mínima expresión, es decir, a la interpretación del texto de la ley (la voluntad del legislador es una voluntad cambiante según movimientos de opinión y por tanto, lo único fijo en él, son los términos que emplea para expresarse) y a los movimientos de la costumbre. La interpretación del derecho (como búsqueda de su significado), en la actualidad, se desenvuelve en el ámbito metodológico (el derecho no tiene ya más bases que los simples hechos, es decir, la observación de los fenómenos sociales y, en general, los fenómenos de la “vida” del hombre. De allí, la importancia de la “naturaleza de las cosas” como forma de acercarse abiertamente a todos los fenómenos (físicos y morales) por lo que son).

En cuanto a la aplicación del derecho, esta se incluye propiamente hablando dentro de la metodología jurídica. Es, en última instancia, el problema de mayor calado de la metodología jurídica ya que es aquel que va a pronunciarse sobre cómo son y deben ser las soluciones jurídicas. En otros términos, se pronuncia sobre la corrección/justicia de las sentencias. No podemos esperar de los estudios sobre la aplicación del derecho aportes novedosos y rompedores con lo que ya se ha dicho

respecto de la interpretación del derecho. Una vez reducida la interpretación a un aspecto de la metodología jurídica, la interpretación se convierte a su vez en aplicación y no es posible distinguirlos. Algunos, como Hernández Marín, sostienen que interpretación y aplicación del derecho son dos operaciones distintas. Esto se debe a que la aplicación se considera como el corolario de la interpretación y por ello afirma que la aplicación, una vez dotada de las conclusiones a las que llega la interpretación, no es más que el conjunto de resultados obtenidos de la matriz de posibilidades que engendra la concepción sintáctica y semántica, de entre cuyas posibilidades, el intérprete deberá elegir. En otras palabras, es correcta cualquier decisión jurídica siempre y cuando esta sea una de las posibilidades de la matriz de posibilidades que la concepción sintáctica y semántica aplicada a un enunciado jurídico interpretado como válido ofrece. Se tiene así, por un lado, el enunciado interpretado (por medio de la interpretación) y, por otro lado, la elección de una de las posibilidades que ofrece este enunciado. Entendemos que esta concepción peca en dos sentidos. Por un lado, nada dice en realidad de más sobre la aplicación del derecho ya que no es más, como hemos dicho, que un corolario (sintáctico y semántico) obtenido del enunciado jurídico interpretado. Por lo que la cuestión se plantea en saber qué enunciado jurídico, de entre todos los posibles enunciados jurídicos, “debe” ser elegido y como tal, que enunciado jurídico “debe” ser interpretado, cómo debe ser interpretado y cómo debe ser aplicado. Una vez establecido el enunciado jurídico a interpretar y una vez interpretado (problema de la interpretación), se justifica (por medio de la concepción sintáctica y semántica) cualquier decisión de la matriz de posibilidades del enunciado jurídico sin establecer un criterio para seleccionar de entre todas estas posibilidades cuál de ellas hay que aplicar (problema de aplicación). Estos problemas dejan de serlo si, como lo pretende el positivismo formalista, el derecho se reduce a los enunciados formulados por la autoridad positiva que deben ser interpretados según su literalidad y a la luz del sistema que relaciona todos los enunciados jurídicos, y si su aplicación consiste en el conjunto de consecuencias lógicas, ya que la concepción sintáctica y semántica no dejan de ser “lógicas” obtenidas del texto del enunciado jurídico y que, en última instancia, operan dentro del sistema formado por todos los enunciados jurídicos. Pero en realidad, la concepción sintáctica y semántica padecen, en definitiva, los mismos defectos que la

concepción lógica, es decir, no buscan más que aplicar “lógicamente” el texto de un enunciado jurídico.

Por ello, la aplicación del derecho y la interpretación del derecho se suman dentro de la metodología jurídica. Con Gény, vemos este punto claramente en su primera gran obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* que puede ser leída, desde un cierto punto de vista, como el trabajo de reubicación de la interpretación del derecho dentro de la metodología del derecho. El concepto de “libre investigación científica” del derecho es la prueba de ello.

No podemos hablar de metodología del derecho sin hablar del problema de la lógica. La lógica se encuentra en todos los razonamientos. La cuestión que se plantea es saber qué tipos de lógicas son aplicables al derecho y si existe una lógica especial, es decir, una lógica jurídica. En el derecho son de aplicación preferentemente los razonamientos deductivos e inductivos, de allí que podamos hablar de lógica deductiva y lógica inductiva dentro del derecho. También podemos hablar de una lógica jurídica formal que va a estudiar el valor lógico entre distintas proposiciones o enunciados jurídicos o de lógica jurídica como lógica de la noción de derecho y sus partes, es decir, el derecho como sistema.

A todo objeto de estudio, según su naturaleza propia, le será de aplicación una lógica propia. De allí que, algunos, debido a que el derecho no es una ciencia natural, entiendan que la lógica formal no pueda ser, de modo exclusivo, de aplicación y que vean necesario aplicar una lógica retórica o dialéctica. Incluso Recasens Siches hablará de una lógica de lo razonable o de la acción humana. El propio Gény hablará de una lógica de “los elementos objetivos de la vida social”.

Situándose en la dimensión metodológica del derecho, el estudio de la lógica pasa por el estudio de las decisiones judiciales y por tanto de los razonamientos seguidos por estas. Las decisiones judiciales se construyen sobre la base de un silogismo (o razonamiento silogístico), es decir, un razonamiento compuesto por tres partes: una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión. El silogismo, referido a la estructura lógica del razonamiento (razonamiento en tres partes) puede vincular las premisas con un tipo de razonamiento deductivo o con un tipo de razonamiento inductivo. El silogismo deductivo (llamado silogismo subsuntivo) tendrá que

combinarse con el razonamiento inductivo para que obtengamos la estructura completa del razonamiento judicial. En otras palabras, el silogismo judicial se compone de razonamientos deductivos y razonamientos inductivos. El razonamiento inductivo se aplica a los hechos (se trata de construir un razonamiento inductivo, llamado también razonamiento dialéctico, que nos permita considerar hechos como probados), es decir, trata de conformar la premisa menor y también puede ser aplicado para conformar la premisa mayor (si consideramos que la premisa mayor, es decir, el enunciado jurídico aplicable, no es simplemente el enunciado jurídico positivo y que, por tanto, se compone de otros elementos). Una vez obtenidas la premisa mayor y la premisa menor, aplicamos el razonamiento deductivo para obtener la conclusión.

La diversidad de lógicas que se pueden concebir como de aplicación para el derecho surge del hecho de que hay varias concepciones sobre la metodología del derecho. Para Gény, la lógica del derecho es una lógica tanto deductiva como inductiva (va del hecho al principio, así como del principio al hecho). Gény hablará de una “deducción temperada”, es decir, de una deducción combinada con otros procedimientos, como la observación y la analogía. Podemos concluir que la lógica jurídica (y los aportes más actuales) no puede solucionar el problema de la metodología jurídica, debido a que existen tantas lógicas jurídicas como concepciones jurídicas. Por lo que la metodología jurídica considerada en sí misma (es decir, sin una concepción jurídica que la fundamente), está abocada a desarrollar todas sus posibilidades lógicas sin nunca poder encontrar una dirección definitiva para el derecho. Gény, sin embargo, con su distinción entre la ciencia y la técnica del derecho abre paso a la consideración de una lógica particular para el derecho. Esto lo apreciamos con la particular epistemología jurídica que nos propone Gény (lógica combinada con intuición y creencia). Gény propondrá una lógica jurídica que encuentra su base en una ontología concreta (la naturaleza de las cosas).

Los hechos nunca se presentan libres de valoraciones. El hecho es aprehendido por categorías intelectuales expresadas por el lenguaje. El hecho en sí se presenta a nosotros como una realidad intelectual más o menos corroborada por la experiencia. En definitiva, el hecho requiere siempre, para ser inteligible, una reconstrucción mental de su génesis (causa), de su manifestación (interior y exterior), y de sus consecuencias. En el ámbito judicial, el hecho estudiado es un hecho pasado y debe conectarse dentro de

un discurso histórico-narrativo que permita mostrar sus tres elementos constitutivos (la causa, la manifestación y la consecuencia). Así, el hecho siempre será descrito y explicado según determinados principios (o puntos de vista). El hecho posee una dimensión fenomenológica, es decir, en el mundo “empírico” y tiene una dimensión moral, es decir, un significado para el mundo “humano”. En el primer caso se exige probar la manifestación fenoménica del hecho (con pruebas respaldadas por la observación y la experiencia: reglas de la experiencia), en el segundo caso se exige probar la razonabilidad o, dicho en otros términos, el principio racional que se encuentra detrás del hecho y que le dota de sentido. Así, existen hechos que no son más que fenómenos empíricos sin significado moral particular (hechos de la naturaleza) mientras que otros hechos (hechos humanos) no sólo son fenómenos empíricos, sino que son fenómenos morales. Esos hechos (como fenómeno moral) suelen venir explicados por las reglas de la experiencia. Si queremos que esa explicación sea “racional”, las reglas de la experiencia tenidas en consideración no deben derivar de las experiencias subjetivas y personales del juzgador, sino que deben pasar un filtro de “racionalidad” que podría venir dado por el consenso general.

Gény, consciente de ello, dividirá la noción fundamental de “naturaleza de las cosas” en todo aquello que va a conformar los hechos relevantes para el derecho. Concretamente, entiende que la dimensión (lo “dado”) racional, ideal, histórica y natural va a proporcionar las leyes suficientes para la intelección adecuada de cualquier hecho. Gény, para enjuiciar los hechos empíricos reenvía a lo “dado” histórico y natural. Los hechos, como fenómenos puramente empíricos, responden a leyes físicas que recogerá el “dado” natural. Los hechos, como fenómenos morales, sólo son comprensibles dentro de ciertos determinismos sociales e históricos que conforman un concepto de normalidad que sirve para enjuiciar hechos “desviados” o “anormales” pero igualmente para construir las categorías reales. Otro tipo de fenómenos morales, en un orden de cosas distinto, viene representado por el dado “racional” e “ideal” que van a conformar una serie de consideraciones ideales que consisten en principios universales e inmutables (“dado” racional) junto a las más altas aspiraciones de la conciencia moral del hombre.

Una vez identificados los hechos (o fenómenos) que van a componer el derecho, debemos identificar las reglas de derecho que son de aplicación. Al analizar

sucintamente las reglas, observamos que estas se componen de un conjunto de razones subyacentes, de principios y de directrices que, tomados en su conjunto, van a permitir encontrar el sentido de la regla y resolver los conflictos que pueden surgir en su aplicación (choque entre principios, directrices o razones subyacentes a las normas). La aplicación de una regla de derecho debe deducirse de las razones, principios o directrices que la conforman y si se presentan conflictos entre reglas, la forma de solucionar el conflicto pasará por la ponderación entre los principios en juego. Surge entonces el problema de tener que establecer el “peso” de los principios o de ciertos de ellos dentro del ordenamiento jurídico y en definitiva hasta qué punto estos principios vinculan al aplicador del derecho.

Se establece, en las doctrinas más recientes (Moreso, Nino, etc.), que los principios jurídicos (necesariamente principios de orden moral), y con ello el resto de razones subyacentes a la norma, se “incorporan” al derecho por medio de la Constitución. Es decir, que se legitiman los principios (y las razones subyacentes) por medio de una legitimación institucional como puede ser la Constitución. En definitiva, definimos esas condiciones de aplicación de las normas según marcos institucionales que no dejan de ser, a su vez, derecho positivo. Gény se pregunta hasta qué punto el texto Constitucional puede resolver todos los problemas de creación, interpretación y aplicación del derecho, cuando él mismo no es más que un producto político, es decir, un texto positivo con los mismos defectos que cualquier ley. Quien puede resolver el problema de la interpretación de los principios jurídicos es el derecho natural.

Los principios jurídicos, han sido considerados por las teorías actuales, como tópicos. La tópica es aquella disciplina que va a proporcionar, al derecho, sus principios jurídicos por lo que se presenta como la disciplina que trata de superar la concepción limitada (y agotada) del derecho como sistema. Ya vimos que, en el estado de cosas actual, se trata de fundamentar el derecho desde la metodología jurídica, es decir, desde los casos jurídicos. Así, la tópica que plantea un método para la obtención de soluciones partiendo de “problemas” encaja perfectamente. No obstante, la idea de “tópico” es vaga y confusa. Se definen como “recursos para construir lo real”. Son puntos de vista para solucionar un problema dentro de un contexto dado, por lo que se sitúa en un nivel de generalidad que aleja a la tópica de la dimensión más práctica del derecho. Aunque la tópica no pueda, por sí sola, ofrecer soluciones directamente aplicables, sí que va a

permitir criticar y construir distintos sistemas de soluciones (o sistemas de derecho) para un mismo caso o problema. Los tópicos pueden encontrar su fundamento en el sentido común, en la intuición, la naturaleza de las cosas, en el consenso, etc., pero la dificultad reside en establecer criterios que permitan escoger un tópico (o un conjunto) sobre otro para resolver un caso concreto.

Si la tónica establece los principios, la retórica tratará de convencer de su legitimidad. Trataremos de justificar ciertos tópicos como mejores para un caso concreto haciendo uso de la retórica. Con la retórica nos movemos en el campo de la verosimilitud y de la probabilidad y elaboramos un discurso que busca estar dotado de racionalidad para obtener el consenso sobre ciertos tópicos. Por lo que la retórica (y la dialéctica) interviene para la resolución de problemas cuyas soluciones no son definitivas. La retórica pretende cumplir con todas las exigencias impuestas por la metodología jurídica actual (racionalidad, consenso) y, por ello, podrá operar en cualquier derecho positivo. El derecho positivo no deja de ser la dimensión técnica del derecho y la retórica contribuirá a desarrollar este aspecto técnico y a justificarlo. Por lo que la tónica y la retórica deben clasificarse dentro de la técnica del derecho. El derecho positivo se fundamenta sobre el derecho objetivo (el cual se fundamenta en el derecho natural). Ya sabemos que el derecho objetivo se compone de todas aquellas instituciones sociales que, como tales, no son universales ni inmutables por lo que pueden adaptarse y corregirse. Así la tónica y la retórica no es más que la disciplina que va a ofrecer principios obtenidos del orden social positivo y su justificación racional. Es necesario definir en qué consiste esa “racionalidad”.

La racionalidad se presenta, en nuestro estado de cosas, como el criterio último de toda metodología jurídica y, por tanto, como criterio último de conformidad a derecho de una determinada decisión jurídica. Ante el déficit de racionalidad del legislador, la metodología centra su atención en que, por medio de la decisión jurídica, se recomponga esa racionalidad perdida. La racionalidad puede entenderse como formal (adecuación de la argumentación a las reglas del discurso práctico racional. Es decir, a reglas lógicas aplicables a un determinado concepto de racionalidad y de práctica. Por ejemplo, la teoría discursiva de Habermas o la concepción de la “única respuesta correcta” de Dworkin) o como racionalidad material (adecuación del contenido de la

argumentación con el contenido de las premisas. Es decir, argumentar sobre la base de contenidos).

Para Alexy, toda manifestación de sentimientos, actitudes, deseos, quedará debidamente fundamentada en derecho si puede justificarse por la racionalidad del diálogo. De este modo se sustituyen criterios ontológicos referidos al deber ser y que dan lugar a juicio de valor, por el simple hecho de que dichos “hechos” sean conforme a la racionalidad del diálogo. La racionalidad, como concepto ambiguo, puede componerse de todas las reglas que componen el razonamiento (inducción, deducción, analogía, ejemplos, etc.) y “materialmente” de todas las razones que encontramos en los comportamientos y que responden a criterios morales. Así, es necesario para hablar de una argumentación racional en derecho, la aceptación de ideas morales. Por lo que la argumentación jurídica, al ser práctica (referida a acciones destinadas a un fin) será también moral. Las razones morales en la base de la argumentación necesitan a su vez (o pueden necesitar) una fundamentación en otras razones de orden moral. Se hace así necesario todo un sistema moral del que puedan deducirse razones morales y solucionar conflictos entre distintas razones morales. En el caso del derecho, el principio moral superior es el de la justicia. Frente al problema de tener que vincular la argumentación a un sistema moral cuyo principio superior sea la justicia, las recientes teorías de la argumentación, principalmente Alexy, entienden que al no existir una teoría de principios “fuertes” que establezca el contenido completo de todos los principios del sistema jurídico y la relación entre ellos, no puede aceptarse que exista una única solución a un problema jurídico. Se habla entonces de la necesidad de presumir la existencia de una única respuesta y de que el aplicador del derecho busque ofrecer la “mejor” solución posible.

La racionalidad no puede entonces más que suponer un control formal de la argumentación seguida por el aplicador del derecho, es decir, asegurarse de que, al argumentar, se ha seguido las pautas que exige todo discurso práctico racional (pautas lógicas, imparcialidad, consenso, etc.), con independencia de los presupuestos morales de partida y de las consecuencias de la solución así obtenida. La racionalidad se limita a la racionalidad formal dejando de lado toda posible racionalidad material.

El propio Alexy asignará la tarea de ofrecer las posibles valoraciones prácticas de las conductas (valorar las razones morales de las conductas y constituir así una racionalidad material) a la dogmática. La dogmática debería proporcionar enunciados prácticos de tipo general como fruto del discurso práctico general. No obstante, la dogmática, aun ofreciendo estos enunciados prácticos de tipo general (según el planteamiento de las teorías de la argumentación jurídica), no tiene herramientas para elegir de entre ellos, cual es el más conforme al derecho (es decir, al discurso moral en que consiste el derecho). En definitiva, la racionalidad o la razón acaba siendo el criterio axiológico definitivo que va a permitir enjuiciar una conducta como conforme a derecho. La argumentación jurídica (y las reglas del discurso práctico racional) es válida y aplicable a cualquier finalidad o principio que se asiente en su base. Ese principio no deja de ser un principio racional, el cual, para las teorías de la argumentación jurídica, se limitaría al conjunto de valores morales aceptados en la comunidad en la que se lleva a cabo la argumentación.

En conclusión, las teorías actuales sobre el derecho que tratan de explicarlo, se limitan a teorías sobre la metodología del derecho. Al concebir el fenómeno del derecho desde la perspectiva de la metodología, los teóricos del derecho reducen el derecho al producto o la aplicación de realidades observables. Las realidades observables, que van a situarse en la base del derecho, desprovistas de todo principio moral superior, se presentan como contingencias y hechos accidentales que responden a circunstancias y coyunturas tan particulares que no podemos, a priori, fijar ningún principio o directriz moral, y por ende, ningún concepto fijo de derecho. El derecho se limita a unas reglas de práctica social consistente en el diálogo, es decir, en la controversia perpetua desde puntos de vista subjetivos que, en algunos casos, concluye en un frágil consenso más o menos mayoritario. Todas estas consideraciones no se preguntan ni se preocupan de saber la naturaleza de las cosas objeto de las controversias, por lo que, en ningún momento son capaces de pronunciarse sobre la veracidad o falsedad, lo justo o injusto de un punto de vista, sumiendo el derecho en la arbitrariedad. El derecho se limita a unas reglas de civilidad entre sus participantes (racionalidad del diálogo) que aseguren que el conflicto y la indeterminación pueda prosperar indefinidamente, en un horizonte sin principio ni fin.

Gény entendió que existe una moral positiva (la que encontramos en la observación de los hechos sociales) y una moral superior (que encontramos en la conciencia del hombre). El derecho, como práctica social, es el producto de esa moral positiva y de esa moral superior. Si no queremos que el derecho se descomponga en una práctica subjetiva y arbitraria, sin principios ni directrices definidas, donde cada cual manda y prohíbe conductas sobre la base de consideraciones contingentes y puramente factuales, según movimientos de opinión y sentimientos de masas (moral positiva), sin un método que pueda asegurar el cumplimiento de una justicia reflexiva y comprensiva de principios que definan la naturaleza del hombre y de la justicia (moral superior), debemos empezar a reconstruir la teoría del derecho desde la base de los cimientos actuales (puramente metodológicos) y proponer de nuevo una ontología basada en la naturaleza misma de las cosas, como lo hiciera Gény.

CONCLUSIONES DEL TRABAJO

Para comprender el pensamiento de Gény debemos partir de una visión dual del mundo. Por un lado, existe un mundo físico, externo al hombre en el que se producen los fenómenos sensibles (las cosas positivas). Por otro lado, existe un mundo interno (o moral), donde se producen los fenómenos morales (cosas morales). El hombre participa de los dos mundos (tanto interno como externo) y se preocupa por conocerlos y actuar sobre ellos.

Sobre la base de esa distinción elemental podremos comprender mejor la extensión del pensamiento jurídico de Gény, es decir, de la idea de ciencia y de la idea de técnica.

Debemos partir de la idea de ciencia como forma de saber que pretende tomar conciencia y conocer tanto el mundo externo como interno al hombre. Este *desideratum*, sólo es concebible para los contemporáneos de Gény si se adopta un método objetivo. La objetividad se va a presentar como la garantía de que la investigación y los resultados son experimentados o experimentables por todos los seres humanos. Esa objetividad la encontraremos en la naturaleza de las cosas (tanto positivas como morales).

El conocimiento del mundo externo implica el conocimiento de todo aquello que se produce y se manifiesta en el mundo sensible (mineral, vegetal, animal, etc.). Esto incluye el conocimiento de todas las leyes que rigen el mundo sensible. El hombre participa de ese mundo sensible, se manifiesta en él con un cuerpo físico que puede ser estudiado por la ciencia. También actúa en el mundo sensible y sus actos pueden ser estudiados como fenómenos psicológicos sujetos a las mismas leyes que el resto de los fenómenos del mundo sensible.

Las leyes que rigen la naturaleza de las cosas positivas se presentan como inmutables y universales (es decir las “leyes naturales” que son para Gény inquebrantables por el hombre) y constituyen el conjunto de principios bajo los cuales se produce toda manifestación sensible. No obstante, las manifestaciones sensibles que

se producen bajo esas leyes invariantes, universales y eternas que rigen el mundo darán lugar a un conjunto de conocimientos necesariamente contingente.

En cuanto a las cosas morales, se plantea el problema de su conocimiento. Para Gény se trata de conocer la naturaleza de las cosas morales (naturaleza del hombre, naturaleza humana o naturaleza íntima del hombre) para obtener, al igual que la ciencia lo ha hecho con el mundo sensible, las leyes inmutables y universales que las rigen.

La naturaleza de las cosas morales se compone de un conjunto de leyes o principios distintos del mundo sensible (y de sus manifestaciones).

Nos dice Gény que el derecho es una idea racional. Si el mundo se compone de leyes que rigen la naturaleza de las cosas (positivas y morales), estas leyes deberán formar parte del derecho. Así, el derecho positivo estará necesariamente regido por las leyes universales e inmutables del mundo sensible y moral.

El derecho positivo se presenta como una combinación singular entre cosas positivas (leyes científicas, ciencias positivas, etc.) y cosas morales (creencias, sentimientos, y otras realidades internas del hombre).

Dado que el hombre opera en el mundo sensible, se va a producir una manifestación del mundo moral dentro del mundo sensible (concretamente todos los resultados de las ciencias sociales o morales positivas: sociología, incluso la ciencia psicológica, que Gény asimila a una ciencia de la naturaleza física, etc.). Estas leyes y sus resultados conformarán el marco en el que nacerá un particular derecho positivo.

Podemos entonces entender la empresa de Gény como sigue: 1) Necesidad de extensión del concepto de ciencia para abarcar también el conocimiento del mundo moral y, por ende, el conocimiento del derecho 2) Problema para legitimar la investigación del mundo moral como investigación objetiva. Dado que el término objetivo representa, para la ciencia empírica, la garantía de la verdad de los resultados que gocen de esa cualidad. 3) Problema para explicar la interrelación del mundo moral con el mundo sensible y así fijar un método seguro de concreción en el mundo sensible de principios morales. 4) Traducción de esos resultados para la ciencia del derecho.

A continuación, trataremos de analizar cada uno de los puntos problemáticos del método de Gény enumerados anteriormente para concluir sobre el éxito o el fracaso de su empresa.

- 1) Como hemos expuesto en este trabajo, el concepto de ciencia se representa como un empirismo dominado por principios de razón. La observación y la experimentación desempeñan un papel fundamental y permiten ofrecer resultados positivos. El crecimiento de las ciencias positivas ha alterado, necesariamente, a la ciencia del derecho y a su forma de abordar el derecho. Gény no tiene ningún problema en incorporar los avances de las ciencias positivas dentro de la ciencia del derecho. Lo que no aceptará es reducir la ciencia del derecho a una ciencia positiva (ya sea sociológica, histórica, u otra).

La forma que Gény tiene de elevar la ciencia del derecho por encima de una ciencia empírica del derecho positivo es revisando y adaptando los métodos científico-empírico al objeto particular de la ciencia del derecho. Gény tratará de explicar que los métodos científicos usan de procedimientos intelectuales que son de aplicación a toda disciplina que pretenda ser conocida (o aprehendida) por el espíritu. De allí que el derecho es científico, en la medida en que él también usa de esos procedimientos que usa la ciencia, aunque deban añadirse otros. Concretamente, la intuición, que tendría de científica el hecho de ser una facultad humana para conocer y que está atenta al movimiento y al cambio y que busca aprehender el todo, la unidad del conocimiento. Busca la experiencia integral, unitaria dentro de esa complejidad moviente. La intuición se presenta como una forma de corregir los procedimientos puramente analíticos de la ciencia para tratar de recomponer la realidad en una unidad. La intuición llama a todas las facultades del hombre, (es una orientación complementaria a la abstracción y generalización, hecha de sentimientos, inteligencia y voluntad).

No obstante, el concepto de intuición es difícilmente aceptado como apto para proporcionar conocimientos científicos. La intuición no parece, al menos tal y como lo expone Gény, ser capaz de integrar el concepto de ciencia empírica. El concepto de ciencia difícilmente puede extenderse hasta el punto de integrar una

idea que invita a usar de un proceder vago, confuso y contrario a la necesidad de concreción, observación, y experimentación propios de la ciencia empírica.

Así el derecho es científico (por el uso de procedimientos científicos) pero también responde a otras realidades que no pueden ser aprehendidas por el procedimiento científico-empírico.

- 2) Aceptando que el concepto de ciencia empírica tenga que limitarse al estudio del mundo sensible y reconociendo (lo que la filosofía de las ciencias reconoce) que la ciencia empírica no abarca todas las dimensiones de la realidad no tenemos por qué dar por perdida la posibilidad de reconocer la objetividad del mundo moral del hombre.

Gény trata de convencernos de la realidad del mundo moral mostrándonos que existen una serie de comportamientos que podemos observar en la sociedad que responden a leyes propias y que, cuanto menos, no se deducen directamente de la observación de la naturaleza física, sino que son el resultado de una voluntad humana.

Así nos indica que todos esos comportamientos responden a unos principios que se sitúan dentro del hombre y que quedan por encima del mundo sensible. Esos principios serían percibidos por la conciencia moral del hombre, pero, según Gény, vendrían revelados por la creencia. La creencia, entonces, mostrará una serie de principios morales aptos a regir una sociedad determinada. El hecho mismo de existir el fenómeno de la creencia en el hombre y la observación contrastada por la historia de la necesidad de unos principios morales para guiar las civilizaciones es prueba suficiente para Gény de la objetividad del mundo moral.

La dificultad que observamos aquí proviene del hecho de no buscar un fundamento metafísico de esos principios morales, que los sitúe claramente por encima de su manifestación positiva en una sociedad concreta. Ya que reconocer que una sociedad sigue ciertas reglas que entiende como justas (por la creencia) no significa que tenga claramente definida una idea de justicia.

Aparte de este escollo, queda claro que existe una voluntad (una creencia) que mueve los hombres a conseguir resultados morales por medio de un actuar en el mundo sensible. Esa voluntad, plasmada en la sociedad por la creencia y basada en la conciencia moral, es la prueba de Gény de la objetividad, tanto de la conciencia moral como de la creencia.

- 3) Ahora se trata de aplicar las realidades y principios encontrados en el mundo moral del hombre al mundo sensible y cuidar que el paso de un mundo a otro se realice adecuadamente.

Ya hemos dicho que el mundo moral va a contener todos los principios del actuar del hombre y esos principios van a determinar su voluntad. Es importante aclarar, a nuestro entender, dos tipos de voluntades distintas.

La voluntad que se dirige a la realización de los fines morales del hombre. Podemos traducir esos fines morales como fines ideales o incluso hablar del destino de la humanidad. Aquí se plasma el conflicto entre los fines ideales encontrados en la conciencia moral del hombre y la razón como dos principios que deben sintetizarse para conformar de forma decisiva una voluntad. Los fines ideales vienen expresados en un tiempo y un lugar concreto por la creencia. Esa creencia deberá acomodarse a lo que revele la razón.

La conformación de esa voluntad del mundo moral requiere también ser conocida y manifestarse en el mundo sensible. Para nosotros el procedimiento para conformar esa voluntad viene explicado en el intento de elaboración de una epistemología. Gény, al tratar de elaborar la epistemología del derecho expone las problemáticas del conocimiento del derecho y el derecho es una disciplina que se distingue de las demás ciencias por el hecho de que necesita extraer las leyes de la naturaleza de las cosas morales para regir eficazmente las voluntades. Podemos aplicar esa epistemología jurídica para asegurarnos que el conocimiento de los principios morales se realiza de forma objetiva.

Según esa epistemología expuesta por Gény, tendríamos primero sugeridos por la razón y la conciencia moral, los principios superiores del derecho (justicia, utilidad

social, unidad, igualdad, orden, plenitud, coherencia, etc.). De allí se derivan conceptos o nociones, posteriormente las reglas y el sistema de esos principios. Pudiendo elaborar construcciones e hipótesis.

Una vez que la voluntad (en el mundo moral) se ha conformado definitivamente hacia unos fines ideales, validados por la razón, entonces nace otra voluntad. Esta vez, una voluntad destinada a la acción.

La acción significa operar en el mundo sensible. Ya vimos que el mundo sensible tiene sus leyes universales e invariables, y está compuesto por fenómenos contingentes en el tiempo. El conocimiento del mundo sensible va a permitir asegurar que la acción humana en ese mundo sensible alcance los fines que se propone.

La voluntad destinada a la acción es simple pragmatismo. Es decir, es una voluntad que busca los medios óptimos, eficientes para conseguir un fin concreto. Esta voluntad, a diferencia de la voluntad del mundo moral no enjuicia sobre principios, sino sólo sobre medios y resultados sensibles. Dado que el mundo sensible queda sujeto a las leyes del cambio y del movimiento, la voluntad destinada a la acción podrá adoptar varios medios y obtener multitud de resultados, todos ellos satisfactorios.

Por lo tanto, esa voluntad destinada a la acción, al quedar sujeta al mundo sensible queda sujeta a sus leyes (leyes de la acción en el mundo sensible). Por ello Gény ha reconocido una serie de principios que rigen esa voluntad (principio de simplicidad, economía, eficacia, etc.). Su objetividad radica en el cumplimiento de esos principios.

Podemos entonces concluir que el conocimiento de la naturaleza de las cosas (tanto del mundo sensible como del mundo moral) pertenece a lo que Gény ha denominado “ciencia del derecho” y el conocimiento de la acción en el mundo sensible pertenece a lo que Gény denomina “técnica del derecho”.

Una vez aclarados el funcionamiento del mundo moral del hombre y de cómo este mundo interno se actualiza en el mundo sensible (por medio de la acción), queda pendiente todavía aclarar la problemática de los hechos sociales.

Con lo dicho hasta ahora, como conclusión del funcionamiento del método de Gény, no deberían existir problemas para comprender el papel que desempeñan los hechos sociales. Los hechos sociales para Gény no son más que una constatación de unas conductas sociales y como tal no pueden orientar sobre su enjuiciamiento moral. No obstante, los hechos sociales se presentan como un apoyo fundamental para el derecho positivo.

Es decir que los hechos sociales van a ser el elemento sobre el que construir las soluciones de derecho positivo. Gény desarrolla su técnica jurídica sobre la base de los hechos sociales. Los hechos sociales son fundamentales para conocer cómo actuar eficazmente en el mundo. Vemos que las categorías reales se basan sobre realidades sociales y van destinadas a conformar el derecho objetivo. Las formas no pueden ser operativas si no responden a las exigencias de la vida social. Las presunciones se basan igualmente sobre conductas sociales probables. Todos los instrumentos técnicos van destinados a reconocer realidades sociales que afectan a la conducta de los hombres.

Los hechos sociales se desenvuelven dentro de un mundo sensible regido por leyes naturales. La técnica del derecho necesitará tener en su base el conjunto del conocimiento que el mundo sensible puede ofrecer (conocimiento de los fenómenos físicos, conocimiento de los fenómenos sociales, de la psicología individual y de masas, etc.) y el conocimiento de la acción, o mejor dicho, de los medios para alterar el mundo sensible de forma eficaz y óptima.

Aunque la técnica jurídica use de procedimientos (conceptos y construcciones, abstracción y generalización, etc.) para conocer los hechos sociales y elabore medios para la acción, queda sujeta a la ciencia del derecho. Sólo a la ciencia del derecho pertenece incorporar las ciencias naturales y las leyes de la naturaleza de las cosas positivas que servirán de base a la técnica jurídica. Igualmente, sólo la ciencia del derecho puede conocer la naturaleza de las cosas morales para que estas controlen y dirijan la técnica jurídica.

Por lo que pensamos que la solución jurídica, según el método de Gény, es aquella que conociendo (con nociones, conceptos, construcciones, etc.) el conjunto de principios universales de la naturaleza de las cosas morales que guían la humanidad

y las leyes de la naturaleza de las cosas positivas que se imponen al hombre, observa su concreción en la creencia (para el mundo moral), en las ciencias naturales y sociales (para el mundo sensible), concibe un resultado, escoge de entre los diversos medios óptimos (ofrecidos por la técnica) aquel que mejor lo cumpla, y lo impone.

- 4) Queremos distinguir dos nociones de Estado que nos parecen importantes. El Estado como voluntad política y el Estado como construcción jurídica. El Estado como voluntad política, es aquel que define la idea de la “nación” y el derecho ideal que le acompaña. El Estado en su construcción jurídica, es el elemento técnico de esa voluntad política, ya que es el conjunto de convenciones tendentes a construir esa idea de “nación” y manifestarla en un derecho positivo, en la ley.

La ley no es más que la expresión técnica de la voluntad de un legislador, es decir, la expresión técnica de una voluntad política. Es interesante ver como Gény no acepta ningún dogma sobre la voluntad legislativa. No atribuye, *a priori*, ninguna cualidad especial a la voluntad del legislador (racional, divina, etc.) y esta se manifiesta como cualquier otra con la peculiaridad de revestir una forma especial (la ley). Tampoco atribuye ningún dogma a la ley escrita (racionalidad, divinidad de su letra) ni busca construir sistemas racionales o ideales sobre la base de su texto. La ley escrita no es más que la manifestación imperfecta de una voluntad.

El método de Gény supone, en su parte científica, medir la valía de la voluntad del legislador y en su parte técnica, medir la valía de los instrumentos de esa voluntad (como, por ejemplo, la ley). Necesariamente para medir la valía de la voluntad del legislador y de sus instrumentos, Gény se tiene que situar fuera de esa voluntad y de esos instrumentos.

Gény considera que la voluntad legislativa es imperfecta, queda sujeta a errores y necesita ser complementada o en su caso rectificada. En este caso se trata de poder enjuiciarla. Dado que la voluntad legislativa no tiene ninguna cualidad propia *a priori* (si no es reflejar la opinión de los hombres) tendremos que enjuiciarla según la naturaleza de las cosas.

La naturaleza de las cosas (que se impone sobre la ley) revela la existencia de varios conceptos de derecho: el derecho natural, el derecho ideal, el derecho objetivo, el derecho positivo.

El derecho natural, en Gény, se compone de un derecho natural en sentido estricto (compuesto con los “dados” racional e ideal) que permitirá conocer el mundo moral (la naturaleza de las cosas morales) y un derecho natural en sentido amplio que incorpora el “dato” histórico y natural, que permitirá conocer el mundo sensible (de la naturaleza de las cosas positivas). El derecho natural (el “dato” racional, ideal, histórico y natural) va a contener las leyes universales e inmutables, tanto del orden sensible como del orden moral, así como las leyes que componen el estado de civilización en el que nos encontramos y explican el comportamiento del hombre moderno en sociedad (ciencias de la sociedad). Como tal, ningún otro derecho (derecho ideal, objetivo o positivo) puede contradecir o vulnerar el derecho natural. En el derecho natural, Gény encontrará ese derecho superior, suficientemente científico y objetivo para imponerse sobre una voluntad legislativa concreta. Gény no acepta un derecho natural racionalista como el de Spinoza. Es decir, poder deducir lógicamente de unas cuantas premisas todas las soluciones jurídicas. Para Gény, la razón le muestra los principios. El “dato” ideal los rellena. El “dato” histórico y natural indican los límites o los determinismos de nuestro estado de civilización. Y si se conforma un discurso coherente entonces tenemos el derecho natural. Después ese discurso servirá de freno al legislador y por tanto a la técnica del derecho. La técnica del derecho tiene como tope el derecho objetivo (en el que se incluye la teoría de la institución, la sociedad y sus instituciones). La técnica elaborará su discurso sobre la base más concreta del derecho objetivo (y no sobre la base del derecho natural).

El derecho ideal es aquel que contiene tendencias y aspiraciones del hombre que fijan una reglamentación ideal para un tiempo y un lugar. Dado que las realidades (los “dados”) tienen que expresarse con palabras ya sean comunes, o *ex novo*, se conformará un discurso para la ciencia del derecho sobre la base de unos “dados” desinteresadamente proporcionados por el corpus de conocimientos de las ciencias físicas, sociales y morales. De esos “dados” obtendremos un entramado de conceptos, que una vez ordenados darán lugar a un sistema. Ese sistema es plural y

se presenta como una potencia por actualizar (como el conjunto de posibles significados que en un tiempo dado se extrae del saber humano). Gény clasifica los “dados” según su contingencia y variabilidad. El “dado” racional es inmutable y se basa sobre principios universales (aunque vacíos de contenidos). El “dado” ideal es variable y no es más que una valoración que juzga las tendencias humanas como buenas o malas. Las aspiraciones de nuestro tiempo. Por lo tanto, al ser un juicio valorativo, no se asienta sobre criterios objetivos y universales sino sobre criterios subjetivos relativos a la conciencia del pueblo o al estado de civilización. El “dado” racional reconoce los conceptos éticos o morales (libertad, propiedad, solidaridad, compasión, justicia, etc.) como objetivos y presentes en todos los hombres (universales) aunque vacíos de contenido. Por lo tanto, podemos interpretar lo “dado” ideal como la expresión de una voluntad, del medio necesario para concretar en un determinado sentido los preceptos racionales (es decir, concretar el “dado” racional). Sobre la base objetiva de lo “dado” racional se despliegan contenidos (el “dado” ideal). Su contenido o desarrollo vendrá dado por el “dado” ideal. El “dado” ideal no puede, como discurso, agotar todos los sentidos posibles que pueden albergar esos conceptos éticos o morales. Así existe un contenido plural dentro del “dado” ideal y el concreto contenido que se escoge para un tiempo y lugar determinado será limitado y estará siempre incompleto y sin desarrollar del todo.

Así, sobre la base de un contenido concreto escogido dentro de ese “dado” ideal para un tiempo y lugar concreto y una sociedad concreta se va a formar el derecho ideal. El individuo, así como el Estado podrán dar desarrollo a ese derecho ideal. El *derecho ideal* es propio de una sociedad o individuo determinado mientras que el “*dado*” ideal concibe el fenómeno político-social como elemento *natural*, y recoge el conjunto de ideales que conforman el estado de civilización. El “dado” ideal afecta en lo más práctico del derecho ya que se encuentra potencialmente en los textos legislativos y en el juego de sus presunciones y ficciones, así como en el razonamiento de los jueces. Es, por tanto, ese “dado” ideal, un conjunto de *tópicos* que inspiran la legislación y que deberán medirse, en su aplicación, con los demás “dados”. El derecho ideal no será más que la consideración (por una persona y un

grupo) de un conjunto de elementos de ese “dado” ideal. El derecho ideal no es más que una manifestación incompleta del “dado” ideal.

El “dado” histórico es la observación de los sucesos históricos es decir de los cambios socio-políticos. Abre la puerta al historicismo y no ofrece valores objetivos y universales. Su interés radica en que proporciona las instituciones y otros elementos sociales que han persistido a lo largo del tiempo hasta nuestros días y que, el paso del tiempo, ha consolidado como “objetivamente” útiles. El “dado” real o natural es una mera constatación de hechos naturales o sociales por lo que no implica un juicio valorativo. Con el “dado” natural se trata de describir la naturaleza física o los fenómenos sociales positivos.

El derecho es entonces el producto de la naturaleza de las cosas positivas y morales. El Estado, en su tarea legislativa, debe respetar esa naturaleza de las cosas. Por ello, la ley, al no ser más que el producto de una forma artificial (el Estado), no puede imponerse como el valor definitivo del derecho. Si reducimos el derecho a la ley positiva, como lo pretende el positivismo legalista, entonces la ley positiva se presenta como la conclusión definitiva sobre valores o ideales. No sólo esa visión limita arbitrariamente los derechos que el hombre puede tener al verse reducidos a la idea que de ellos pueda tener el legislador, sino que desatiende los movimientos sociales al considerar que estos vienen, en toda su complejidad, asimilados por completo en los mandatos del legislador. De este modo, el legislador, por medio de sus leyes, reenvía, a un orden axiológico que quedan por encima de aquellas.

La ley, como instrumento técnico destinado a mandar, no elabora un discurso justificativo de sus mandatos. Por lo que el discurso sobre la naturaleza de las cosas que indique los principios jurídicos no viene contenido en la ley positiva. No obstante, la ley positiva se basa necesariamente sobre principios jurídicos. Ante esta indeterminación del discurso sobre principios jurídicos viene a sumarse el fenómeno de las ideologías políticas. La ideología política, entendida como el conjunto de ideales adoptados por un Estado con el fin de dirigir y orientar la interpretación de los fenómenos sociales.

El Estado será portador de ideologías. Esas ideologías conforman un derecho ideal que responde a una determinada concepción (para un tiempo y un lugar) que el

Estado tiene sobre el derecho y que responde a determinadas circunstancias socio-políticas. Las ideologías políticas siempre necesitan el control de la ciencia del derecho. Para Gény, el Estado no es más que un “instrumento de realización del Derecho” siendo el Derecho “una entidad superior”, “verdadera soberana”¹⁷³⁹. Por lo que, la ciencia del derecho construirá un discurso teniendo en consideración las ideologías políticas como “datos” socio-político e históricos dentro del conjunto de “datos”. No siendo las ideologías más que un fenómenos socio-político, no pueden absorber el conjunto de la reflexión y de la disciplina científica y técnica del derecho. La ciencia del derecho se impone al legislador y no al revés.

En nuestro tiempo, el poder político emana de una sola fuente ideal: el Estado. Como dice Basch, la soberanía ha pasado del monarca a la idea abstracta de nación y de pueblo representados por el Estado. La idea de nación encarnada en el Estado se convierte en “la fuente de todo derecho” y “ya no existe recurso contra sus decisiones, ya no existe más las injusticias ni tampoco la justicia”. Si no situamos la ciencia del derecho por encima de la idea de Estado, todo lo que se ejecuta en nombre del Estado se convierte en aceptable. Como dice el autor, las guerras se vuelven “sagradas” y “los asesinatos pasan a llamarse ejecuciones”. El Estado y la nación pasan a ser supremos gobernantes, siendo ahora los ciudadanos súbditos de su ley¹⁷⁴⁰.

El debate en saber qué ley positiva (y, por tanto, mandatos) podemos imponer, es decir, como podemos legitimar el uso del poder emanado del Estado. Si decimos que la ley se impone porque corresponde al sentir de la colectividad, porque así nos lo muestran los estudios recientes de sociología, entonces decimos que el poder político (expresado en la ley) se va a acordar con el poder fáctico (el sentimiento colectivo) y por tanto, el sentimiento colectivo (u opinión pública) es superior a la ciencia del derecho. Que la ley se imponga porque así lo quiera un Estado o un poder fáctico no es fundamento suficiente para que esta ley se imponga como derecho o, dicho en otros términos, para que esta ley se situé por encima de la ciencia del derecho.

¹⁷³⁹ Cfr. GÉNY, F., *Science et Technique...*, Tomo I, *op. cit.*, p. 64.

¹⁷⁴⁰ Cfr. BASCH, V., *op. cit.*, pp. 67-69.

En cuanto al derecho objetivo, este recogerá el conjunto de instituciones sociales que conforman el contexto y el orden moral, religioso, económico, político de una determinada sociedad en un tiempo y en un lugar concreto. Se preocupará de fijarlas suficientemente sobre la base de las observaciones positivas y de lo proporcionado por lo “dado” natural (físico y social) e histórico. Y el derecho positivo se va a preocupar de dar una forma concreta al derecho objetivo haciendo uso de instrumentos técnicos. El derecho positivo no es más que el medio para realizar el derecho objetivo. Los derechos subjetivos también operan como técnica del derecho y sobre la base del derecho positivo desarrollan o amplían los conceptos y términos técnicos usados (o provenientes de otras ciencias o disciplinas) que permita adecuar lo mejor posible el medio al fin.

Ahora bien, todas las modalidades de derecho (natural, ideal, objetivo, positivo y subjetivo) que van a conformar tanto la ciencia como la técnica del derecho, deben expresarse a través de un discurso. La ciencia del derecho se definirá por un discurso moral ¹⁷⁴¹ (compuesto de los “datos” racionales e ideales) mientras que la técnica del derecho se compondrá por un discurso positivo (compuesto por los “datos” histórico y natural). Desde el punto de vista del derecho, el discurso moral permite controlar la aplicación *amoral* de la técnica legislativa. Una vez la ciencia del derecho haya elaborado del discurso moral es necesario usar herramientas que traduzcan este discurso moral en sentimiento morales para generar la adhesión del

¹⁷⁴¹ Existe el error común de pensar, dice Bourdeau (obra citada por Gény), que basta con inculcar a alguien ideas abstractas. No obstante, los imperativos morales de conducta (por ejemplo, los imperativos kantianos) no tendrán efecto en la conducta de aquel que no posee sentimientos morales, hasta el punto de que las “ideas puras” sin apoyo en “sentimientos apropiados” son totalmente “estériles”. El problema no reside en los principios de la moral, sobre los que, exceptuando algunos matices muy ligeros, las filosofías y las religiones se acuerdan, sino en los fundamentos de la moral, es decir “sobre los motivos susceptibles de determinar los hombres a poner en práctica esos principios”. Cfr. BOURDEAU, JEAN, *La philosophie affective*, Félix Alcan, Paris, 1912, pp. 162, 173-174. Nos dice Ollé-Laprune (obra citada por Gény) que la confianza en el “deber” expresado como “imperativo categórico” por Kant, se pierde y este ideal tiende a desaparecer por el hecho de no quedar vinculado a un sentimiento moral. Cfr. OLLÉ-LAPRUNE, LÉON, *Le prix de la vie*, Belin Frères, 3a ed., Paris, 1896, pp. 27-28. Así, como dice Bourdeau, si el discurso moral ya no conoce más principios que la observación de los comportamientos sociales brindados por la sociología, estos comportamientos se convierten en el fundamento de la legislación y de todas sus reglas; Así, la conciencia (individual y colectiva) ya no es requerida para la elaboración del discurso moral y la legitimación del derecho se funda con la divinización de lo social, sin embargo, “no por ello ha conseguido hasta ahora inspirar el respeto de las leyes o aunque sea, el temor a la policía”. Cfr. BOURDEAU, JEAN, *La philosophie affective*, op. cit., pp. 179-80.

destinatario y *promover la acción*¹⁷⁴². Se conseguirá este efecto si conseguimos traducir el discurso moral en un discurso que incorpore los tópicos vigentes y aceptados por la mayoría de la sociedad en un momento concreto (es importante ver que el tópico proviene del sentimiento/opinión pública mientras que el “dato” ideal proviene de una conciencia moral que no tiene por qué coincidir o de unos principios racionales que pueden ser desconocidos por la opinión pública). Los tópicos son propios de la técnica del derecho ya que estos se conforman a partir de la voluntad y van destinados a traducir un sentimiento común para mover a la acción.

El discurso jurídico será entonces una combinación del discurso científico y técnico. La parte técnica del discurso se basa en los “datos” natural e histórico y sus elementos no se componen de juicios valorativos. El discurso se elabora sobre las realidades sociales. Las realidades sociales se componen de un conjunto de elementos casi incalculables. Para adquirir la conciencia de estas últimas, es necesario construir un conjunto conceptual apto para captar los matices que conforman la peculiaridad de los fenómenos que en cada momento se están describiendo como *vividos* en la realidad social (de ahí la importancia del lenguaje y del intelecto). Este *conocimiento social* fruto de un discurso *ad hoc* es eminentemente sociológico en su construcción, ya que nace de la observación de las realidades sociales sin preocuparse por una fundamentación externa a las propias realidades que observa y a los conceptos que crea y utiliza. De ese conocimiento social se obtienen los tópicos.

La ley se presenta como un tópico más, un elemento social aceptado por la mayoría y que opera como lugar común de referencia para solucionar problemas sociales. La ley será más aceptada, si impone imperativos sobre la base de conceptos obtenidos de realidades sociales. Pero el discurso jurídico no sólo se compone de elementos técnicos sino también de elementos científicos. Así, el discurso jurídico tiene como

¹⁷⁴² En este sentido, nos dice Léon Ollé-Laprune que el poder del discurso permite que “aunque las cosas de las que me habla no estén a mi alcance”, el discurso “las hace de alguna forma, presentes” y si no las veo por mí mismo, las veo por vía del discurso y por medio de sus palabras; “me hace entonces conocer”, y lo que me enseña, “lo sé”. Cfr. OLLÉ-LAPRUNE, L., *De la certitude morale*, Eugène Belin, Paris, 1880, p. 81.

fin expresar enunciados prescriptivos por medio de conceptos extraídos de las realidades sociológicas.

Ese punto delicado en que se positiva la ciencia del derecho puede dar lugar a conflictos entre realidades sociales y morales positivas junto a realidades prescriptivas impuestas por la ciencia del derecho, concretamente:

-Conflictos sociales: la ley positiva entra en conflicto con la facticidad observada en *lo social*, es decir, con la sociedad positiva. La observación de tendencias (comportamientos) nuevas que encuentran su causa en modificaciones o alteraciones del estado de cosas externo (por ejemplo, incorporación de nuevas tecnologías a la vida social, comportamientos después de una catástrofe natural, etc.). Estas tendencias o movimientos sociales positivos entran en conflictos con la ley. Es necesario modificar la ley positiva (instrumento de la técnica) para adaptarla a las nuevas contingencias. Estas contingencias, a priori, no han alterado el conjunto de ideales de la civilización (“dado” ideal), pero pueden alterar el “dado” natural (entendido en su dimensión de “dado” social) teniendo que elaborar un nuevo discurso para la ciencia del derecho (con ese nuevo “dado” social), elaborar un nuevo derecho objetivo (que recoja las nuevas instituciones sociales) y elaborar nuevas leyes (técnica del derecho).

-Conflictos estructurales: Estos conflictos se observan cuando los individuos, como grupo adquieren una conciencia nueva que lleva al grupo a adoptar otros ideales que chocan con la configuración y estructuras que organizan la vida social (derecho objetivo). En este caso, se crean nuevos tópicos que entran en conflicto con los tópicos anteriores. Se genera así una nueva ideología política (conjunto de tópicos) que puede modificar la ley positiva. La ciencia del derecho no ha modificado su discurso porque no se ha modificado ningún “dado” (racional, ideal, histórico y natural), sólo que se ha cambiado las preferencias entre el conjunto de ideales que conforman el “dado” ideal, es decir, se presenta un nuevo derecho ideal.

La ley es la expresión técnica del derecho por excelencia, por lo que la ley deberá necesariamente moverse dentro de esos distintos derechos (derecho natural, ideal, objetivo, positivo) realizando en mayor o menor medida sus exigencias. Si la ley es un instrumento técnico más, será imperfecta e incompleta. Para resolver el problema de insuficiencia de la ley como medio de expresar una voluntad legislativa cualquiera, Gény introduce la libre investigación científica. Esta tratará de legitimar la idea de que el intérprete puede completar esa expresión de forma científica y objetiva. Esa voluntad legislativa se ha conformado en un contexto social concreto y ha tenido que considerar varias circunstancias (económicas, morales, sociales, filosóficas). Se trata de respetar esa voluntad legislativa aportando el desarrollo de los textos (buscando el espíritu de la ley. Observando la naturaleza de las cosas positivas y la creencia donde nace esa voluntad legislativa. Extraer reglas de ese ecosistema social, económico y de creencias por vía de analogía) allá donde ella misma ha sido insuficiente. En ningún momento se trata de enjuiciar esa voluntad legislativa.

Otra cosa distinta es que hagamos uso de la investigación (de la libre investigación) en el ámbito de la ciencia del derecho, es decir, en el ámbito que le es propio: el derecho natural en sentido amplio (“dado” racional, ideal, histórico y natural). La investigación puede ir destinada a reconocer la particular combinación de “datos” que adopta el legislador y que está a la base de su particular derecho ideal, de su concreta visión del derecho objetivo (según la conciencia que el legislador tiene de las realidades sociales) y de su derecho positivo (según el uso más o menos óptimo de los instrumentos técnicos del derecho).

El legislador puede entrar en conflicto con la ciencia del derecho, concretamente cuando su derecho ideal no respete algunos de los “datos” de la ciencia del derecho. Por ejemplo, contradice el dado racional, no se basa en el dado ideal, desatiende la realidad social o se opone a las realidades físicas (“dado” natural).

En definitiva, podemos pretender enjuiciar la adecuación de la voluntad legislativa (que es una voluntad política) a las exigencias que ha desvelado un análisis de la naturaleza de las cosas tanto positivas como morales.

En primer lugar, vemos que el derecho positivo (expresión más directa de la voluntad del legislador) junto al derecho objetivo (conjunto del contexto social) son los derechos donde el legislador va a pronunciarse con mayor contundencia y fuerza.

Admitiendo la imposibilidad de conocer por completo la naturaleza de las cosas (todo el contenido de los “datos”) y, con ello, toda la ciencia del derecho se instala necesariamente un cierto relativismo en la base de la ciencia del derecho. No por ello debe considerarse la ley positiva como la solución definitiva, dotada de una *fuerza* autónoma e independiente superior al derecho.

Es decir que el derecho no es una fuerza que mora en una institución política sin más. El derecho es, si se quiere ver así, *fuerza científica* (proveniente de la realidad objetiva de sus conocimientos) y *fuerza técnica* (proveniente de su conocimiento de los medios óptimos y eficaces para la acción). La *fuerza científica* y la *fuerza técnica* se fundamentan en la estructura del derecho (ciencia y técnica) y en la autoridad de los elementos y los fines que lo constituyen mientras que la mera fuerza política es ejercicio de poder arbitrario.

El jurista fiscalizará la ley positiva de un tiempo y un lugar concreto. Se tratará de medir la *legitimidad* de la ley positiva. La ley positiva, al encontrar su fundamento en la naturaleza de las cosas, tendrá fundamento igualmente en la naturaleza de las cosas.

Una vez comprendidas todas las posibilidades ideales que nuestras instituciones políticas positivas encierran (todos los presupuestos, garantías, límites, legitimidad), es decir, una vez comprendidos los presupuestos de la vida individual y social, que, para un tiempo y lugar determinado, el poder político ha adoptado (dentro del conjunto del “dato” ideal) para elaborar el discurso propio de su derecho ideal, la ciencia del derecho estará en condiciones de fiscalizar este discurso.

Una vez considerada la dimensión social de esas instituciones (el derecho objetivo), es decir, una vez considerada la configuración sistemática y la forma positiva que esas instituciones adoptan dentro de un ordenamiento jurídico, entonces, la ciencia

del derecho podrá fiscalizar el derecho objetivo sobre la base de tendencias sociales. Tratará de averiguar si las instituciones sociales se corresponden (o es representativa) con la realidad social.

La fiscalización de la ley positiva pasa por la medición de su valía para dar satisfacción (no contradecir) al derecho natural y al derecho objetivo.

El derecho ideal se presenta entonces como un discurso construido para legitimar la ley positiva en el contexto en el que se mueve y darle la perspectiva y amplitud que el escueto texto legal difícilmente puede abarcar. El derecho ideal se presenta como método de comprensión del *derecho positivo* de un concreto tiempo y lugar.

La idea de justicia sólo puede encontrarse en el derecho natural. De allí que la cadena natural del razonamiento y de la deducción de soluciones jurídicas debe seguir el orden: derecho natural, derecho objetivo, derecho positivo. En esta cadena no se incluye el derecho ideal debido a que este, al no ser más que un concreto discurso ideal sobre el derecho positivo, puede, como ya hemos comentado, estar conforme o no a la ciencia del derecho. En todo caso, el derecho ideal siempre queda supeditado al derecho natural y la justicia no puede depender exclusivamente de consideraciones ideológicas (por tanto contingentes y subjetivas) y debe encontrar su fuente en la ciencia del derecho. Dado que el derecho positivo es el más concreto de todos y es el que se impone a nosotros con más fuerza puede caerse en el error de querer deducir la idea de justicia directamente del derecho positivo. Es necesario distinguir entre derecho positivo y ley positiva. La ley positiva es un instrumento más del derecho positivo. La fuerza del derecho positivo es innegable e incluso, la reconoce Gény como necesaria pero esa fuerza es puramente coactiva. Esa fuerza se ejerce directamente sobre el individuo como componente del cuerpo social. El individuo es entonces quien sufre la fuerza del derecho positivo.

La forma entonces de asegurar que la solución jurídica impuesta por la fuerza sigue un razonamiento que parte del derecho natural (en el que se encuentra la idea de justicia) es conectar la idea de individuo (persona) tanto con la idea de derecho positivo como con la idea de derecho natural (o ciencia del derecho). El individuo o persona es el destinatario último del derecho positivo, aquel al que va destinado la

fuerza del Estado. A la misma vez, el individuo o persona es aquel en el que reside la idea de justicia y los principios morales.

Gény usara de la idea de individuo (persona) para justificar la causa (el derecho natural) y el efecto (el derecho positivo) del derecho y pedir su armonización.

Esa armonización (que Gény traduce en la necesidad de evitar el conflicto entre ciencia y técnica) se producirá por vía del derecho subjetivo. El derecho subjetivo se presenta como aquel derecho que va a permitir controlar la acción del legislador (su dimensión técnica) ofreciendo soluciones positivas alternativas. Dado que el derecho subjetivo sigue la cadena (derecho natural-derecho objetivo-derecho positivo) responderá siempre a principios de justicia (derecho natural) enmarcados en un contexto social (derecho objetivo) y por ello podrá ofrecer soluciones positivas equivalentes a la ley positiva.

El derecho subjetivo es aquella herramienta que extrae principios de la naturaleza de las cosas (positivas y morales) (que han sido considerados por la ciencia del derecho) y que se manifiestan en las circunstancias particulares de aquel que alega la pertinencia de la aplicación de determinadas soluciones positivas. Esas soluciones positivas se derivan de circunstancias particulares y de la naturaleza de las cosas que se encuentran en esas circunstancias y que afectan a un individuo concreto.

Evidentemente, debemos dar algunas indicaciones sobre las nociones de “*circunstancias particulares*”, ya que este concepto ha sido maltratado por su continua equiparación a la idea de subjetividad, siendo esta idea de subjetividad desterrada de un modelo de derecho que aspira a la cientificidad. Hablar de *circunstancias particulares* no es necesariamente perderse en la subjetividad siempre y cuando entendamos individuales por *propio de un individuo* siendo entonces las *circunstancias que se han encarnado o positivado para este individuo*. El derecho subjetivo es el camino que permite elaborar conceptos técnicos que permitirán obtener una solución jurídica a la luz de los elementos de la ciencia del derecho (tanto físicos como morales) obtenidos sobre la base positiva de las circunstancias personales.

Los derechos subjetivos son *derechos individuales con trascendencia social* que no son objeto de la preocupación de la ley positiva ya que son actuaciones individuales que se suponen integrados en el *marco* de regulación social general y abstracta (derecho objetivo) y dentro de la ideología política (derecho ideal). No obstante, los derechos subjetivos pueden no quedar encuadrados dentro del derecho objetivo ni del derecho ideal.

La *problemática de la individualidad* debe ser tratada por una teoría general de los derechos de la *persona*, al ser la idea de *persona* una generalización o abstracción de la idea de *individualidad* con el fin de establecer el marco mínimo a respetar en cada individuo y posteriormente elaborar una teoría de los derechos subjetivos para desarrollar y terminar de reconocer la *personalidad* como generadora de derechos. La persona es el concepto filosófico-jurídico y filosófico-político de la idea de *individuo*.

Poner la base del derecho en la idea de persona es reconocer una base filosófica y jurídica a todo individuo que le garantice tener un mínimo de derechos que respeten la configuración particular de su psique y protejan su propia visión del mundo. Por el hecho de vivir, cada hombre adquiere una serie de derechos que le son propios, que lo caracterizan y diferencian de los demás hombres ¹⁷⁴³. Por ejemplo, cualquier religión positiva se compone de prescripciones atinentes al ámbito de la moral que deben ser reconocidas plenamente como elementos integrantes del desarrollo de la personalidad de los individuos que libremente deciden adoptar los preceptos religiosos como suyos, por lo que, el Estado, en su manifestación positiva (por vía de la legislación y de los tribunales) debe respetar las conductas externas derivadas

¹⁷⁴³ Para Basch, los derechos adquiridos como fruto de la propia creación de cada hombre, nacidos de su propio carácter, son incluso superiores a los simples derechos innatos. Cfr. BASCH, V., *op. cit.*, pp. 83-84, 113. Siguiendo esa idea que afirma que la moral (y podemos añadir el derecho) trata de suscitar en nosotros la obediencia irreflexiva a un serie de “cánones, principios, imperativos” que han sido creados sobre la base de una experiencia sentimental, son, con el paso del tiempo y el efecto de la costumbre, menos eficaces y comprensibles hasta el punto de perder su significación original quedando como formas de acción “sin ningún vínculo con las energías del sentimiento”; No obstante, los sentimientos perduran y existen en el mundo de los posibles, por ello, tarde o temprano resurgen para imponerse (primero discursivamente y luego fácticamente); tanto es así que las propias especulaciones parten y son movidas por sentimientos (o de la intuición mal formulada de los mismos) y acaban formulando conclusiones que expresan sentimientos, por lo que el pensamiento moral (y el derecho) es una lucha perpetua entre “sentimientos contrarios, de entre los cuales decide, en última instancia, el carácter, es decir el modo de sentir habitual que nuestro temperamento innato, nuestra educación, nuestra experiencia han creado para nosotros”. *Ibid.*, p. 123.

de la adopción de esos preceptos religiosos. Esta libertad moral, no es más que la libertad de *autodeterminar su derecho subjetivo*, el cual necesita positivarse por vía del derecho positivo.

Para atender adecuadamente esto último, hay que comprender que el individuo queda supeditado al derecho objetivo (al marco social e institucional) porque necesita el marco social para realizar su positividad. El derecho subjetivo debe ofrecer una *positividad* para los concretos ideales reivindicados (elegidos dentro del “dado” ideal y acordes con el dado “racional” y los demás “dados” y coincidentes o no con el derecho ideal del Estado) y debe encuadrarse dentro de un marco civilizatorio (social, tecnológico, físico, etc.).

Con el derecho subjetivo ya no se trata de ver si la ley o el resultado de la libre investigación científica de un juez o jurista es conforme a la ciencia del derecho, sino que se trata de exponer frente a la ley una comprensión determinada de unos principios como por ejemplo los principios de igualdad, o de libertad o de propiedad o cualquier otro recogidos por la ciencia del derecho. Mientras que, para el derecho ideal, el principio de igualdad (por ejemplo) tiene una determinada acepción, este mismo principio, dentro del estado de civilización, puede dar lugar a otras significaciones o desarrollos que, siendo conforme con el derecho natural, tiene legitimidad como derecho positivo.

¿Qué sucede si, conscientes de la existencia de un “dado” ideal plural, es decir, compuesto de varias ideologías, queremos adherirnos a unas que no vienen explícitamente contempladas en el derecho ideal? ¿Podemos entonces reclamar que se respete esta posibilidad como oposición a la ley positiva en reivindicación de un derecho subjetivo? podemos preguntar igualmente si el hombre, el ciudadano, está legitimado para discurrir abiertamente sobre las ideologías que conforman el derecho ideal estatal e incluso sobre otras ideologías posibles, si cree que de este modo puede ofrecerse una solución más convenientes para una determinada circunstancia, no porque su visión particular deba prevalecer sobre el visión general, sino simplemente porque piensa que las ideologías adoptadas por el derecho ideal no han sido desarrolladas desde todos sus puntos de vista y que, en determinadas circunstancias particulares, estos principios pueden adoptar otras

significaciones y, por tanto, ofrecer otras soluciones positivas o que se han obviado otros principios, también incluidos dentro de nuestro estado de civilización (“dado” ideal) que pueden dar lugar a otras soluciones positivas. ¿No sería esto usar del *derecho ideal* para ofrecer otra solución momentáneamente válida, para una instancia, para unas circunstancias, sin visos de generalidad necesaria o incluso usar, más genéricamente de la ciencia del derecho (el “dado” ideal) para obtener soluciones positivas?

¿Es posible entonces esa acción/oposición que ya no busca enfrentarse al derecho ideal, competir con él, o derrocarlo, sino que busca simplemente la *justicia* para un caso concreto sobre la base de la ciencia del derecho?

Vemos que, en los dos casos, estamos ante un *derecho subjetivo* que encuentra dos momentos o dos focos de desarrollo: el primero se encuentra en todos los desarrollos posibles de todos los conceptos (filosóficos y positivos) reconocidos en todos los “dados”. El segundo se encuentra en el desarrollo de todas las consecuencias posibles del derecho ideal y sus afirmaciones sobre la ordenación y la vida en sociedad, sean cuales sean los principios y las ideologías que haya adoptado. Tanto en un caso como en otro, es necesario una técnica para la expresión de esas reivindicaciones, concretamente, se trata de partir del discurso de la ciencia del derecho y construir una técnica del derecho con el uso de tópicos y de la retórica.

A modo ejemplificativo y para ilustrar nuestros propósitos, tomemos por ejemplo el matrimonio entre dos personas del mismo sexo. El primer análisis consistirá en observar el “dado” histórico. Es decir, darse cuenta de que *no* existe manifestación positiva de una norma en ese sentido, ya sea porque existe una laguna en el conjunto de reglas vigentes (es decir, que no existe una norma en el ordenamiento jurídico) o porque directamente exista una regla positiva que lo prohíba. El segundo análisis tratará de recoger la *opinión pública*, el *sentir de la población* o las tendencias sociológicas internas de una comunidad política. Este segundo análisis pondrá de relieve la existencia o no de tensiones sociales y de ciertas reivindicaciones. Podrá indicar unas condiciones sociales particulares (“dado” natural). En tercer análisis, podremos observar costumbres, dichos, principios,

cultura popular y todo tipo de manifestaciones nacidas de la experiencia social prolongada, basadas en principios de razón, que están presentes históricamente o que marquen la senda de un progreso social (“dado” ideal) y que pueden servir para justificar y decidir la toma de decisión política en términos de éxito o fracaso. Ahora bien, sea cual sea el resultado de estos análisis, nos damos cuenta de que encontramos un gran número de posibilidades de enfoque del fenómeno social. Veamos ahora qué podría suceder tanto en el caso de aceptación política de este tipo de matrimonio como en caso de no aceptación. En caso de aceptación política, el legislador promovería, por medio de ley positiva, un conjunto de formalidades, así como de presunciones y otros artificios técnicos para garantizar una serie de derechos generales a esas parejas casadas (reconocimiento civil, ayudas sociales, ayudas fiscales, posibilidades de percibir pensiones, normas dispositivas de posibles soluciones a conflictos de convivencia, reconocimientos hereditarios, tal vez adoptivos, etc.) que conforma un régimen general. Queda preguntarse si este régimen general agota todas las posibilidades de vida en común. La respuesta, evidentemente, es no. ¿No es entonces, el acto político, una declaración *a priori*, que si bien ofrece formas y concesiones automáticas de ventajas y desventajas a las personas casadas (fruto de la adopción de régimen jurídico nuevo) y facilita el acceso masivo a ese nuevo régimen, no garantiza la *justicia* de las relaciones que se producen? ¿Qué sucede entonces si una pareja de personas del mismo sexo sufre una discriminación automática, es decir, por no venir una determinada situación contemplada en una norma o en el régimen contemplado por la ley positiva pero que por derivación de instituciones análogas (por ejemplo, de un matrimonio tradicional) o por situaciones particulares que apelan a otros principios, debería ser reconocida? ¿Debe entonces la pareja esperar al reconocimiento general por vía de la ley positiva? ¿No pueden alegarse situaciones objetivas que, tal vez, puedan solventarse con otras fórmulas, es decir, invocando otras formas o formalidades, por ejemplo, para el cobro de pensiones de viudedad si estas no estuvieran expresa y formalmente reconocidas por la ley positiva? ¿No vemos, entonces, que existen derechos (objetivos y subjetivos) más allá de la ley positiva que resulta incompleta? ¿Qué sucede ahora si el poder político no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo o lo prohíbe penalmente? ¿Significa esto que la vida en pareja para

estas personas es imposible? desde luego, la ley positiva dirá que sí, porque así lo establecen sus disposiciones y así lo requiere la paz social. No obstante, ¿Existe la posibilidad, aun clandestina, contraria a la paz social y la seguridad *a priori* que ofrece la ley positiva, de vivir una vida en pareja homosexual? Desde luego las formas para llevarlo a cabo no pondrá ser las convencionales previstas por la ley positiva y será necesario construir un derecho positivo, es decir, un conjunto de reglas positivas que funcionen como un contra poder, basadas en una configuración particular de “*dados*”, de los cuales extraer principios perfectamente aceptables pero ignorados por la ley positiva y el derecho ideal y de los cuales se puedan extraer nuevas reglas positiva.

Se debe discutir filosóficamente el concepto de pareja, en el cual podríamos entender comprendido el concepto de amistad, de sexualidad, o el concepto de vida compartida, de afecto mutuo y muchos otros que obligarían a tener que concretar la norma penal, sancionadora o prohibitiva para comprender exactamente el alcance de su prohibición. El derecho subjetivo debe usar de los artificios técnicos (que son los que usa la técnica jurídica, que Gény ya ha diagnosticado y que en el fondo provienen del estudio más amplio de la epistemología general) para construir soluciones concretas (no necesariamente extensibles) que den cabida a esas ideas filosóficas que se han vista truncadas por la ley positiva y el derecho ideal. Estas soluciones no tratan de derrocar la ley positiva, pero exige que esta se concrete y muestre su utilidad real frente a las pretensiones de un individuo o un colectivo afectado por ella. En todo proceso contradictorio, la ley positiva interviene inevitablemente con normas dispositivas o imperativas, pero la construcción filosófica del derecho por las partes sigue siendo requerida para legitimar la ley positiva como producto técnico legítimo de la ciencia del derecho.

El individuo podrá ampararse en la ciencia del derecho y justificar otra configuración del derecho positivo (es decir, otra ideología contenida en el “*dado*” ideal, aprobado por el “*dado*” racional y conforme al *dado* natural y histórico). Ese nuevo derecho subjetivo que el individuo expone y reivindica, queda pendiente de justificación por vía de discurso (ya no como simple norma técnica). Es decir que el individuo deberá justificar (en base a la ciencia del derecho) el motivo del derecho subjetivo.

Por ejemplo, la libertad de elección del género sexual (es decir, por ejemplo, la aceptación de una determinada identidad sexual) es considerada como una posibilidad ideal que forma parte del “dado” ideal de nuestro estado de civilización. La libertad de elección del género sexual podrá convertirse en una ideología política (un derecho ideal). Esa ideología (derecho ideal) deberá quedar plasmada técnicamente en una ley positiva y en una dogmática que será imperfecta. Al existir otras ideologías posibles e incluso existiendo la posibilidad de desarrollar la o las ideologías concretas adoptadas por el derecho ideal, la ciencia del derecho no se puede reducir ni al derecho ideal ni a la ley positiva. Al ser la ciencia del derecho más extensa que un derecho ideal y la ley positiva que dimana de este, siempre podrá legitimar no sólo la modificación del derecho ideal y de su ley positiva, sino que permite sostener científicamente unos derechos subjetivos contrarios. El derecho subjetivo viene legitimado por los “datos”, no necesariamente por el derecho ideal y la ley positiva vigente.

También podemos proponer otro ejemplo: supongamos que la ciencia física descubre que la ingesta de un alimento determinado es perjudicial para la salud. Y la salud (física al menos) es requisito de bienestar y condición necesaria para un funcionamiento biológico, sensorial y experiencial óptimo. Si aceptamos el argumento científico, podemos incluirlo como premisa de un razonamiento más amplio en el que se incluyan premisas morales, como el principio que estipula que el bienestar físico es un bien deseable para cualquier hombre. En este caso vemos que la salud (como “bien” físico) es un bien moralmente deseable que contribuye objetivamente a nuestra felicidad, por lo tanto, es deseable también para cualquier hombre y es, por tanto, un imperativo. Vemos que, en base a premisas deducidas científicamente, la salud, que es un bien moral, se obtiene ingiriendo un determinado tipo de alimento.

Ahora bien, el derecho ideal elaborará un discurso que se compone de varios ideales o ideologías. Deberá emitir un juicio de conveniencia según intereses ideológicos y traducirá ese juicio en una medida de *ley positiva*. Por ejemplo, en el caso del ejemplo del *alimento sano*, el derecho ideal puede preferir dar importancia a ideales de justicia económica o social sobre ideales de salud, y decida, por ley positiva, no invertir más en producir estos tipos de alimentos a costa de abandonar

otras tareas, etc. No obstante, el derecho subjetivo, libre del derecho ideal, podrá exigir la libertad para cumplir con el imperativo de salud física (en nuestro caso, puesto de manifiesto por la ciencia, como un “dato” natural, confirmado como un “dato” racional (búsqueda de la felicidad), y adoptado como un ideal de nuestra civilización) y así exigir que la ley positiva no *impida* la *búsqueda y realización* individual de ese ideal de salud física, es decir, no limite la posibilidad material de realizar individualmente una posible acción dentro de un contexto social determinado, por ejemplo, ya sea comiendo alimentos alternativos, pero igualmente saludables, llevando una vida sana, etc.

Por lo que, si tuviéramos que presentar las fases y resultados del análisis, de un modo esquemático:

1º) Estudio de los “datos” racional e ideal con ayuda de la naturaleza de las cosas morales. Conformación del derecho natural en sentido estricto. Estudio de los “datos” histórico y real, con la ayuda de la naturaleza de las cosas positivas. Elaboración del discurso de la ciencia del derecho.

2º) Formulación del concepto de Estado y concretización de un derecho ideal para ese Estado.

3º) Estudio de las cuestiones morales, políticas, sociales, económicas, etc. que existen en un tiempo y en una sociedad concreta. Elaboración de las instituciones que van a regir la vida en sociedad (derecho objetivo) y constitución de las fuentes formales que van a darles su debido desarrollo y concreción. Elaboración del discurso de la técnica del derecho. Conformación de la ley positiva

4ª) Constatación de la insuficiencia de las fuentes formales y de los métodos empleados por la dogmática (interpretación literal y sistemática del derecho). Ejercicio de la *libre investigación del derecho* y uso de la *naturaleza de las cosas* para fijar el alcance y los límites de la ley positiva.

Tenemos, en la actualidad, a Gautier, que quiere mostrarnos cómo la *libre investigación científica* pregonada por Gény se aplica en nuestros días por Tribunales superiores. Concretamente, el autor cita sentencias del Tribunal

Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como muestra de un acercamiento al derecho muy propio, según ese autor, de la *libre investigación científica* que defiende Gény, con un estudio “puntilloso”, “extremadamente profundizado de los hechos”, con “elementos históricos y sociales” y el uso del “razonamiento analógico” pero con resultados tremendamente dispares y abiertos a todos los matices, cambios y sugerencias lo que muestra, según él, que la *libre investigación científica* sólo sirve para extender sin límite el poder del juzgador y convertir las decisiones judiciales en decisiones arbitrarias ¹⁷⁴⁴. Esto último no es más que afirmar que la *libre investigación científica del derecho*, por la amplitud de los posibles que la conforman no es en sí un método científico y da lugar a decisiones arbitrarias. Este escollo se solventa por la fundamentación de los resultados judiciales alcanzados con la libre investigación y de los conceptos filosóficos que interviene en la libre investigación. No se trata de satisfacer todos los intereses en presencia al reducirlos todos a una síntesis perfecta que ofrezca un único resultado. Se trata de adoptar un particular discurso sobre el derecho (una determinada configuración de los “datos”) y aplicarlo al caso concreto.

Los pasos a seguir para que la aplicación del derecho por parte del juez no sea arbitraria y permita construir una solución acorde con el derecho (y según el sistema de Gény) serían los siguientes:

a) Convicción sobre la realidad de los hechos relatados

Explicar los hechos, es decir, hay que importar categorías y conceptos que permitan dar cuenta de los elementos filosóficos, sociológicos, psicológicos, sentimentales, racionales, tópicos, etc., que han influido y que *explican* el comportamiento seguido por las personas y sus actos. Es importante describir los hechos dentro del marco social e institucional al que pertenecen. Es decir, traer a colación el derecho objetivo.

Es necesario acudir a la libre investigación científica del derecho para ser capaz de detectar dentro de los hechos, los elementos que deberán ser

¹⁷⁴⁴ Cfr. GAUTIER, P., *op. cit.*, pp. 49-57.

objeto del discurso de la ciencia del derecho y los elementos que van a ser objeto del discurso de la técnica del derecho.

b) La elaboración de los fundamentos de derecho:

Hay que elaborar el discurso que conforma el “dado” racional, ideal, histórico y natural. Por ejemplo, hay que establecer el significado racional, ideal, histórico y natural (o científico) de los conceptos de *vida*, *libertad*, *igualdad*, *solidaridad*, *etc.*, que sean referidos directa o indirectamente al caso y establecer la jerarquía entre esos conceptos. Aquí se expresa el discurso de la ciencia del derecho. Ese discurso de la ciencia del derecho será diferente según los casos. Para cada caso, el corpus de conceptos implicados diferirá y por ello también el discurso.

c) Adopción de una solución positiva

Aquí se trata de construir el discurso técnico del derecho sobre la base de los elementos positivos que se hayan extraído de los hechos. Ese discurso técnico guardará necesariamente relación con el discurso científico. Concretamente, hay que establecer la relación entre *los hechos* (concretamente entre las categorías y conceptos usados para *explicar* los hechos) y los conceptos que conforman lo “dado” (más ampliamente, el discurso de la ciencia del derecho).

El discurso científico es quien ofrece la solución jurídica, aunque esta esté pendiente de ser positivada y, por tanto, poder ser aplicada. Esta positividad se realiza con la ayuda del discurso técnico, el cual muestra los medios por los que, en nuestra época, pueden ser materializados y ejercidos los conceptos de la ciencia del derecho (principalmente categorías y conceptos filosóficos).

El discurso técnico ofrecerá varias soluciones técnicas. De ese conjunto de posibles soluciones técnicas, algunas pueden ser imposible (si no responden a

formas materiales realizables en nuestro tiempo y en nuestra época o por ser de realización físicamente imposible) o de realización excesivamente gravosa (porque eliminan en exceso soluciones técnicas derivadas de otro posible discurso jurídico con otra configuración de “datos” y que pone de manifiesto otros intereses. Por ejemplo, la solución técnica propuesta constituye una servidumbre de paso preferente de una finca sobre otra, pero imposibilita la explotación de la finca gravada, su venta, etc.). Dado que las soluciones técnicas son variadas, se tratará de encontrar la que ofrezca un resultado positivo más “completo”, menos “limitante” y menos alejado de lo que idealmente presenta la ciencia del derecho. La positividad es siempre una concreción y por ello una limitación de los posibles que encierran los principios (es decir, la técnica es siempre una limitación de la ciencia), siempre supone reducir, lo que la ciencia del derecho había concebido idealmente. Por ello, la positividad no puede ser un límite o un impedimento a la ciencia del derecho si no queremos desvirtuar la idea misma del derecho y de la justicia.

5º) Reconocimiento de derechos subjetivos y construcción de un discurso sobre los derechos subjetivos que permita completar o superar la ley positiva sobre la base de la ciencia del derecho. Elaboración y aplicación de una *solución positiva* por vía de la *técnica jurídica* conforme a la noción de derecho positivo (noción más amplia que la noción de ley positiva), derecho objetivo, derecho ideal y derecho natural. Sobre la base de una concreta positividad, como particularidad irrepetible de los hechos que conforman cada caso, se configura un discurso científico-técnico construido *ad hoc*. La multiplicidad de construcciones positivas posibles y válidas (dentro del discurso científico-técnico sobre el derecho) no es más que debido a la multiplicidad misma de los puntos de vista que se pueden adoptar sobre los hechos. Por ello, en última instancia las soluciones positivas son el resultado de la particular configuración científico-técnica del derecho que el individuo reclama a la administración de justicia. Dado que el derecho tiene como objeto y destinatario a los individuos, sobre estos recae la legitimidad para construir cualquier solución jurídica conforme a las exigencias científicas y técnicas del derecho y construir el discurso que legitime esas soluciones.

Por último, podemos afirmar que el balance de las investigaciones llevadas a cabo por Gény apuntan a un resultado complejo, pero satisfactorio. Ante el reto, nada evidente, de formular la crítica a los positivismos reinantes y en auge (positivismo exegetico y positivismo sociológico) con el fin de presentar una alternativa viable, Gény ha sabido construir un método matizado y complejo que sabe apreciar e integrar las virtudes como rechazar los vicios de los diversos tipos de positivismo jurídico.

Para construir esa crítica tan compleja, Gény no podía sino acudir al concepto de naturaleza de las cosas. Sobre su inquebrantable e inagotable base ha sabido derivar una ciencia del derecho y una técnica del derecho que integra los resultados del resto de ciencias descriptivas, que se deriva de la filosofía moral y que, en última instancia, queda abierta a todos los descubrimientos que se presenten al hombre en la naturaleza de las cosas.

Gény nos ofrece un método para construir el derecho que ha sabido superar las limitaciones de las teorías jurídicas presentadas en siglo XIX y el siglo XX. Sin desconocer el declive progresivo de las doctrinas del derecho natural y el abandono progresivo de fundamentaciones iusfilosóficas del derecho positivo hasta caer, en los tiempos más recientes, en la pobre fundamentación “lógico-racional” y discursiva del derecho que presentan las más recientes teorías jurídicas, Gény ofrece un método completo que reconstruye la legitimidad del pensamiento iusfilosófico partiendo del derecho positivo. Frente a un derecho positivo en pleno crecimiento, Gény se presenta como el maestro que muestra el camino para la reconstrucción de una ciencia del derecho (reconciliada con la filosofía del derecho y el derecho natural).

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, AULIUS, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 8, 1990.
- ALARCÓN CABRERA, CARLOS, y VIGO, RODOLFO LUIS, *Interpretación y argumentación jurídica: Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Argentina, 2011.
- ALEXY, ROBERT, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 5, 1988, pp. 139-151.
- , *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1997.
- ARISTÓTELES, *Retórica*, Alianza, Madrid, 2002.
- ARNAUD, ANDRÉ-JEAN, *Les juristes face à la société du XIXème siècle à nos jours*, P.U.F., coll. Sup., Paris, 1975.
- ARNAUD, ANDRÉ-JEAN ET NICOLES, “Le socialisme juridique à la “belle époque”: visage d’une aberration”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 3-4, número 1, 1974-1975, pp. 25-54.
- , *Critique de la raison juridique. 1. Où va la Sociologie du droit ?*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1981.
- ASQUINI, ALBERTO, “La natura dei fatti come fonte di diritto”, *Archivio giuridico Filippo Serani*, LXXVI, 1921, pp. 129-167.
- ATIAS, CHRISTIAN, “L’essai d’épistémologie juridique de François Gény : un chapitre oublié de “Science et technique””, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 20, número 1, 1991, pp. 77-88.

- ATIENZA, MANUEL, *Introducción al derecho*, Barcanova, 1ª ed., Barcelona, 1985.
- , “Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a R. Vernengo”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 3, 1986, pp. 297-311.
- , *Las razones del Derecho: Teorías de la Argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- , *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
- , *Sobre la única respuesta correcta*, Jurídicas, volumen 6 número 2, Universidad de Caldas, Colombia, 2009. pp. 13-26.
- , “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 2009, pp. 205-223.
- , “La dogmática jurídica como tecno-praxis”, en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ y DIEGO VALADÉS RÍOS, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*, volumen 4, Tomo 1, 2015, pp. 169-196.
- ATIENZA, MANUEL y JUAN RUIZ MANERO, “Sobre principios y reglas”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 10, 1991, pp. 101-120.
- , *Las piezas del Derecho*, Ariel, 2a. ed. (2004), Barcelona, 1996.
- AUBERGER, MICHEL, “Un autre regard sur François Géný et son œuvre”, *Revue trimestrielle de droit civil*, número 2, 2010, pp. 261-278.
- , “De Méthode... à Ultima Verba... et au-delà”, en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Géný*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 227-244.

- , “La vie de François Géný : la doctrine et son époque”, en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Géný*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 7-23.
- AUDREN, FRÉDÉRIC, “Le « moment 1900 » dans l’histoire de la science juridique française. Essai d’interprétation”, *Editions Panthéon Assas Colloque cycles « Histories des doctrines constitutionnelles » Centre de Droit Public comparé*, 2015, pp. 55-74.
- BALDUS, CHRISTIAN, “Les lectures de François Géný : la doctrine française et l’École des Pandectes”, en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Géný*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 37-49.
- BASCH, VICTOR, *L’individualisme anarchiste Max Stirner*, Oxford University, Félix Alcan, Paris, 1904.
- BAYÓN MOHÍNO, JUAN CARLOS, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 19, 1996, pp. 143-162.
- BERGSON, HENRI, “L’intuition philosophique”, *Conférence faite au Congrès de Philosophie de Bologne*, 1911.
- BERNUZ BENEITEZ, MARÍA JOSÉ, *François Géný y el Derecho. La lucha contra el método exegético*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- , *La libertad en el derecho. Entre certeza e incertidumbre*, Comares, Granada, 2007.
- BIX, BRIAN, “Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 26, 2003, pp. 609-633.
- BOBBIO, NORBERTO, *Teoria della scienza giuridica*, G. Giappichelli, Torino, 1950.
- , *Derecho y lógica*, México, traducción de Alejandro Rossi, Unam, México, 1965.
- , *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres Editor, 1980.

- , *El problema del positivismo jurídico*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, 13ª ed. (Primera edición publicada en 1991), México, 2014.
- , *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, prólogo de Luigi Ferrajoli, traducción de Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta (Primera edición publicada en 1965), 2015.
- , *Teoría general del Derecho*, traducción de Jorge Guerrero R., Temis, Bogotá, 2017.
- BONNECASE, JULIEN, *La notion du droit en France au dixneuvième siècle*, De Boccard, Paris, 1919.
- , *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, De Boccard, 2ème ed., Paris, 1924.
- , *Supplément au Traité théorique et pratique du Droit civil DE BAUDRY-LACANTINERIE et de ses collaborateurs*, Tomo I, Recueil Sirey, Paris, 1924.
- , *Science du Droit et Romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*, Recueil Sirey, Paris, 1928.
- , *Précis de Droit Civil*, Tomo I, Rousseau, Paris, 1934.
- BOURDEAU, JEAN, *La philosophie affective*, Félix Alcan, Paris, 1912.
- CACHARD, OLIVIER, “La libre recherche scientifique à son paroxysme : la jurisprudence arbitrale”, en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Gény*, Dalloz, Paris, 2013, pp- 57-69.
- CALSAMIGLIA, ALBERT, “Ciencia Jurídica”, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996.
- CAMUS, ALBERT, *Actuelles. Ecrits politiques*, Tomo 1, Collection Folio Essais (nº 305), Gallimard, 1997.

- CARABANTE, JOSÉ MARÍA, “El derecho: ¿objeto tecnificado o medio de tecnificación? la dualidad del proceso de racionalización jurídica en la obra de J. Habermas”, *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, número 62, 2010, pp. 59-79.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Teoria generale del diritto*, ed. ampliata Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1951.
- CARPINTERO BENÍTEZ, FRANCISCO, “Métodos científicos y método del derecho: una historia superada”, *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, número 62, 2010, pp. 29-58.
- , “Sobre la ley natural en Tomás de Aquino”, *Dikaion*, volumen 22, número 2, 2013, pp. 205-246.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil español común y foral*, Tomo I, Reus, 5a ed., Madrid, 1941.
- , *Teoría de la aplicación e investigación del derecho (metodología y técnica operatoria en derecho privado positivo)*, Reus, Madrid, 1947.
- CAYLA, OLIVIER, “L’indicible droit naturel de François Gény”, *Revue d’histoire des facultés de droit et de science juridique*, número 6, 1988, pp. 103-122.
- CHAZAL, JEAN-PASCAL, “Léon Duguit et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique”, *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, volumen 65, número 2, 2010, pp. 85-133.
- CHEVALIER, JACQUES, *Bergson*, Plon, Paris, 1926.
- , *La science et le réel*, Cahiers de la Nouvelle Journée, Tomo IX, 1927.
- CICERÓN, *Topica*, Société d’édition “Les belles lettres”, H. Bornecque, 10ème ed., Paris, 1960.
- CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, “Consideraciones integrativistas sobre la interpretación”, en ALARCÓN CABRERA, C., y VIGO, R. L., *Interpretación y*

- argumentación jurídica: Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Argentina, 2011, pp. 189-210.
- CLAVERO, BARTOLOMÉ, “El método entre infieles o el Código en España”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volúmen 20, número 1, 1991, pp. 271-317.
- COING, HELMUT, *Fundamentos de filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1976.
- COLOM GONZÁLEZ, FRANCISCO, *Razones de identidad. Pluralismo cultural e integración política*, Anthropos, Barcelona, 1988.
- CONSTANT, BENJAMIN, *Cours de politique constitutionnelle*, Tomo I, Guillaumin, 2a ed., Paris, 1872.
- COSSIO, CARLOS, *El Derecho en el Derecho judicial*, Kraft, Buenos Aires, 1945.
- COSTA, PIETRO, “Interpretazione della legge: François Géný e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volúmen 20, número 1, 1991, pp. 367-495.
- DABIN, JEAN, “François Géný, le savant”, en AA.VV., *Le centenaire du doyen François Géný. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 13-37.
- , *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3a ed., Paris, 1969.
- DE ASÍS ROIG, RAFAEL R., “La interpretación de la constitución en una sociedad multicultural”, en ALARCÓN CABRERA, C., y VIGO, R. L., *Interpretación y argumentación jurídica: Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Argentina, 2011.
- DE DIEGO, FELIPE CLEMENTE, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Comares, Granada, 2016.
- DE DOMINGO PÉREZ, TOMÁS, “La filosofía del derecho de Arthur Kaufmann en el tránsito a la postmodernidad: una valoración”, *Persona y Derecho: Revista de*

fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, número 47, 2002, pp. 437-468.

DE LA CUESTA SAENZ, JOSÉ MARÍA, “Reflejo del pensamiento de F. Gény sobre la costumbre en la doctrina civilista española”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 20, número 1, 1991, pp. 319-350.

DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, “Algunas reflexiones a propósito de la teoría de la interpretación en la obra de François Gény”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 20, número 1, 1991, pp. 119-148.

DE PALMARI, PAUL ANTOINE, “La norme juridique et la libre recherche scientifique : une analyse critique de l’oeuvre de François Gény”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d’interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 233-250.

DEL VECCHIO, GIORGIO, “Les principes généraux du droit”, *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Gény*, Tomo II, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 69-84.

—, *Justice, droit, état. Etudes de philosophie juridique*, prefacio de M. Lévy-Ullman, Sirey, Paris, 1938.

—, *Filosofía del Derecho*, Bosch, 6a. ed., Barcelona, 1953.

DEROUSSIN, DAVID, “La coutume dans la doctrine civiliste après l’exégèse : un renouveau en trompe l’œil ?”, en GARNIER FLORENT Y, JACQUELINE VENDRAND-VOYER (dir.), *La coutume dans tous ses états. Recueil des actes du colloque international pour la célébration du 500^e anniversaire de la rédaction de la coutume d’Auvergne*, La Mémoire du droit, coll. Recueil d’études, 2013, pp. 173-216.

DI CARLO, EUGENIO, “Le droit naturel dans le système d’interprétation de F. Gény”, *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Gény*, Tomo I, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 234-243.

- DÍAZ, ELÍAS, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, 1971.
- DICKINSON, JOHN, “Le problème du cas non-prévu”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo II, Recueil Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 503-530.
- DISSAUX, NICOLAS, “L'influence de Bergson sur les idées du doyen Gény”, *Revue trimestrielle de droit civil*, número 3, 2008, pp. 417-429.
- DUGUIT, LÉON, “Le pragmatisme juridique”, *Conférence de Coïmbra*, 1923.
- DWORKIN, RONALD, “Wasserstorm: The Judicial Decision”, *Ethics*, número 75, 1964.
- , “Law as Interpretation”, *Critical Inquiry*, volumen 9, número 1, 1982-83, pp. 179-200.
- , *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Planeta De Agostini, Barcelona, 1993.
- , *La filosofía del derecho*, traducción de Javier Sáinz de los Terreros, Fondo de cultura económica, 2a. ed. (Primera edición publicada en Oxford University Press, Londres, 1977), México, 2014.
- EHRlich, EUGEN, *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- ENNECCERUS, LUDWIG, *Lehrbuch de Bürgerlichen Rechts-Einleitung*, Allgemeine Theil, Marburgo, 1923.
- ESSER, JOSEF, “Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico”, *Nuova Rivista de Diritto Commercial, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, número 5, 1952, pp. 54-65.
- FASSÒ, GUIDO, *Historia de la filosofía del derecho*, Tomo III, 5a ed., Pirámide, Madrid, 1988.

- FERNÁNDEZ, ATAHUALPA, CELA-CONDE, CAMILO JOSÉ y MARLY FERNÁNDEZ, “Un modelo de discurso jurídico revisado”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, volumen 15, número 1, 2007, pp. 1-6.
- FERRAJOLI, LUIGI, “El futuro de la filosofía del derecho”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 39, 2016, pp. 255-263.
- FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, traducción de Cristóbal Orrego, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- FLAVIUS, GNAEUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, C. Winter, Heidelberg, 1906.
- FOUILLÉE, ALFRED., *L'évolutionisme des idées-forces*, Félix Alcan, Paris, 1890.
- , *La Psychologie des idées-forces*, Félix Alcan, Paris, 1893.
- FRANKLIN, MITCHELL, “M. Gény and juristic Ideals and Method in the United States”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo II, Recueil Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 30-48.
- FRYDMAN, BENOÎT, “Le projet scientifique de François Gény”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 213-232.
- FURGIUELE, GIOVANNI, “François Gény civilista, o dell « application d'une méthode critique d'interprétation » del diritto (a proposito di « des droits sur les lettres missives »)”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 20, número 1, 1991, pp. 497-535.
- GAIDO, PAULA, *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, *Teorías de la tópic jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.
- , *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*, Eolas ediciones, 2013.

- GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Akexy*, CEPC, Madrid, 1998.
- GAUDEMET, EUGÈNE, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, A. Rousseau, Paris, 1898.
- , “L’oeuvre de Saleilles et l’oeuvre de Géný en méthodologie juridique et en philosophie du droit”, *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Géný*, Tomo II, Recueil Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 5-16.
- GAUTIER, PIERRE-YVES, “Réflexions sur François Géný : l’actualité méthodologique de Science et Technique”, en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Géný*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 49-57.
- GÉNY, F., “Une théorie française du transport de dettes d’après un livre récent”, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, XLVIII, Tomo XXVIII, 1899, pp. 450-478.
- , *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle. Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l’Université de Dijon le 8 novembre 1900*, L. Venot, Dijon, 1900.
- , “Une théorie nouvelle sur les rapports juridiques issus du contrat de travail”, *Revue trimestrielle de droit civil*, Tomo I, 1902, pp. 333-343.
- , “Risque et responsabilité”, *Revue trimestrielle de droit civil*, Tomo I, 1902, pp. 812-850.
- , “La Technique législative dans la Codification civile moderne (à propos du Centenaire du Code civil)”, *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, Tomo II, Rousseau, 1904, pp. 989-1041.

- , *Des droits sur les lettres missives : étudiés principalement en vue du système postal français : essai d'application d'une méthode critique d'interprétation*, Tomo I, Sirey, Paris, 1911.
- , “Les procédés d'élaboration du droit civil”, en Mm. BERTHÉLEMY, GARÇON, LARNAUDE, PILLET, TISSIER, THALLER, TRUCHY y GÉNY, *Les méthodes juridiques. Leçons faites au Collège libre des Sciences Sociales en 1910*, préface de Paul Deschanel, Paris, Giard et E. Brière, 5^o ed., Paris, 1911, pp. 173-197.
- , *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, Tomo I, Recueil Sirey, Paris, 1914.
- , *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Tomo I, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2a ed. (Primera edición publicada en 1899), Paris, 1919.
- , *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Tomo II, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 2a ed. (Primera edición publicada en 1899), Paris, 1919.
- , *Science et Technique en droit privé positif. Élaboration technique du droit positif*, Tomo III, Recueil Sirey, Paris, 1921.
- , *Science et Technique en droit privé positif. Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif. (Le conflit du droit naturel et de la loi positive)*, Tomo IV, Recueil Sirey, Paris, 1924.
- , *Science et Technique en droit privé positif. Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible « droit naturel »)*, Tomo II, Recueil Sirey, 2a. ed. (Primera edición de 1915), Paris, 1927.
- , “Le conflit du droit naturel et de la loi positive”, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, volumen XLIX, 1930. (traducción BERNUZ BENEITEZ, M. J., *La libertad en el derecho. Entre certeza e incertidumbre*, Comares, Granada, 2007, pp. 92-115).

- , “La notion de droit en France. Son état présent. Son avenir. Essai de ralliement autour d’un programme homogène d’études de philosophie du droit”, *Archives de philosophie du droit*, número 1-2, 1931, pp. 9-41.
- , “La laïcité du droit naturel”, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, número 3-4, 1933, pp. 7-27.
- , *Justice et force. Pour l’intégration de la force dans le droit*, Dalloz, Paris, 1939. (traducción BERNUZ BENEITEZ, M. J., *La libertad en el derecho. Entre certeza e incertidumbre*, Comares, Granada, 2007, pp. 70-85).
- , *Essai de justification rationnelle des disciplines de l’amour par le droit et l’hygiène sociale*, éditions familiales de France, 1945.
- , *Ultima verba*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1951. (traducción BERNUZ BENEITEZ, M. J., *La libertad en el derecho. Entre certeza e incertidumbre*, Comares, Granada, 2007, pp. 87-95).
- , *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Comares (edición castellana), Granada, 2000.
- GROSSI, PAOLO, “Pagina introduttiva. (Ripensare Gény)”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volúmen 20, número 1, 1991, pp. 1-51.
- , *La primera lección de derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- GUÉNON, RENÉ, *La crise du monde moderne*, Paris, 1927.
- , *Le règne de la quantité et les signes des temps*, Paris, 1945.
- HÄBERLE, PETER, “La ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 27, 2017, pp. 109-121.
- HABERMAS, JÜRGEN., *La reconstrucción del materialismo histórico*, traducción de Jaime Nicolás Muñiz y Ramón García Cotarelo Taurus, Madrid, 1981

- , *Teoría de la acción comunicativa*, traducción de M. Jiménez, Taurus, Madrid, 1987.
- HAKIM, NADER, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXe siècle*, LGDJ, Tome 381, part 2, 2002.
- , « La Belle Epoque de la pensée juridique française », en HAKIM NADER y FABRICE MELLERAY, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Dalloz, 2009, pp. 1-12.
- , “La pensée de François Gény”, *Revue trimestrielle de droit civil. Thèmes et commentaires*, 2013, pp. 467-470.
- , “Droit naturel et histoire chez François Gény”, *Clio@Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*, Association Clio et Thémis, volumen Juristes e, número 9, 2015, pp. 1-18. Disponible en <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02135986>
- HAN, BYUNG-CHUL, *La sociedad de la transparencia*, traducción de Raúl Gabás, Herder, 2013.
- HARE, RICHARD MERVIN, *Freedom and Reason*, Oxford, 1963.
- HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS, *The concept of Law*, Oxford University Press, 1961.
- HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988.
- HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL, “Métodos jurídicos”, *Anuario de filosofía del derecho*, número 3, 1986, pp. 183-190.
- , “Ficciones jurídicas”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 3, 1986, pp. 141-147.
- , *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1989.

- , “Concepto de Filosofía del Derecho”, *Anuario de filosofía del derecho*, número 10, 1993, pp. 175-190.
- , *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- , “Sobre la concepción lógica del derecho”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, número 18, 2003, pp. 79-110.
- , *Las obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- , “Relaciones entre la aplicación de los enunciados jurídicos y la motivación de las decisiones judiciales”, en ALARCÓN CABRERA, C., y VIGO, R. L., *Interpretación y argumentación jurídica: Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Argentina, 2011.
- , *Razonamientos en la sentencia judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- , “El control de la actividad judicial y las teorías jurídicas actuales”, *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, número 40, 2017, pp. 123-146.
- HERRERA FLORES, JOAQUÍN, “Reflexiones teóricas sobre el uso contemporáneo del derecho natural como método”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 4, 1987, pp. 289-326.
- HERVADA, JAVIER, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, EUNSA, Pamplona, 1987.
- HORN, DIETER, "Topik als offenes Kommunikationssystem", *Rhetorische Rechtslehre: zum 75. Geburtstag von Theodor Viehweg*, Alber, Friburgo/Munich, 1982.
- , “Sobre Derecho natural racionalista y Derecho natural actual”, traducción del alemán de María José Falcón Y Tella, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época, Vol.1*, Universidad Complutense de Madrid, 2000.
- HURTADO BAUTISTA, MARIANO, “Droit et nature des choses dans la philosophie hispanique du droit”, *Droit et Nature des Choses. Travaux du colloque de*

philosophie du droit comparé. Extrait des annales de la faculté de droit et sciences économiques de Toulouse, Dalloz, Paris, 1965, pp. 177-191.

—, “Postmodernismo y Derecho”, *Anales de Derecho*, número 15, 1997, pp. 289-322.

HUTCHESON, JOSEPH C. JUNIOR, “Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire”, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný*, Tomo II, Recueil Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 531-551.

IHERING, RUDOLF VON, *El espíritu del derecho romano*, Tomo III, 2a ed., 3a ed. francesa traducida por Meulenaere, A. Marescq, Paris, 1880.

—, *El espíritu del derecho romano*, Tomo II, 2a ed., 3a ed. francesa traducida por Meulenaere, A. Marescq, Paris, 1887.

—, *El espíritu del derecho romano*, Tomo IV, 4a ed., 3a ed. francesa traducida por Meulenaere, 1888 (edición citada por Géný).

—, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, traducción de E. Príncipe, Comares, Granada, 1998.

JAMIN, CHRISTOPHE, “François Géný, d'un siècle à l'autre”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Géný, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 3-34.

JESTAZ, PHILIPPE, “François Géný: une image française de la loi et du juge”, en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Géný, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 37-54.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, M., “François Géný et la jurisprudence française”, en AA.VV., *Le centenaire du doyen François Géný. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 67-83.

- KALINOWSKI, GEORGES, *Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*, traducción de Juan A. Casaubon, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1973.
- KANT, IMMANUEL, *Crítica a la razón pura*, traducción de Pedro Ribas, Alfaguara, Madrid, 1978.
- KASER, MAX., *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1962
- , *En torno al método de los juristas romanos*, traducciones de Juan Miquel, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, 1964.
- KAUFMANN, ARTHUR, *Analogía y "naturaleza de la cosa". Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, traducción de E. Barros, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.
- , *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, traducción y prólogo de Luis Villar Borda, Temis, Bogotá, 1992.
- , "En torno al conocimiento científico del derecho", *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, número 31, Pamplona, 1994.
- , "La espiral hermenéutica", *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, número 52, 2005, pp. 401-412.
- KAYSER, PIERRE., "François Géný, le Professeur et l'Homme", en AA.VV., *Le centenaire du doyen François Géný. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 2-11.
- , "La vie et l'oeuvre de François Géný", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 20., núm. 1., 1991, pp. 53-76.
- KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, traducción de R. J. Vernengo, Unam, México, 1982.

—, *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, traducción de I. Rodríguez Villegas, Katz, Buenos Aires, 2006.

KENNEDY DUNCAN Y MARIE-CLAUDE BELLEAU, "François Géný aux États-Unis", en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Géný, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 295-320.

KIRAT, THIERRY, "Les théories de la jurisprudence de François Géný et Édouard Lambert et la common law : remarques sur la position de la *case-law method* par rapport à l'œuvre des deux juristes français", en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Géný, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 321-341.

KOCOUREK, ALBERT, "Libre recherche en Amérique", *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný*, Tomo II, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 459-502.

LACASTA-ZABALZA, JOSÉ IGNACIO, "François Géný: Algo más que un buen hermeneuta", en BERNUZ BENEITEZ, M. J., *La libertad en el derecho. Entre certeza e incertidumbre*, Comares, Granada, 2007, pp. 109-125.

LACRETELLE, PIERRE LOUIS, *Oeuvres de Pierre Louis Lacretelle Aîné*, Tomo I, Bossange Frères Librairie, Paris, 1823.

LALANDE, ANDRÉ, *Vocabulaire critique et technique de philosophie*, 2 Volúmenes, Félix Alcan, Paris, 1926

LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

LE FUR, LOUIS- ERASME, *Le Droit naturel et le Droit rationnel ou scientifique, leur rôle dans la formation du Droit international*, 1927.

LEBRUN, AUGUSTE, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, LGDJ, Paris, 1932.

- LECLERCQ, JACQUES, *Del Derecho natural a la Sociología*, traducción de José-Angel de Juanes, Morata, Madrid, 1961.
- LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *Introducción a la ciencia del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1943.
- , *Filosofía del derecho*, Bosch, 5a ed., Barcelona, 1979.
- LEYRET, HENRI, *Les jugements du président Magnaud. Réunis et commentés par Henry Leyret*, P.V. Stock, Paris, 1900.
- LICARI, FRANÇOIS-XAVIER, "François Géný en Louisiane", en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Géný*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 91-113.
- LOMBARD, PAUL, *Discours sur le Code civil allemand*, Séance d'inauguration de l'Université de Nancy, 19 de noviembre de 1896.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ, *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- , *Introducción histórica a la filosofía del derecho contemporánea*, Universidad de Murcia, 2005.
- , *Lenguaje, Normas y Sistema Jurídico*, Tecnos, Madrid, 2012.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, ANGEL M., "Géný, Duguit y el derecho subjetivo: evocación y nota sobre una polémica", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 20, núm. 1, 1991, pp. 161-179.
- LORCA MARTÍN DE VILLODRES, MARÍA ISABEL, "La experiencia jurídica actual desde la clásica doctrina filosófica de la naturaleza de las cosas. Una posible vía para la reconciliación entre el derecho natural y el derecho positivo", *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, número 68, 2013, pp. 39-75.
- MACCORMICK, NEIL, "Legal reasoning and legal theory", *Oxford University press*, 1978.

—, *Coherence in legal justification*, Weinberger-Festschrift, 1984.

MACCORMICK, N. y WEINBERGER, O., *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, Reidel, 1986. Del capítulo XI de esta obra sobre *Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico*, existe traducción al castellano de ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, incluida en el vol. a cargo de BETEGÓN, J. y J. R. PÁRAMO, *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990.

MACDONALD, RODERICK A., "Quelle modernité? Quels enjeux?", en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 351-362

MACINTYRE, A., *Tres versiones rivales de la ética. Enciclopedia, genealogía y tradición*, traducción R. Rovira, Rialp, Madrid, 1992.

MAGNON, XAVIER, "Commentaire sous La méthode de la libre recherche scientifique de F. Gény", *Les grands discours de la culture juridique*, 2017, pp. 1-12.

MARTIN, MATTHIAS, "La conception du droit par Gény arrêviste", en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Gény*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 113-125.

MASSINI CORREAS, CARLOS IGNACIO, *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

—, "La teoría del Derecho Natural en el tiempo posmoderno", *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (Buenos Aires, 1977)*, volumen 2, número 21, 2005, pp. 289-303.

—, "Derecho Natural y Ciencia Jurídica", *Revista Sapientia Vol. LXII*, número 221-222, 2007, pp. 179-213.

- , “Iusnaturalismo e interpretación jurídica”, en ALARCÓN CABRERA, C., y VIGO, R. L., *Interpretación y argumentación jurídica: Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Argentina, 2011.
- MAYDA, JARO, *François Géný and modern jurisprudence*, Louisiana State University Press, 1978.
- , “Gény and the common-law world: Thirty years later”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 20, número 1, 1991, pp. 189-199.
- MAZZARELLA, FERDINANDO, “La « Escuela social del derecho » entre Europa y Brasil. Encuentros y desencuentros ante las transformaciones de fin de siglo”, en AA.VV., *Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Dykinson, Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pp. 157-203.
- MEDINA, R., “Nota sobre François Géný”, *Anuario de filosofía del derecho*, número 17, 1974, pp. 225-232.
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, *El pensamiento científico jurídico de Géný*, estudio preliminar a GÉNY, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Comares, Granada, 2000.
- , *Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio*, estudio preliminar de la obra de DE DIEGO, FELIPE CLEMENTE, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Comares, Granada, 2016.
- MONTESQUIEU, *L’esprit des lois*, Libraire Stéréotype, Paris, 1824.
- MONTORO BALLESTEROS, MANUEL ALBERTO, *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1986.
- MORESO, JOSÉ JUAN, “Ciencia jurídica y dualismo metodológico”, *Anuario de filosofía del derecho*, número 7, 1990, pp. 291-313.
- , *Normas jurídicas y estructuras del derecho*, Fontamara, México, 1997.

- , “La ciudadela de la moral en la corte de los juristas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, volumen XXVIII, 2012, pp. 119-140.
- MOTULSKY, HENRI., *Principes d’une réalisation méthodique du Droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, Sirey, Paris, 1948.
- NAVARRO, PABLO, “Acerca de la inevitabilidad de la interpretación”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, número 22, 2005, pp. 99-122.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, 2a. ed., Barcelona, 1984.
- , *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- OLLÉ-LAPRUNE, LÉON, *De la certitude morale*, Eugène Belin, Paris, 1880.
- , *Le prix de la vie*, Belin Frères, 3a ed., Paris, 1896.
- , *La philosophie et le temps présent*, Belin Frères, 3a ed., Paris, 1898.
- OPPETIT, BRUNO, "François Génésy et le droit naturel", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 20, núm. 1, 1991, pp. 89-117.
- ORTEGA GARCÍA, RAMÓN (coord.), *Teorías del Derecho y Argumentación jurídica: Ensayos contemporáneos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PALACIOS, LEOPOLDO-EULOGIO, *El análisis y la síntesis*, Encuentro, Madrid, 2005.
- PAMPILLO-BALIÑO, JUAN PABLO, “Una Teoría global del Derecho para una nueva época histórica”, *Dikaion*, volumen 19, número 1, 2010, pp. 11-45.
- PERELMAN, CHAÏM, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, traducción de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1979.
- , *Tratado de la Argumentación. La Nueva Retórica*, Gredos, Madrid, 2000.

- PERELMAN, CHAÏM y LUCIE OLBRECHT-TYTECA, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, traducción de Julia Sevilla Muñoz Gredos, Madrid, 1989.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Derechos Humanos. Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- , “Los clásicos españoles del Derecho natural y la rehabilitación de la razón práctica”, *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 12, 2001, pp. 313-323.
- , “La filosofía del derecho como tarea: cuestiones y trayectorias de investigación”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 44, 2010, pp. 547-570.
- PEROT, PABLO, “Tipos de reglas y el concepto de obligación jurídica”, *Isonomía*, número 19, 2003, pp. 197-219.
- PESET REIG, MARIANO, *La técnica jurídica fundamental en la obra de François Géný (Un estudio de metodología del derecho)* (Tesis Doctoral), Universidad de Valencia, 1966.
- PETIT, CARLOS, “« A contributor to the method of investigation ». Sobre la fortuna de Géný en America”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 20, número 1, 1991, pp. 201-269.
- PETZOLD-PERNÍA, HERMANN, “Sobre la Naturaleza de la Metodología Jurídica”, *Fronesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, volumen 15, número 1, 2008, pp. 116-140.
- PIERRE, NATHALIE, "François Géný et la responsabilité civile : le droit-science et le sens de l'histoire", en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Géný*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 153-173.
- PRÉMONT, MARIE-CLAUDE, "François Géný et les enjeux de la responsabilité civile", en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Géný, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 101-160.

- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.
- PUY MUÑOZ, FRANCISCO DE PAULA y PORTELA, JORGE GUILLERMO, *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones, Santiago de Compostela, 2004.
- RADBRUCH, GUSTAV, “Modes d’interprétation”, traducción de Jean Spach, *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Géný*, Tomo II, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 217-226
- , “Die Erneuerung des Rechts”, en *Die Wandlung*, 2 Jg, 1947.
- RAMÍREZ-GARCÍA, HUGO S., “Derecho y ética: convergencias para la formación jurídica”, *Dikaion*, número 17, 2008, pp. 49-69.
- RAMÍREZ LUDEÑA, LORENA, “Las teorías del derecho en la formación de los jueces”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 30, 2014, pp. 37-59.
- RAVÀ, ADOLFO, *Il diritto come norma tecnica*, Dessi, Cagliari, 1911.
- RAZ, JOSEPH, *La autoridad del derecho*, traducción de Rolando Tamayo Salmorán, Unam (primera edición 1979), México, 1985.
- REALE, MIGUEL, “Géný na cultura jurídica brasileira”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 20, número 1, 1991, pp. 351-365.
- RECASENS SICHES, LUIS, *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico (La Filosofía del Derecho en el siglo XX)*, Biblioteca de iniciación cultural, Barcelona, 1936.
- , *Tratado general del Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1970.
- REICHEL, HANS, *La ley y la sentencia (orientación acerca de la doctrina actual sobre fuentes del Derecho y aplicación del último)*, traducción de Emilio Mañana, Reus, Madrid, 1921.

- ROBLES, GREGORIO, "La filosofía del derecho de Arthur Kaufmann". *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humano*, número 47, 2002, pp. 151-186.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, JOSE MARIA, *Historia Del Pensamiento Jurídico*, Tomo II: Siglos XIX y XX, Universidad Complutense de Madrid, 7a. edición, 1993.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, JOAQUÍN, "El punto de vista jurídico y los jueces", en ORTEGA GARCÍA, RAMÓN (coord.), *Teorías del Derecho y Argumentación jurídica: Ensayos contemporáneos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 143-191.
- ROGERS, JAMES GRAFTON, "Vers une solution scientifique du problème de la libre décision judiciaire", *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tomo II, Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 552-573.
- ROLLAND, LOUISE, "Les abstractions logiques et les pratiques juridiques comme sources de droit", en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 161-178.
- ROMERO SÁNCHEZ, CÁNDIDO, "El concepto de "libre investigación científica" de F. Gény: una teoría de la interpretación jurídica entre el positivismo y la sociología del derecho", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, número 6, 1994, pp. 235-244.
- ROUBIER, PAUL., *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 2a ed., Paris, 1951.
- ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *Du contrat social, ou Principes du droit politique*, 1762.
- RUIZ MANERO, JUAN, "Algunas Concepciones del Derecho y sus lagunas", en ALARCÓN CABRERA, C., y VIGO, R. L., *Interpretación y argumentación jurídica: Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Argentina, 2011, pp. 415-436.

- RUIZ MIGUEL, ALFONSO, “La dogmática jurídica, ¿ciencia o técnica?”, en ALARCÓN CABRERA, C., y VIGO, R. L., *Interpretación y argumentación jurídica: Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Argentina, 2011, pp. 387-414.
- RUMPF, M., *Gesetz und Richter*, cap. IV, O. Liebmann, Berlin, 1906.
- SAAVEDRA, MODESTO y MARIANO MARESCA, “Sobre la ciencia jurídica dominante en las facultades de derecho: la crisis de la reforma”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, volumen 50, 2016, pp. 143-176.
- SALAS, MINOR E., “Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, número 27, 2007, pp. 111-142.
- , “La falacia del todo: clave para la crítica del holismo metodológico en las ciencias sociales y jurídicas”, *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, número 10, 2006/2007, pp. 33-52.
- SALEILLES, RAYMOND, “Ecole historique et Droit naturel, d’après quelques ouvrages récents”, *Revue trimestrielle de droit civil*, Tomo I, 1902, pp. 80-113.
- SÁNCHEZ ZORRILLA, MANUEL, “Apuntes para una metodología jurídica: la idea de marco teórico”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, número 13, 2010, pp. 297-310.
- SARIS, ANNE, "La teneur de la norme selon Gény et son actualité en droit international privé", en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 79-210.
- SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, en su versión original alemana, 3a ed., 1840.

- SCHAUER, FREDERICK, "Playing by the rules. A philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life", *Clarendon Press*, 1991.
- SEELMANN, KURT, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- SEGURA ORTEGA, MANUEL, "El movimiento del Derecho libre", *Anuarios de filosofía del derecho*, 1993, pp. 423-455.
- SERRANO VILLAFANE, E., "La filosofía del derecho y el derecho natural en Heinrich Henkel (Derecho natural, Derecho «correcto» y Derecho positivo)", *Anuario de filosofía del derecho*, número 15, 1970.
- SERVERIN, ÉVELYNE, "L'actualité de François Géný du point de vue de la méthode", en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Géný, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 363-372.
- SEUROT, LAURENT, "François Géný et le droit administratif : le droit administratif vu par un civiliste au début du XXème siècle", en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI Y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Géný*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 201-215.
- SUCAR, GERMAN, "Abandonar la regla de reconocimiento", en ORTEGA GARCÍA, R. (coord.), *Teorías del Derecho y Argumentación jurídica Teorías del Derecho y Argumentación jurídica: Ensayos contemporáneos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- SUMMERS, ROBERT S., "Two types of substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification", *Cornell Law Review*, volumen 63, número 5, 1978, pp. 707-788.
- TANCELIN, MAURICE, "Pour en finir avec la mythe de la modernité de Géný", en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Géný, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 373-380.

- TANZI, ARISTIDE, "Gény e l'analisi empirica del Diritto", *Sociologia del diritto*, número 2, 1988.
- , *François Gény tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 1990.
- TARELLO, GIOVANNI, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.
- TARUFFO, MICHELE, *la prueba de los hechos*, traducción Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002.
- THOMASSET, CLAUDE, "Epilogue : l'actualité de François Gény et son œuvre", *Revue trimestrielle de droit civil*, número 2, 2010, pp. 279-284.
- THOMASSET CLAUDE Y RENÉ LAPERRIÈRE, "François Gény, la libre recherche scientifique et la nature des choses", en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Gény, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 251-292.
- TIMSIT, GÉRARD., "Gény, le juge et le silence", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 20, núm. 1, 1991, pp. 149-158.
- , *Les noms de la loi*, Collection PUF, 1991.
- TOMÁS DE AQUINO, *Summa teologica*, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1990.
- TOULMIN, STEPHEN, ALLAN JANIK y RICHARD RIEKE, *An introducing to reasoning*, MacMillan, Nueva York, 1984.
- TOUTSAKOVITCH, MIODRAG D., "Élaboration scientifique du droit positif dans la conception de François Gény" (Tesis doctoral), Pierre Bossuet, Paris, 1939.
- TRUYOL Y SERRA, ANTONIO, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Tomo II: Renacimiento a Kant, Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1976.
- , *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Tomo I: De los orígenes a la baja Edad Media, Alianza editorial, Madrid, 1987.

- VAGOST, ESTELLE, "François Géný et l'adaptation du droit aux périodes de crise", en CACHARD OLIVIER, FRANÇOIS-XAVIER LICARI y FRANÇOIS LORMANT, *La pensée de François Géný*, Dalloz, Paris, 2013, pp. 215-227.
- VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO, Tratado de Derecho civil, Tomo I, Cuesta, 4a ed., Valladolid, 1935.
- VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907.
- VANDERLINDEN, JACQUES, "Le juriste et la coutume : un couple impossible ? (bis) ou À propos de Méthode d'interprétation et sources, contrepoint au départ d'une image française de la loi et du juge", en THOMASSET CLAUDE, JACQUES VANDERLINDEN Y PHILIPPE JESTAZ (dir.), *François Géný, mythes et réalités 1899-1999 centenaire de méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Dalloz, Québec, 2000, pp. 55-98.
- VASILESCO, P., "L'œuvre de M. François Géný et ses résultats", *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný*, Tomo II, Recueil Sirey, Paris, sin fecha (aproximadamente 1934-1935), pp. 48-60.
- VIEHWEG, THEODOR, *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de Díez-Picazo, Taurus, Madrid, 1964.
- VIGO, RODOLFO LUIS, "Argumentación constitucional", en ALARCÓN CABRERA, C., y VIGO, R. L., *Interpretación y argumentación jurídica: Problemas y perspectivas actuales*, Marcial Pons, Argentina, 2011.
- VILLAMOR MORGAN-EVANS, ELISENDA, "La libre investigación científica en el sistema jurídico continental: la teoría de François Géný", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2002, pp. 431-447.
- VILLEY, MICHEL, "François Géný et la renaissance du droit naturel", en AA.VV., *Le centenaire du doyen François Géný. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 39-56.

—, “La nature des choses dans l’histoire de la philosophie du droit”, *Droit et Nature des Choses. Travaux du colloque de philosophie du droit comparé. Extrait des annales de la faculté de droit et sciences économiques de Toulouse*, Dalloz, Paris, 1965, pp. 69-89.

—, *Philosophie du droit*, Tomo II, Dalloz, 1979.

VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, le chasseur abstrait, edición de 2005.

WELZEL, HANS, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material*, traducción de Felipe González Vicen, B de F, Argentina, 2011.

WEYL, ROLLAND ET MONIQUE, “Socialisme et justice dans la France de 1895: le « bon juge Magnaud »”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, volumen 3-4, número 1, 1974-1975, pp. 367-382.

WHITNEY, WILLIAM DWIGHT, *La vie du langage*, Librairie Germer Baillière, Paris, 1875.

WIMMER, N., *Materiales Verfassungsverständnis*, Springer, Viena/Nueva York, 1971.

WOLF, PAUL, “Cambio social y transformación de la filosofía del derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, volumen 50, 2016, pp. 121-132.

WORTLEY, B.A., "L'influence de François Gény sur les juristes de Common Law", en AA.VV., *Le centenaire du doyen François Gény. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962*, Dalloz, Paris, 1962, pp. 58-66.