

# CLÁSICOS DEL DERECHO



Esta obra está bajo licencia internacional Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0.

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

SCIENCE AND LEGAL METHOD IN FRANÇOIS GÉNY:  
New Science and Free Scientific Research (Part II)

---

**José Luis Monereo Pérez**

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Catedrático Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

[jmonereo@ugr.es](mailto:jmonereo@ugr.es) ORCID [0000-0002-0230-6615](https://orcid.org/0000-0002-0230-6615)

Recepción de trabajo: 22-09-2025 - Aceptación: 22-10-2025 - Publicado: 31-10-2025

Páginas: 127-169

- 1. CIENCIA, TÉCNICA Y MÉTODO EN FRANÇOIS GÉNY. LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA.
- 2. LA TEORÍA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL EN FRANÇOIS GENY. ■ 3. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

Es de señalar que en el momento de la publicación de la magistral obra de François Gény, "Metodo de interpretación y fuentes del derecho privado positivo" (1899), era dominante el esquema de pensamiento de la Escuela de la Exégesis, aunque ya había entrado en una fase de relativa decadencia. Gény provocará una ruptura decisiva respecto a la rutina positivista del siglo precedente, que había protagonizado dicha Escuela. Tras este entendimiento tradicional del Derecho, subyacía también una determinada concepción de la "función de la doctrina jurídica".

La práctica judicial muestra que ese modelo de jurista "funcional" acaba participando en la creación del Derecho que sólo ha sido simplemente "disimulada", y no eliminada en la vida cotidiana del Derecho en acción. La reacción o revuelta contra el positivismo jurídico que se producirá después termina definitivamente con todo vestigio de los postulados de la Escuela de la Exégesis, en Alemania y Francia, ya seriamente herida por la crítica realizada a finales del siglo XIX por François Gény y, en general, por las distintas direcciones de pensamiento jurídico realista.

**PALABRAS CLAVE:** Escuela de la Exégesis Francesa, formalismo jurídico, positivismo legalista, teoría del razonamiento judicial, libre investigación científica, normativismo realista, renovación de la metodología jurídica, la función del jurista.

## ABSTRACT

It should be noted that at the time of the publication of François Gény's masterful work, "Method of interpretation and sources of positive private law" (1899), the school of thought of the School of Exegesis was dominant, although it had already entered a phase of relative decadence. Gény will cause a decisive break with respect to the positivist routine of the previous century, which had been the protagonist of this School. Behind this traditional understanding of law, there was also a certain conception of the "function of legal doctrine".

Judicial practice shows that this model of the "functional" jurist ends up participating in the creation of law that has only been "disguised" and not eliminated in the daily life of the law in action. The reaction or revolt against legal positivism that will follow puts a definitive end to any vestige of the postulates of the School of Exegesis, in Germany and France, already seriously wounded by the criticism made at the end of the 19th century by François Gény and, in general, by the various directions of legal realist thought.

**KEYWORDS:** French School of Exegesis, Legal Formalism, Legalistic Positivism, Theory of Judicial Reasoning, Free Scientific Research, Realist Normativism, Renewal of Legal Methodology, The Role of the Jurist.

## 1. CIENCIA, TÉCNICA Y MÉTODO EN FRANÇOIS GÉNY. LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

*“La historia entera de la filosofía desde la aparición de la “teoría del conocimiento” y de los serios intentos a favor de una filosofía transcendental es la historia de las violentas tensiones entre una filosofía objetivista y una filosofía transcendental, es la historia de los constantes intentos por conservar el objetivismo y reelaborarlo de un modo nuevo y, por otra parte, de las tentativas del transcendentalismo de acceder al dominio de las dificultades que comportan tanto la idea de la subjetividad transcendental como el método por ella exigido”.*

EDMUND HUSSERL<sup>1</sup>

La Escuela de la Exégesis encuentra su crítica más severa y perfilada en la llamada Escuela científica, encabezada por François Gény. Ésta acometió una revisión profunda de los postulados de la Escuela de la Exégesis. Su programa se construía sobre la base de una diferenciación, delimitación de espacios operativos y de puntos de conexión, entre la ciencia, la técnica y el método<sup>2</sup>. La ciencia y la técnica son los dos elementos de la elaboración del Derecho<sup>3</sup>. Su relación no es ni estática ni pacífica, lejos de ellos afirma la existencia de una permanente tensión dinámica. No existe una ciencia perfecta y acabada, la ciencia está sometida al devenir histórico, es un saber histórico condicionado inevitablemente por el estado de conocimiento existente en un momento dado de su desarrollo. Más aún: afirma la existencia de colisiones entre la ciencia y la técnica. Tales conflictos entre los elementos presentes en la elaboración del Derecho se han de atener a la observancia de un principio general; a saber: la *subordinación de la técnica a la ciencia*<sup>4</sup>. A través de ellas Gény pretendía alcanzar una armonía entre los elementos sociales (lo dado, sociológico) y racionales (lo construido, normativo) del derecho<sup>5</sup>. La vida jurídica plena se integra siempre de esos dos elementos: lo dado y lo construido se *mezclan y combinan* para suministrar a la vida jurídica todas las direcciones necesarias, enriqueciéndose mutuamente<sup>6</sup>. Al interrogante sobre si el Derecho es “dado” (objeto de ciencia) o “construido” (objeto de técnica), la respuesta de Gény es compleja, ya que viene a señalar que

1 Husserl, E., *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*, trad. J.Muñoz y S.Mas, Barcelona, Editorial Crítica, 1991, pág. 73.

2 Véase la nítida exposición de Bonnecase, H., *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, cit., págs. 208 y sigs.

3 Sobre la distinción entre “science” y “enchique”, véase la exposición de Gény, F., *Science et Technique*, vol. I, cit., epígrafe, 34, págs. 98 a 100. A la técnica del Derecho positivo dedica la parte tercera de su obra, vol. I II; a la ciencia, el Vol. II.

4 Así, expresamente, Gény, F., *Science et Technique*, vol. IV (1924), cap. XXVII, epígrafes 284 a 300, págs. 59 y sigs.

5 Hernández Gil, A., *Metodología de la ciencia del Derecho*, cit., pág. 24.

6 Vid. Gény, F., *Science et technique en Droit privé positif*, parágrafo 33.

el Derecho en su existencia histórica es en parte "dato" y en parte "construido". El sistema jurídico es "construido" en cuanto que fabricado o producido por el hombre, pero no completamente aparte de las exigencias económico-sociales subyacentes. Por su parte, el sistema económico es "dato" sólo relativamente, porque existe como objeto específico, pero no aparte de toda estructura jurídica<sup>7</sup>. El Derecho no es construido en su totalidad al insertarse en una realidad "jurídica" preexistente<sup>8</sup>, en el campo de los "hechos normativos"<sup>9</sup>.

Esto le permite reaccionar tanto contra el formalismo (representado por la Escuela de la Exégesis), como respecto al sociologismo jurídico unilateral, que contempla el Derecho establecido o existente como un simple espejo de lo socialmente dado, ya que tiene una capacidad de conformación (en el sentido marcado por la política jurídica) del medio social en que se inserta. Gény resuelve el problema mediante la integración entre la *science* y la *technique*, de tal modo que la ciencia se aplica a lo dado ("donné"<sup>10</sup>), y la técnica a lo construido ("construit") artificialmente. Es así que la ciencia pertenece a la materia (y hace reclamo de todos los procedimientos de conocimiento que el hombre dispone<sup>11</sup>) y la técnica a la forma. Con todo, trata de conciliar el elemento estable y el elemento evolutivo del Derecho, que permite su permanente adaptación a las circunstancias actuales de la vida.

7 Véase Gény, F., "Los métodos de elaboración del derecho civil", en AA.VV., *Les méthodes juridiques*, París, 1911, págs. 181 y sigs.; Gény, F., *Science et technique en droit privé positif*, tomo I, París, 1914, números 33 a 34, págs. 96 a 100. Por lo que se refiere a las fuentes formales del Derecho, Gény considera que son enteramente construidas (tomo III, núms. 199 a 201).

8 Véase Dabin, J., *Teoría general del Derecho*, Madrid, Edersa, 1955, pág. 158. Sin embargo, Dabin se es partidario de la tesis de lo "construido" total (*Ibid.*, pág. 166). Para él el derecho es "prudencia" y, por consiguiente, construido (*Ibid.*, págs. 187 y sigs.).

9 Esta es la concepción de Gurvitch, G., *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, París, 1935, págs. 63 y sigs.; Gurvitch, G., *Eléments de sociologie juridique*, París, 1940, págs. 191 y sigs.; versión española, Gurvitch, G., *Elementos de Sociología Jurídica*, Edición crítica española y Estudio preliminar, "Pluralismo jurídico y Derecho Social: La sociología del Derecho de Gurvitch" (pp.XIII-XLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; Gurvitch, G., *L'idée du Droit Social. Notion et Système du Droit Social. Historie Doctrinale depuis le XVII siècle jusqu'à la fin du XIX siècle*, Préface de Louis le Fur, París, Librairie du Recueil Sirey, 1932 (reimpresión alemana, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1972). Traducida por primera y única vez al castellano, *La Idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia Doctrinal Desde El Siglo XVII Hasta El Fin Del Siglo XIX*, traducción, edición y Estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch" (pp. VII-LV), de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto (Colección Crítica del Derecho), 2005, 782 páginas. Gurvitch, G., *Expérience Juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit*, París, Pedone, 1935. Sobre pensamiento de Gurvitch, véase Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

10 Que, según él, se corresponde, aproximadamente, con la noción fundamental de Derecho natural. Consiste en un fondo de verdades morales y económicas, que, colocadas en presencia de los hechos, determinan ciertas direcciones. cfr. Gény, F., *Science et Technique*, vol. IV (1924), cit., pág. 147. Lo dado es la base esencial del Derecho positivo (*Ibid.*, pág. 147); el Derecho positivo reposa esencialmente sobre lo dado (*Ibid.*, pág. 150).

11 Para Gény existe un "dato" objetivo deducido de la naturaleza, y que "se corresponde, aproximadamente, a la noción fundamental de *derecho natural*". Consiste en un fondo de verdades morales y económicas que, colocadas en presencia de los hechos, ordenan unas ciertas direcciones para regirlos. El objeto de esas direcciones se concreta alrededor de la idea suprema de "justo objetivo" que representa un equilibrio de *intereses* (que constitutivo de la justicia) que es preciso auscultar a veces con todas nuestras fuerzas cognoscitivas, pero que jamás proporciona más que una orientación difusa, de naturaleza más bien moral que económica. Ese "dato" objetivo aporta el "principio" base del Derecho. cfr. Gény, F., *Science et technique...*, op.cit., tomo IV, conclusiones generales, pág. 147, y t.II, número 169, págs. 380 a 384.

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

Pero Gény expresa la necesidad de atender a lo dado, que se manifiesta en la naturaleza y que es el objeto de la ciencia. Para él lo dado es en parte construido y los construidos están fuertemente condicionados por lo dado. Lo importante en el método de Gény es el intento de integrar los dos elementos de elaboración del Derecho: lo socialmente dado y lo construido o formulado jurídico-políticamente. Integración entre los factores sociales y racionales del Derecho; entre el ser (dado, datos reales) y el deber ser (lo construido). No es esto todo. Cabría inquirir sobre si deben integrarse las ciencias del ser y las ciencias del deber ser o si se trata de una mera colaboración.

Partiendo de su interrelación en la vida jurídica, la ciencia tiene por objeto el estudio de las fuentes *reales* de las reglas jurídicas y de sus principios, esto es, el análisis de los elementos generadores de las reglas de Derecho y de las directrices que de ellas emanan. Tales elementos generadores son el experimental y el racional. El primero "engendra, de una manera inmediata, las reglas de Derecho, bajo la inspiración y dirección del elemento racional, cuya misión consiste en filtrar, en cierta forma, los datos del elemento experimental. Este consiste en las aspiraciones a la armonía social que derivan del medio social o de la naturaleza permanente del hombre". Por ello se indica que el elemento racional se traduce por la noción de Derecho<sup>12</sup>. La ciencia se vincula, pues, a "lo dado" (*données*, datos naturales, datos de la realidad o de hecho, datos históricos y datos racionales constituidos por los principios de razón afirmados por el Derecho natural clásico<sup>13</sup>, datos ideales —entre los que incluye el irreducible Derecho natural—, relativo a las propuestas de organización jurídica de la sociedad<sup>14</sup>), su objeto es "el conocimiento y la elaboración de los *datos* que reflejan las fuentes reales del derecho"<sup>15</sup>, es decir, constatar los datos de la naturaleza y de los hechos. El conocimiento de los datos permite formular las reglas del Derecho conforme a la naturaleza de las cosas, la cual

12 Bonnecase, H., *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, cit., págs. 208-209.

13 Para Gény el "*donné*" *racional* es el que revela la substancia propia, verdaderamente específica del Derecho, porque el Derecho es para él, obra esencialmente racional: el "*donné*" *racional* es el pivote de toda elaboración científica del Derecho (*Science*, t.II, pág. 390). El elemento racional lo vincula el autor al discernimiento de las reglas con arreglo a la idea de justicia, que permite establecer el orden y la paz en la vida social (t. II, págs. 393-394). Se podría decir, al respecto, con Josef Esser, que detrás de los conceptos racionales de la técnica jurídica se vislumbra el problema de la justicia. Cfr. Esser, J., *Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico*, en *Nuova Riv.di Dir. Comm.*, V, 1952, págs. 1 y sigs. Para nuestro autor —el cual se inserta en el heterogéneo fenómeno de redescubrimiento del Derecho natural, desde una perspectiva antiformalista—, es necesario un *minimum* de derecho natural, como guía de la humanidad, extraído de los datos objetivos, de los hechos de la naturaleza y del espíritu. Por ello atribuye una verdadera realidad histórica: el derecho naturaleza y el derecho positivo histórico no son contemplados como dos mundos a parte e inconexos. Respecto a la vinculación del pensamiento de Gény con el Derecho natural, véase, Villey, M., "F.Gény et la renaissance du droit naturel", en *Seize Essais de Philosophie du Droit*, París, 1969, págs. 121 a 139; y ampliamente Tanzi, A., *François Gény. Tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 1990.

14 Para la distinción entre los "*données* objetivos del Derecho positivo", véase Gény, F., *Science et Technique*, vol. II, capítulo XIV, epígrafés 160 a 170, páginas 369 y siguientes.

15 Hernández Gil, A., *Metodología de la ciencia del Derecho*, en *Obras Completas*, t.V, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, pág. 23 y págs. 160-161. Gény encuentra en la base de todo sistema jurídico cuatro aspectos principales, a saber: los "*données reales*" o estrictamente naturales; los "*données históricos*"; los "*données rationales*", y, en fin, los "*données ideales*". De tal modo que todos estos "*données*", cada uno por su parte y de forma propia, contribuye en conjunto a sugerir las direcciones capitales del derecho positivo. Véase el análisis de Di Carlo, E., "Il diritto naturale nel sistema di interpretazione di F. Gény", cit., páginas 239 y siguientes.

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

remite a un tipo de “Derecho común, general en cuanto a su naturaleza, subsidiario en cuanto a su función, que suple las lagunas de las fuentes formales y dirige todo el movimiento de la vida jurídica” (Método, párrafo 159)<sup>16</sup>.

Gény es precisamente el precursor de la concepción moderna de la doctrina de la “naturaleza de la cosa”, la cual constituye en la cultura jurídica occidental una reacción “neo-naturalista” contra los excesos del formalismo jurídico<sup>17</sup>. Nótese que la naturaleza de las cosas ha sido un concepto de variada significación en la historia del pensamiento jurídico<sup>18</sup> y que el reclamo que hace Gény, y el que después haría el Radbruch maduro y otros autores en el marco del redescubrimiento del Derecho natural (H.Welzel, H.Coing, W.Maihofer, E.Wolf, entre otros muchos), se inscribe en una perspectiva más realista del fenómeno jurídico<sup>19</sup>, ya que mediante ella se trataría de vincular el ser (“sein”) y deber ser (“sollen”), entre idealidad y facticidad en el Derecho<sup>20</sup>. Esa noción iusfilosófica permitiría conectar la idea del Derecho y el Derecho positivo concreto. Pero como ha sido advertido en esta materia ha tratado de recortar el papel creador de la jurisprudencia mediante el criterio de atenerse al Derecho positivo y, en caso de existir, colmar las lagunas conforme al espíritu integrativo de la ley. La naturaleza de las cosas remite en Gény, con su noción de la “donnée”, a la existencia de datos

16 De cualquier modo, todavía Gény en *Science* (vol. III) participa de una concepción patológico de las lagunas en Derecho: la existencia de lagunas sería para él un fenómeno patológico cuya curación incumbe al juez, en virtud de la función interpretadora de éste. En este sentido, Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, pág. 324. Hace notar Esser que el derecho judicial continental no se hace sólo visible al margen de la ley y en las lagunas de ésta, como creía todavía Gény, porque cada representación representa un enlace de la *lex scripta* y el *ius non scriptum*, que sólo establece la norma positiva propiamente dicha (*law in action*). La interpretación del derecho es algo más que una hermenéutica, por cuanto supone una incorporación de los principios del derecho común en el texto, que la jurisprudencia pretende “aplicar”. Existe una fuerza autónoma de la jurisprudencia (véase la obra antes citada de Esser, págs. 364 y sigs.).

17 Véase Stein, P., Y sand, J., *Legal values in Western Society*, Edinburgh, University Press, 1975, págs. 151 y sigs.

18 Véase Villey, M., “Historique de la nature des choses”, en A.Ph.D, X (1965), págs. 267 y sigs. Véase la exposición general sobre el tema realizada por Rodríguez Molinero, M., *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Madrid, 1973, págs. 349 y sigs.; Wolf, E., *El problema del Derecho natural*, Barcelona, Ariel, 1960, págs. 211 y sigs.

19 Sin duda esa noción de la naturaleza de las cosas, en su versión contemporánea, contribuyó –en unión con la oposición procedente de los teóricos de la sociología del Derecho– a cimentar la crítica contra el positivismo jurídico. cfr. Villey, M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, París, Dalloz, 1962, págs. 109 y sigs.

20 Véase Radbruch, G., *La naturaleza de la cosa como forma del pensamiento*, Córdoba (R.A), Universidad Nacional de Córdoba, 1963. Igualmente el ensayo de Bobbio,N., “La naturaleza de las cosas”, en Bobbio, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, edición y estudio preliminar a cargo de A. Ruiz Miguel,1980, págs. 143 y sigs. Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*, 4<sup>a</sup> edición (publicada en castellano por la editorial Edersa; sin constancia del traductor; traducción atribuida en la versión originaria a José Medina Echavarria), edición y estudio preliminar, “*La filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura jurídica y política*” (pp. XVII-CIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999. Sobre la concepción de Radbruch, véase Monereo Pérez, J.L., *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020, págs. 89-95, Capítulo 2 (“El sentido de su evolución intelectual: positivismo relativista versus iusnaturalismo crítico”), Capítulo 4 (“La validez del Derecho y la legalidad y legitimidad. La “fórmula Radbruch””), págs. 161 y sigs., y Capítulo 5 (“Justicia y Derecho social en Radbruch: del Derecho individual al Derecho social general. Los fundamentos de una Derecho “justo” y “legítimo”.

prejurídicos (como poco tiempo después diría Husserl<sup>21</sup>), a la también llamada “fuerza normativa de lo fáctico” (Jellinek)<sup>22</sup>. Es éste un intento de *reconducción al orden positivo* de la actividad del operador jurídico, creando la ficción que sólo por excepción es necesaria la función integrativa de la interpretación del juez del caso, cuando la praxis judicial evidencia en todo momento el reclamo de postulados éticos, criterios de orden público, y en general la intercalación de los *topoi* jurídicos, como “naturalis ratio”, “aequitas y lógica de la cosa”<sup>23</sup>. Es implicación pone de relieve la vinculación existencial entre el “ser” y el “deber ser” sin un corte trascendental más allá de la pretensión neokantiana de una pretendida separación entre esos “dos mundos”: en la vida jurídica estos dos ámbitos están unidos desde su propia especificidad<sup>24</sup>. “También aquí —dice Esser— el positivismo legalista niega a la jurisprudencia el carácter de fuente de derecho e intenta, por una parte, reducir el alcance del problema de las lagunas, y por otra, tender un puente hacia la autoridad de la ley gracias a la analogía, entendida como un método de deducción lógica. Pero con todos los elementos sistemáticos y lógicos con que la analogía sistemática se distingue de la llamada jurídica, la formación analógica sigue siendo siempre una *decisión del juez*, es decir, un acto valorativo y volitivo; no es fuente de conocimiento, sino argumento y justificación de un *acto creador de derecho y ajeno a la ley*”<sup>25</sup>. Por lo demás, a pesar de que existe una nítida diferenciación entre la formación analógica y la creación libre conforme a principios jurídicos, la solución analógica no es mera parte integrante de la ley, pues ello supondría confundir las fronteras con la simple interpretación ampliadora.

Por otra parte, las insuficiencias y el carácter fragmentario de la *lex positiva* se vislumbran tanto por la falta de una casuística suficiente, como por un exceso de problemática no reconocida. Siendo ello un campo abonado para la aparición de las lagunas legales, las cuales necesitan de una actividad complementaria realizada por la jurisprudencia. De este modo el juez, precisamente en virtud del encargo que ha recibido de integrar el sistema con su época, asume el deber de adaptación al tiempo histórico (a las necesidades de su época) con lo cual de la obediencia ciega a la ley se pasa a la obediencia al ordenamiento total o general, al menos esto es así en el Derecho continental donde

21 Remite al mundo previamente dado por la experiencia y por los elementos de verdad que contiene. Pero Husserl advierte de todo intento de reducción naturalista, Husserl, E., *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*, trad. J.Muñoz y S.Mas, Barcelona, Editorial Crítica, 1991. Husserl intentó superar a través de su filosofía trascendental la contraposición entre “naturalismo” y “objetivismo” en la modernidad. Su idea se resuelve en “Instaurar una científicidad de tipo enteramente nuevo, una científicidad trascendental”. Se trata de una orientación hacia una forma final de la filosofía trascendental —como fenomenología—. (*Ibid.*, págs. 72-73).

22 Jellinek, G., *Teoría General del Estado* (1900), Prólogo de Fernando de los Ríos, (trad.de la 2<sup>a</sup> edición, Heidelberg, 1905), edición al cuidado de Buenos Aires, 1973. Para Jellinek “los conceptos jurídicos no son esencias trascendentales, reflejadas aquí de manera incompleta, sino tipos contenidos en circunstancias vitales, carentes frecuentemente de lógica”. cfr. Jellinek, G., *Fragmentos de Estado*, trad.J.Herrero de Miñón y otros, Madrid, Civitas,1981, pág. 54. Véase, en general, Coing, H., *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961, págs. 105 y sigs.

23 Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, cit., págs. 77-78.

24 Una crítica a esa pretensión de la existencia separada y enteramente disociable entre el mundo del “ser” y del “deber ser” en el fenómeno jurídico, la proporciona Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1963, págs. 63 y sigs.

25 Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, págs. 321-322.

el derecho legislado se basa en una cultura relativamente homogénea extraible desde los textos constitucionales<sup>26</sup>.

Este llamamiento a “lo dado” permite desvelar esa fuente real del Derecho<sup>27</sup>. Gény fundamenta en la praxis judicial de entrelazamiento de “lo construido” (orden jurídico positivo) y “lo dado” (caso real sometido al conocimiento del juez) y a través de ese engarce llega a apreciar la formación de reglas de Derecho y principios jurídicos no necesariamente vinculados al texto legal (toda ley o disposición normativa dictada sobre la base formal de la autoridad de la Constitución)<sup>28</sup>. Pero también pone de manifiesto la proximidad de Gény hacia el iusnaturalismo clásico, al considerar en ese orden de ideas que el Derecho natural es el conjunto de las reglas jurídicas que la razón extrae de la naturaleza misma de las cosas, siendo para él ese Derecho natural necesario para preparar las bases constitutivas de la organización jurídica positiva<sup>29</sup>. De ahí se seguiría que el orden jurídico estaría ontológicamente inscrito en la naturaleza objetiva, del ser o de los hechos, esto es, en la “naturaleza de las cosas” desvelada por la razón, por lo que incurre en lo que después, y críticamente, se denominará “falacia naturalista”, que supone una transposición sin mediación entre el ser y deber ser<sup>30</sup>. De la indagación sobre lo “inscrito” en la naturaleza de las cosas se hacen derivar las proposiciones normativas. Su iusnaturalismo no es, sin embargo, el más rígido de un Derecho natural absolutamente eterno e inmutable y ahistorical (en sus formas de manifestación en los siglos XVIII y XIX. Es un Derecho natural vinculado a la razón y a la naturaleza de la cosa<sup>31</sup> tal como es apreciada en su historicidad

26 Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, págs. 334 y sigs. Para quien, además, el juez debe sustituir las anticuadas representaciones de la ley por la solución idónea para las exigencias de la época, “pero cuya legitimación dogmática no puede efectuarse más que merced a los principios generales que entresaca de la substancia de las antiguas normas, oponiéndose cada vez más a la doctrina clásica de éstas, pero perfeccionando los conceptos desarrollados por tal doctrina” (*ibid.*, pág. 334).

27 Vid. Gény, F., *Science et technique en Droit privé positif*, cit., parágrafo 33.

28 Este fenómeno de creación “ex novo” de los principios jurídicos diferenciados de las normas legales fue mucho después agudamente analizado, con todas sus consecuencias, desde la “tópica” jurídica por Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961. Hace notar la relevancia de los principios generales como base de la *interpretación creadora* y del progreso del Derecho (*ibid.*, págs. 309 y sigs.) y la importancia de los principios extralegales desarrollados por la jurisprudencia para la *estabilidad y continuidad* del Derecho (*ibid.*, págs. 367 y sigs.).

29 Véase Gény, F., *Science et technique en Droit privé positif*, parág. 177. Sobre el iusnaturalismo de Gény, puede véanse los ensayos de Di Carlo, E., “Le droit naturel dans le système d’interprétation de Gény”, y Sedlacék, J., “L’oeuvre de François Gény et la science du droit pure”, en AA.VV., *Recueil D’Etudes sur les Sources du Droit en l’honneur de François Gény*, vol. 1, París, Librairie du Recueil Sirey, 1934, págs. 234 y sigs., y 277 y sigs., respectivamente.

30 Sobre el sentido político-jurídico de la “falacia naturalista”, véase Carcaterra, G., *Il problema della fallacia naturalistica*, Milán, 1969.

31 Gény acaba por identificar el Derecho natural con las reglas racionales que derivan de “la naturaleza de las cosas”. Cfr. Gény, F., “La notion de droit en France”, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, núms. 1-2 (1931), pág. 19. No se olvide que para Gény el Derecho es un conjunto de reglas surgidas de la naturaleza de las cosas y que deben ser deducidas por medio de una interpretación más o menos libre de los elementos sociales, que debe ordenar de cara al bien común. Directamente inspirado por la justicia y la utilidad social, su esencia le coloca muy por encima de las fuentes formales que sólo son revelaciones empíricas suyas, destinadas únicamente a dirigir los juicios humanos de forma más precisa pero, en sí, siempre incompletas e imperfectas. Asimismo, Gény, F., *Métodos de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*, Prólogo de Raimundo Saleilles, edición y estudio preliminar, *El pensamiento científico-jurídico de Gény* (pp. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000,

en el momento de afrontar la resolución de las controversias jurídicas. Él postula el mantenimiento de una concepción racionalista del Derecho y al mismo tiempo un *minimum de Derecho natural*<sup>32</sup>. Su visión es ciertamente próxima a la concepción de un Derecho natural de *contenido variable*, diferente al modelo de Derecho natural racionalista e individualista, ya que se afirma su carácter cambiante según el criterio de justicia correspondiente al tiempo histórico y las circunstancias concretas ("justo histórico"). Como principio de la investigación jurídica Gény propone y defiende el de la naturaleza de la cosa; es precisamente la naturaleza de la cosa lo que el intérprete debe buscar, sin perderse en creaciones arbitrarias y sin fundamento. El jurista ha de partir del Derecho positivo, pero interpretándolo en caso de lagunas o insuficiencias con arreglo a los principios del Derecho natural. Hay que ir, por decirlo con Paul Ricoeur, del *texto a la acción*<sup>33</sup>. Afirma la necesidad de la libre

---

págs. 524-525, donde se indica, que "En defecto de toda dirección formal y para los numerosos puntos que no encuentra claramente resueltos, no por la ley ni por la costumbre, el jurisconsulto no tendrá otro recurso que penetrar directamente en la naturaleza de las cosas, e interrogar por sí mismo los elementos sociales, a los que debe fijar la regla. En esta vasta complejidad de datos necesarios deberá aquél hacer clasificaciones numerosas y distinguir los objetos de investigación, según el grado de luz y de certeza que esos le aporten. Deberá, sobre todo, como lo hace el legislador mismo, proporcionar estos objetos según su naturaleza propia y determinar las leyes de su armonía, teniendo fija la vista en la idea de justicia o de utilidad social que, ante todo, es necesario satisfacer, guardándose de abusar de una sistematización rigurosamente lógica, porque solamente debe dirigir su pensamiento a procurarle los medios puramente técnicos para resolver las situaciones sometidas a juicio". Y añade, "En dos palabras: todos los elementos de investigación social deben desempeñar su papel en la obra de la interpretación jurídica, a condición solamente de saber reconocer el valor propio de cada uno y de clasificarlos en consecuencia. Por otra parte, será vano pretender encadenar todas las soluciones necesarias en un sistema de teoremas precisos y dominados por la lógica pura. Buscando una precisión indispensable, es necesario no perder de vista que la naturaleza misma de los problemas a resolver dejará siempre un lugar necesario a la apreciación subjetiva del intérprete. Es suficiente que esta apreciación está contenida en algunas líneas esenciales y guiadas, en su acción, por elementos superiores tomados del orden objetivo" (*Ibid.*, pág. 525). Gény acaba por defender la existencia de un derecho natural supralegal (suprapositivo), pero en caso de colisión con el Derecho positivo vigente parece inclinarse por la primacía del derecho establecido. Ahora bien, a falta de éste último, o ante su insuficiencia se impone el reclamo de ese derecho natural supralegal de contenido variable a través de libre investigación del operador jurídico.

Afirma también el encuadramiento de Gény dentro del renacimiento del Derecho natural, Friedrich, C.J., *La filosofía del Derecho*, México D.F., FCE, 1964, págs. 257 y sigs. También Bobbio considera difícil definir la noción de naturaleza de las cosas sin colocarse en posiciones afines al iusnaturalismo en los casos en los que se ha intentado (Bobbio,N., *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, pág. 183), y objeta críticamente que si bien es cierto que la naturaleza de las cosas es una noción que trata de garantizar la objetividad de la regla de Derecho, el problema que, sin embargo, se plantea es el de si existe esta relación entre la naturaleza del hecho y la regla. Él piensa que la noción en la noción de naturaleza de las cosas subyace la *falacia naturalista*, es decir, la convicción falsa de poder extraer a partir de la constatación de una cierta realidad (lo cual es un juicio de hecho) una regla de conducta (la cual implica un juicio de valor): el sofisma de la doctrina de la naturaleza de la cosa, como también el del iusnaturalismo, deriva, según Bobbio, de la pretensión de obtener un juicio de valor a partir de un juicio de hecho (*Ibid.*, pág. 185).

32 Así, explicitamente, Gény, F., *Science et Technique*, vol. II, cap. XIV, epígrafe, 176, págs. 418 a 420. Nuestro autor afirme "enérgicamente" "la necesidad ineluctable de un *minimum de derecho natural*" (*Ibid.*, pág. 419).

33 Ricoeur hace referencia a la hermenéutica de los textos a la hermenéutica de la acción. Pero también de una hermenéutica crítica. Cfr. el libro recopilatorio, Ricoeur, P., *Del texto a la acción. Ensayos de Hermenéutica II*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002, especialmente, págs. 127 y sigs., 169 y sigs., y 197 y sigs., y 333 y sigs. Ya resulta harto significativa su reflexión de que "el gesto de la hermenéutica es un gesto humilde de reconocimiento de las condiciones históricas a las cuales está sometida toda comprensión humana bajo el régimen de la finitud", mientras que "el de la crítica de las ideologías es un gesto altivo de desafío dirigido contra las distorsiones de la comunicación humana" (*Ibid.*, pág. 334). Transitando desde la perspectiva filosófica hermenéutica al punto de vista de la hermenéutica jurídica, véase Zaccaria, G., *Razón jurídica e interpretación*, trabajos recopilados por A. Messuti, Prólogo de G. Robles, Madrid, Civitas, 2004, especialmente, págs. 17 y sigs., 33 y sigs., y 125 y sigs., y 219 y sigs.

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

investigación científica (destinada a asegurar completa y eficazmente el *progreso del Derecho*<sup>34</sup>, y que tuvo una gran influencia en otros ordenamientos nacionales<sup>35</sup>), pero reclama la doctrina del derecho natural, destinada a *dar una norma a la libre investigación*, la cual no puede ni debería quedar abandonada a la arbitrariedad. El Derecho debe ser conocido tal como es *en su realidad profunda* y atendiendo a su función racional. Él insiste en la función creadora del juez y propone la libre investigación en el marco de límites "científicos" y no un poder ilimitado del juez. El Derecho positivo no es para él un fenómeno natural, sino una creación artificial sujeta a motivaciones prácticas. Por ello *no contrapone "libre investigación" de juez y teoría racionalista del Derecho*. Su afirmación de la libre investigación científica, no le impide afirmar el principio de racionalización formal y *material* del Derecho contemporáneo. En efecto, valoro que la libre investigación del juez aparece como capaz de subvenir a buena parte de las necesidades de la jurisprudencia, pero existen ciertas materias, que, por su naturaleza, requieren una formulación autoritaria expresa, y no pueden prácticamente, en el estado actual de nuestra civilización, más que ser jurídicamente reglamentadas o reguladas por la Ley. Precisamente, estima, su número e importancia se aumenta con la *complejidad del Estado social*<sup>36</sup>,

34 En este sentido, Gény, F., *Science et Technique*, vol. IV (1924), "Conclusiones generales", epígrafe 302, pág. 145. Dónde entiende por Derecho positivo, el conjunto de reglas tendentes a asegurar exteriormente la conducta de los hombres, bajo una sanción necesariamente coercitiva, en una comunidad organizada (*Ibid.*, pág. 146).

35 Esta influencia queda puesta de relieve en las distintas aportaciones recogidas en AA.VV., *Recueil D'Etudes sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény*, vol. II, París, Librairie du Recueil Sirey, 1934. Véase, especialmente, los estudios de Franklin, M., "M.Gény and juristic Ideals and Method in the United States", págs. 30 y sigs., Kocourek, A., "Libre recherche in America", en AA.VV., *Recueil...*, op.cit., págs. 459 y sigs., y Wortley, B.A., "La théorie de sources en droit privé positif de François Gény considérée dans son rapport avec la jurisprudence anglaise", en la misma obra colectiva, págs. 16 y sigs. Una influencia tanto mayor cuanto en los sistemas del "Common Law", en los que, contrariamente al Derecho europeo, su fuente principal reside en los precedentes y no en el Derecho codificado. En general, la influencia de Gény es ampliamente reconocida, véase Dabin, J., *Teoría general del Derecho*, Madrid, Edersa, 1955, pág. 149, nota 2. Más recientemente, puede consultarse, la monografía de Mayda, J., *François Gény and Modern Jurisprudence*, Baton Rouge and London, 1978, y las excelentes aportaciones recogidas en el número monográfico de *Quaderni Fiorentini*, núm. 20 (1991), sobre *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*. En este número monográfico se comprueba la influencia de Gény, no sólo en el Derecho continental, sino también la cultura anglosajona, a pesar de la emergente decadencia general de la doctrina jurídica europea en América, véase especialmente, el ensayo de Petit, C. "A contributor to the method of investigation". Sobre la fortuna de Gény en América", págs. 201 y sigs. Para la influencia de éste pensador clásico en la doctrina jurídica española, véanse las referencias recogidas en DE Los Mozos, J.L., "Algunas reflexiones a propósito de la teoría de la interpretación en la obra de François Gény", en *Quaderni Fiorentini*, núm. 20 (1991), monográfico sobre *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, cit., págs. 119 y sigs.; y el excelente ensayo de recepción histórica en la cultura española, de Clavero, B., "El método entre infieles o el Código en España", en la misma revista citada, págs. 271 y sigs., donde concluye que la partida antiformalista moderada de Gény, no pudo jugar en España pues se la encontró ganada (*Ibid.*, pág. 317); De la Cuesta Saenz, J.M., "Reflejo del pensamiento de F. Gény sobre la costumbre en la doctrina civilista española", en la misma revista, págs. 319 y sigs., el cual hace referencia a su incidencia desigual a lo largo del tiempo (*Ibid.*, pág. 331). También la tesis inédita de Peset Reig, M., *La técnica jurídica fundamental en la obra de François Gény (Un estudio de metodología del derecho)*, Valencia, Universidad, 1967. Respecto a la influencia en Italia, en el cuadro de un completísimo análisis historiográfico sobre el método de interpretación, puede consultarse Costa, P., "L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novento", en *Quaderni Fiorentini*, núm. 20 (1991), monográfico sobre *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, cit., págs. 367 y sigs.; y, recuperando la obra clásica de François Gény y analizando su pensamiento jurídico e influencia en la teoría del Derecho, véase Monereo Pérez, J.L., "El pensamiento científico-jurídico de Gény" (2000), estudio preliminar a Gény, F., *Métodos de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*, Prólogo de Raimundo Saleilles, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XVII-LXXV.

36 Cfr. Gény, F., *Science et Technique*, vol. IV (1924), cit., "Conclusiones generales", págs. 151 y 34 a 46.

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

surgido ante la crisis del individualismo jurídico y político a principios del siglo XX, cuyo modo de regulación se asienta fundamentalmente en el Derecho social<sup>37</sup> y en el Derecho económico. Es necesario, pues, subrayar cómo, agudamente, Gény constata la emergencia de procesos de juridificación legislativa de un cada vez más amplio conjunto de materias y de problemas sociales en virtud de la instauración de la forma política del Estado social contemporáneo. En este sentido, la ley refuerza el carácter de la ley escrita como tipo eminente de modo de expresión técnica del Derecho<sup>38</sup>.

Para Gény necesidades de seguridad jurídica y de tratamiento de ciertas materias exigía todavía en la organización jurídica contemporánea formular reglas de Derecho que escapen del círculo de la "libre investigación" de juez o "de la esfera de interpretación libre"<sup>39</sup>.

La aplicación del Derecho no debe ser un procedimiento puramente mecánico<sup>40</sup>, pero tampoco un mecanismo decisorio sometido a la máxima incertidumbre de las reglas legales. Esta visión

37 Nótese que su origen es complejo. Su paternidad corresponde a Gierke (Gierke, O.von., *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, conferencia pronunciada en Viena, el día 5 de abril de 1889, y reeditada después, *Deutsches Rechtsdenken*, colección dirigida por E. Wolf, cuaderno 12, Frankfurt/M, 1949; y Menger, A., *El Derecho al producto íntegro del trabajo/El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista)*, edición y estudio preliminar "Derechos sociales y Estado democrático social en Anton Menger", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. Menger, A., *El Derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, "Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España", a cargo J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998. Monereo Pérez, J.L., "Anton Menger", en *Juristas Universales. Justas del S. XIX*, Domingo, R. (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 487-494. Monereo Pérez, J.L., "El 'Socialismo de cátedra' de Gustav Schmoller en la construcción de la política social moderna", en Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas, núm. 11 (2017), págs. 33-120. Monereo Pérez, J.L., *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Madrid, Trotta, 1999, especialmente, págs. 21 y sigs., 191 y sigs.; Gierke, O. V., *LLa función social del Derecho Privado y otros estudios*, traducción de José M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, "La teoría jurídica y social de Otto von Gierke", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2015. Gierke, O.V., *La raíces del contrato de servicios*, traducción y comentario crítico de G. Barreiro González, Madrid, Civitas, 1982. Gierke, O. V., *Teorías políticas de la Edad Media*, edición de F. W. Maitland, estudio preliminar de B. Pendás y traducción del alemán y del inglés por P. García-Escudero, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995. Gierke, O. V., *Teorías políticas de la Edad Media*, trad. de J. Irazusta, Buenos Aires, Huemul, 1963. Monereo Pérez, J.L., (2020). El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto Von Gierke. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 10(2), 682-735. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5080>.

38 Véase Gény, F., *Science et Technique*, vol. IV (1924), epígrafe 278, págs. 34 a 46.

39 Llegó a establecer una serie de supuestos específicos, véase Gény, F., *Science et Technique*, vol. IV (1924), epígrafe 278, págs. 40 y sigs. En esta obra de Gény se aprecia más claramente en *Método*, el intento de compatibilizar y conciliar la libre investigación de juez con las fuentes formales del Derecho positivo, y en una dirección que intenta poner límites al juego de aquéllo. Así admite indudablemente la libre investigación, como absolutamente calificada para consagrarse, en defecto de textos, de presunciones de Derecho (Gény, F., *Science et technique*, t.III, 1921, núms.235 y 237) y de ficciones jurídicas (Gény, F., *Science et technique*, t.III, 1921, núms.248 a 250 y 251-252). En este sentido, en una perspectiva de conjunto GÉNY, F., *Science et Technique*, vol. IV (1924), epígrafe 278, pág. 46.

40 Se hace visible la influencia que la "libre investigación" de Gény ha tenido en el realismo norteamericano, señaladamente en autores como Pound, para el cual las leyes no tienen un fin en sí mismas, sino que son un medio tendente a buscar la justicia, la cual exige en lugar de adaptar el caso a la regla, la adaptación de la regla al caso. Véase su ensayo *Courts and Legislation* (1911), en *Science of Legal Method*, Boston, 1917, Modern Legal Philosophy Series, vol. IX, págs. 202 y sigs. Véase Monereo Pérez, J.L., "El pensamiento científico jurídico de Gény" (pp. XVII-LXXV), Estudio Preliminar a Gény, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000; Monereo Pérez, J.L., "El jusrealismo de Roscoe Pound: teoría del derecho como "ingeniería social" y "jurisprudencia sociológica", *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, 2025.

de la aplicación del Derecho, amplia el margen de discrecionalidad y creatividad de los jueces en el momento de la interpretación y aplicación de las normas<sup>41</sup>. Esta doctrina de derecho natural, es confirmada por Gény en su gran obra posterior, *Science et technique en droit privé positif* (4 vols., 1914-1924)<sup>42</sup>. En ésta obra, siguiendo las huellas de su Método, advierte del equívoco del método tradicional, que pretendía descubrir por vía de exégesis y de construcción lógica todo el Derecho en la ley. La naturaleza positiva de la cosa viene representada por el desarrollo de las condiciones que forman cómo la atmósfera de la vida jurídica externa. De este modo, se trata de constituir a través de la libre investigación científica, un *derecho natural subsidiario, destinado a suplir las lagunas de las fuentes formales, y a dirigir, el movimiento de la vida jurídica*. Su mirada al derecho natural, se dirige a admitir un conjunto de principios de justicia absoluta, objetiva. Siendo así que el Juez debe hacer reclamo de la noción de justicia objetiva, absoluta, ante de descender a la naturaleza positiva de la cosa (Método)<sup>43</sup>.

Pero como, en general, hizo notar Pound respecto al renacimiento del Derecho natural en el siglo presente "se trata de una Derecho natural derivado de la experiencia que resulta de la civilización concreta de cada tiempo y lugar, y que trata de averiguar la idea de lo justo (*right*) que en ella está implícita, en tanto que el Derecho natural del siglo XVIII era un producto deducido de la naturaleza del hombre abstracto. Trátese, pues, de un Derecho natural práctico y de un Derecho natural de contenido variable o en desarrollo"<sup>44</sup> (al estilo del pensar de Stammler y Saleilles). No es así el resurgimiento de un Derecho natural rígido al estilo de la escuela metafísica del siglo XIX. Gény, como Stammler, trata el Derecho natural como una ley con un contenido variable. Ambos, sobre todo Stammler, afirman la condicionabilidad histórica del Derecho correcto en la persecución de los fines comúnmente aceptados en una época determinada. Ambos se insertan en el renacimiento "laico" del Derecho natural como réplica al positivismo jurídico, y ello sirve para hacer frente al problema práctico de disponer de reglas de justicia compartidas que permitan valorar críticamente el Derecho positivo.

El proceso de elaboración jurídica el Derecho es para Gény una construcción racional establecida sobre elementos suministrados por la naturaleza. Dentro de la distinción aristotélica entre materia y forma, Geny considera que lo dado en el Derecho equivale a la "materia". La ciencia jurídica es contemplada como ciencia social en su especificidad de ciencia normativa, estando siempre en

41 Véase, en una perspectiva más general, Mengoni, L, *Interpretazione en nuova dogmática. L'autorità della dottrina*, USPI, Milano, 1985; Aarnio, A, *Lo racional como razonable. Tratado sobre la justificación jurídica*, CEC, Madrid, 1991, págs. 112 y sigs.

42 Especialmente el segundo volumen de su obra *Science et Technique*, sobre el "irreducible derecho natural".

43 Sobre el tema, véase Di carlo,E, "Il diritto naturale nel sistema di interpretazione di F.Gény", cit., págs. 234 y sigs.

44 Pound, R, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. J. Puig Brutau, Barcelona, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, pág. 197. Para el autor "Es el renacimiento del Derecho natural creador de los siglos XVII y XVIII, pero concebido como algo relativo y no como algo que debiera perdurar para siempre. Resulta, pues, que la formulación metódica de los postulados jurídicos que corresponden a la civilización de cada tiempo y lugar es una de las realizaciones más importantes de la moderna ciencia del Derecho" (*Ibid.*, pág. 198).

conexión con la realidad social. No puede ser una ciencia aislada de las otras ciencias sociales. Derecho y vida social están indisociablemente unidos. Tampoco el juez está separado del medio social<sup>45</sup>. Esta constatación le permite abrazar cierta forma de sociologismo jurídico, realizando en caso de lagunas o duda una libre investigación sobre las concepciones sobre la justicia imperantes en la comunidad jurídica en cada momento histórico. Con ello el juez para resolver casos problemáticos deberá ensanchar su horizonte cognoscitivo, abarcando no sólo las fuentes formales, sino también el más amplio mundo de la experiencia jurídica<sup>46</sup>; donde también cabe situar las variaciones de la experiencia jurídica como parte de la elaboración dinámica de la ciencia del Derecho<sup>47</sup>. El “libre juez”, en la concepción de Gény pensada para casos complejos (y de forma más limitada que en las concepciones más radicales del movimiento del Derecho Libre, como Kantorowicz (1877-1940) y Fuchs (1859-1929), e incluso en “primer” Radbruch)<sup>48</sup>, es así capaz de realizar una actividad creadora, y no de simple mediación instrumental entre el texto legal y el caso planteado. Y es que la libre investigación científica sobre la norma aplicable conduce irremisiblemente a distinguir entre el texto legal y la norma aplicable que ha de hallarse por remisión a la realidad social, a la comunidad jurídica en el orden social. El carácter “científica” de la libre investigación del juez, que sería en gran medida “discrecional” y sólo relativamente configurable como “apreciación vinculada”<sup>49</sup>, evitaría, sin embargo, la tacha de arbitrariedad, cuya admisión entraría en contradicción con el principio de seguridad jurídica. Es manifiesto que esta concepción de la labor del juez se aparta del modelo liberal de actividad judicial estrechamente vinculada a la Ley a aplicar, cuyo significado ha de ser simplemente

45 Sobre la función social del juez, véase Treves, R., *El juez y la sociedad*, Estudio preliminar de Elías Díaz, Madrid, Edicusa, 1974; Treves, R., *La sociología del Derecho*, Nota preliminar de M. Atienza, Barcelona, Ariel, 1988; Clemente de Diego, F., *La jurisprudencia como fuente del derecho*, edición y estudio preliminar, “Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio” (pp. IX-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2016; Zaccaria, G., *Razón jurídica e interpretación*, trabajos recopilados por A. Messuti, Prólogo de G. Robles, Madrid, Civitas, 2004, especialmente, págs. 33 y sigs. 125 y sigs., y 2019 y sigs.; Viola, F. y Zaccaria, G.: *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermética del Derecho*, trad. A. Cebeira, A. de Prada y A. Richart, Prólogo de G. Robles Morchón, Madrid, Dykinson, 2007, especialmente, Capítulo II, págs. 115 y sigs., y Capítulo IV, págs. 233 y sigs.; Guastini, R., “Interpretación judicial y creación del derecho”, en Guastini, R., *Lecciones de teoría del Derecho y del Estado*, trad. J.J. Monroy Palacios y M. Monroy Palacios, Lima, Communitas, 2010, págs. 145 y sigs.; Guastini, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. J. Ferrer i Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, Tercera parte (“Interpretación y aplicación”), págs. 201 y sigs.

46 Este extremo enlaza con uno de los postulados de la sociología jurídica, a saber: el Derecho es más amplio que el conjunto de las fuentes formales del Derecho. cfr. Carbonnier, J., *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos, 1977, pág. 91. Véase, en una perspectiva general, Amselek, P., *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, París, 1964, págs. 150 y sigs.

47 Capograssi, G., *Il problema della scienza del diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1962, págs. 41 y sigs., 197 y sigs., y 235 y sigs.

48 Véase Monereo Pérez, J.L., “La filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura política y jurídica”, Estudio Preliminar a Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999. El mismo François Gény se distancia prudentemente del movimiento de Derecho libre, véase el importante epílogo a la 2ª edición de 1954; Gény, F., *Métodos de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*, Prólogo de Raimundo Saleilles, edición y estudio preliminar, *El pensamiento científico-jurídico de Gény* (pp. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

49 Se dice “relativamente”, porque la “apreciación vinculada” presupone una cierta identificación entre texto y norma en la labor de juez. Sobre dicha noción, véanse las reflexiones de Betti, E., *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Edersa, 1975, espec., págs. 148 y sigs.

esclarecido o clarificado por vía de interpretación a través de un discurso interno. Ello supone una toma de conciencia en Gény de que, por decirlo en expresión de Tarello, el significado de un enunciado normativo, es decir, la norma, no es previo al, sino producto del, proceso de interpretación<sup>50</sup>. La norma es resultado de la interpretación jurídica a propósito de la reflexión sobre el texto legal en cuestión. Así, el documento normativo es el *punto de partida* para el intérprete<sup>51</sup>, que se ve obligado a tener en cuenta los elementos internos y los aspectos externos al “documento normativo” (Tarello)<sup>52</sup>. En el razonamiento del juez no se opera solamente con deducciones lógicas, sino con otros modos discursivos que reenvían al ambiente (elementos empíricos y de la moralidad dominante) para individualizar el contenido de la decisión<sup>53</sup>. La actividad del juez es así, sobre todo, praxis argumentativa, condicionada históricamente por las concepciones dominantes en la comunidad jurídica: su horizonte de comprensión es más amplio que en el positivismo o formalismo legalista, al aplicar el texto o documento normativo al contexto en que se haya el propio intérprete<sup>54</sup> se enlaza la normatividad con la realidad externa de la acción práctica juridizada<sup>55</sup>. Por lo demás, la labor de comprensión propia de las “ciencias del espíritu”, se enmarca inevitablemente en una experiencia hermenéutica presidida por la misma historicidad de la comprensión, que, hasta el punto es así, constituye un principio hermenéutico<sup>56</sup>.

La técnica de justificación no es exclusivamente formal y cerrada, sino que es abierta y esencialmente de carácter sustancial o material, en cuanto basada en criterios de justicia aceptados en la

50 Tarello, G., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, págs. 399-400.

51 En una perspectiva general, véase, por todo, Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, espec., págs. 101 y sigs.

52 Respecto al razonamiento jurídico y su ambiente epistemológico (aspecto externo), véase Palombella, G., *Filosofía del Derecho moderna y contemporánea*, versión y edición a cargo de José Calvo González, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 222 y sigs.

53 Con posterioridad otros autores contrpondrían a la racionalidad lógica la racionalidad discursiva o argumentativa, véase Aarnio, A., *Lo racional como razonable. Tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, CEC, 1991; Alexy, R., *El concepto y validez del derecho*, trad. J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994; Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Mientras otros entienden que considerar el Derecho en su especificidad exige la superación de la contraposición o antítesis entre iusnaturalismo y positivismo, por lo que se intenta superar la polémica sobre si los jueces encuentran o inventan la ley. Véase Dworkin, R., *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 2012.

54 Véanse los desarrollos posteriores de este modo de pensar, de concebir la tarea del intérprete, desde la hermenéutica de Gadamer, H-G., *Verdad y método*, 2 volúmenes, 8<sup>a</sup> edición, Salamanca, Sígueme, 1999 (Tomo I. 8<sup>a</sup> ed.), 2000 (Tomo II, 4<sup>a</sup> ed.).

55 Nótese que, para Ihering, la misión de juez es propiamente la *interpretatio* (*interpresa*, conciliador o negociador) romana, que trataba de conciliar el Derecho formal o escrito con las exigencias de la vida, participando directamente en progreso del Derecho. Véase Ihering, R.V., *El espíritu del Derecho Romano*, trad. Adolfo Posada, revisión y Estudio Preliminar sobre "Ihering, ensayo de explicación" de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998 (2<sup>a</sup> ed., 2011); y, con cita de dicha obra, Puig Brutau, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Barcelona, Bosch, 1951, pág. 31, y, en general, sobre la crítica realista del proceso judicial, págs. 56 y sigs.

56 Gadamer, H-G., *Verdad y método*, 2 volúmenes, 8<sup>a</sup> edición, Salamanca, Sígueme, 1999 (Tomo I. 8<sup>a</sup> ed.), 2000 (Tomo II, 4<sup>a</sup> ed.), Tomo I, págs. 225 y sigs., y 331 y sigs. Como hace notar Gadamer "la estructura general de la comprensión alcanza su concreción en la comprensión histórica en cuanto que en la comprensión misma son operantes las vinculaciones concretas de costumbre y tradición y las correspondientes posibilidades del propio futuro" (*Ibid.*, Tomo I, pág. 330).

comunidad jurídica de referencia. Esto significa, en vía de interpretación, que el Derecho no es un sistema jurídico cerrado<sup>57</sup>, como viene a afirmar la plural escuela del Derecho libre<sup>58</sup>. Con todo, aunque en muchos aspectos, su visión del fenómeno jurídico se encuentra próxima a la denominada “sociología del Derecho” (Eugen Ehrlich<sup>59</sup>; Max Weber<sup>60</sup>; Teodoro Geiger<sup>61</sup>) o también a la “jurisprudencia sociológica” (Roscoe Pound)<sup>62</sup>, se aparta de la escuela sociológica (de francesa, en particular<sup>63</sup>) por objetar que la misma minusvalora la importancia del Derecho como fenómeno normativo<sup>64</sup>. Sin embargo, su misma defensa de la creación judicial del Derecho, muy señaladamente en caso de

- 
- 57 No es difícil intuir aquí los planteamientos posteriores respecto reconducción de la racionalidad jurídica hacia una racionalización “material”, vinculada a la idea de una justicia “material” que penetra en el medio del Derecho diluyendo o neutralizando su “racionalidad formal” (Max Weber). Véase, ampliamente, Habermas, J., “Derecho y Moral”, en Sobrevida, D.(Comp.): *El derecho, la política y la ética*, México, Siglo XXI, 1991, págs. 14 y sigs.; Habermas, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, espec., págs. 469 y sigs. Weber, M., *Sociología del Derecho*, edición y estudio preliminar, “La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001 (Esta edición incluye también la Sociología del Poder y del Estado); Weber, M., *Política y Ciencia y otros ensayos de sociología política*, trad. Carlos Correas, revisión, edición y estudio preliminar, “Modernidad y racionalización del Poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber” (págs. IX-LXII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013; Weber, M., *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944 (varias ediciones posteriores, en dos o en un solo volumen). Sobre su pensamiento, y en particular su sociología jurídica y política, véase Monereo Pérez, J.L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013; Monereo Pérez, J.L., “La sociología del derecho de Max Weber: Juridificación, legitimación y racionalización del poder público y privado”, en *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7 (2023), pp. 225-301; *Ibid.*, “Legitimación y racionalización del derecho y del poder en la sociología jurídica de Max Weber”, en *Revista Derecho del Trabajo (La Ley-Uruguay)*, núm. 40, 2023, pp. 199-260.
- 58 Kantorowicz, H., “La lucha por la ciencia del Derecho”, en VV.AA., *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, págs. 325 y sigs.; *Ibid.*, *La definición del Derecho*, Madrid, Revista de Occidente, 1964. También Frank, J., *Law and the Modern Mind*, Nueva York, 1930.
- 59 Ehrlich, E., *I fondamenti della sociologia del diritto*, milano, Giuffrè, 1976; Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid, Marcial Pons, 2005. Sobre su pensamiento Villey, M., “Estudes récentes sur Ehrlich et le sociologisme juridique”, en *A.P.D.*, 1968, págs. 347 y sigs.; Robles Morchón, G., *Sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- 60 Weber, M., *Economía y sociedad*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1983, espec., págs. 498 y sigs., y la citada en las notas precedentes.
- 61 Geiger, T., *Estudios preliminares de sociología del Derecho*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.
- 62 Sobre esta cuestión, véase Treves, R., “Considerazioni in torno alla sociología giuridica”, en *Riv.Trim.Direc.Proc.Civ.*, 1960, págs. 169 y sigs.; Tarello, G., “Sociological Jurisprudence”, en Tarello, G., *Cultura jurídica y política del derecho*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. 337 a 340. Subraya Tarello que, en un sentido amplio o genérico, *sociological jurisprudence* designa un filón de la cultura jurídica, que se contrapone al sector cultural calificado de varios modos como *analytical jurisprudence* (donde *analytical* está emparentado con el *legal analysis* de John Austin y de la escuela formalista inglesa, y no tiene afinidad con el *philosophical analysis* de la reciente filosofía analítico-lingüística inglesa) o como *legal positivism*. En correspondencia, designa también, de manera genérica, un tipo de acercamiento no “analítico” a la interpretación del derecho positivo y a la solución de problemas jurídicos controvertidos” (*Ibid.*, pág. 337).
- 63 De hecho, en su vida mantuvo un “diálogo” permanente con autores insertos dentro de la Escuela sociológica francesa, como Maurice Hauriou (1856-1929) y Léon Duguit (1859-1928). Es significativa la importancia que se le concede a su pensamiento en su obra *Science et technique*, t. II, capítulos VIII y IX, págs. 52 y sigs., y 87 y sigs.
- 64 Véase Gény, F., *Science et Technique*, cit., págs. 92 y sigs.

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

lagunas (como ámbito de actuación judicial *sine lege*), es propia (pero no exclusiva<sup>65</sup>) del movimiento de Derecho Libre, el cual necesita en la búsqueda creadora del Derecho Libre de una fundamentación sociológico-jurídica. Precisamente Herman Kantorowicz quiso hallar tal fundamento en los “juicios de valor dominantes en cada pueblo”, los cuales, en cuanto hechos de la vida social, deben ser conocidos por el juez por un método de base sociológica<sup>66</sup>. Tanto en la sociología jurídica de Ehrlich<sup>67</sup> como en la también antiformalista “*sociological jurisprudence*” americana (Roscoe Pound)<sup>68</sup>, se concedió —frente al positivismo legalista— una especial importancia a la función de juez y su poder creativo de Derecho a partir de los datos sociales y de las decisiones judiciales<sup>69</sup>. Ellos mantuvieron también el criterio sustancial de la insuficiencia del modelo de razonamiento lógico-deductivo y de algún modo de la libre investigación del Derecho. Gény, al igual que los mejores cultivadores de la sociología del Derecho o de “*sociological jurisprudence*”, no se limitó a transponer a la sociología jurídica las construcciones realizadas antes por la sociología general, aunque inevitablemente tomó en préstamo las ideas y técnicas operativas establecidas por aquélla.

Con todo Gény responde al problema planteado por las insuficiencias de la legislación estatal para atender a las nuevas realidades sociales. Y lo hace reclamando otras fuentes del Derecho y la posibilidad, llegado el caso, de reclamar, con carácter complementario —y no siempre con carácter necesariamente subsidiario—, la libre investigación científica orientada a la naturaleza de las cosas (que remite a fines conexos a hechos sociales)<sup>70</sup> para ir más allá de las fuentes de derecho esta-

65 Comparte este postulado, por ejemplo, con la jurisprudencia de intereses. Véase Heck, *El problema de la creación del Derecho*, trad. Manuel Entenza (Manuel Sacristán Luzón), edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999.

66 Cfr. Kantorowicz, H., *Rechtswissenschaft und Soziologie*, ed. de Würternberger, 1962, págs. 126 a 129. Hacer notar Manfred Rehbinder (*Sociología del Derecho*, trad. G. Robles Morchón, Madrid, Pirámide, 1981, pág. 38) que todos los partidarios del Movimiento del Derecho Libre se remiten al famoso art.I, párrafo 2º, del Código Civil Suizo, conforme al cual en las lagunas del ordenamiento jurídico el juez ha de decidir no según su arbitrio, sino según aquellas normas jurídicas que él hubiera puesto como legislador.

67 Para quien junto al Derecho legal existe un “Derecho viviente” o “vivo” nacido en el seno de la sociedad. cfr. Ehrlich, E., *Il fondamenti della sociologia del diritto*, a cura di A.Febraro, Giuffrè, 1976, espec., págs. 53 y sigs. Precisamente para Ehrlich la sentencia judicial aparece como “testimonio del derecho viviente” (*Ibid.*, págs. 594 y sigs.).

68 Véase, en general, Pound, R., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Tipográfica Edit., 1972; Frank, J., *La influencia del Derecho Europeo Continental en el “Common Law”*, trad. José Puig Brutau; Barcelona, Bosch, 1957. Sobre la función del jurista en la interpretación de la ley en el Derecho americano, véase la perspectiva de conjunto trazada por Neuborne, B., *Papel de los juristas en la interpretación de la ley en la sociedad americana*, Madrid, Civitas, 1995. Es clásica la aportación de Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1967; Tarello, G., “Realismo giurídico”, en *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, Il Mulino, 1974, págs. 51 a 85.

69 Por lo demás, en el campo del derecho jurisprudencial americano los conceptos pueden ser creados a partir de casos particulares. Esto no se identifica, pero guarda especial proximidad, con la idea habitual de concebir el razonamiento del derecho jurisprudencial como inductivo, y la aplicación de las leyes como razonamiento deductivo. cfr. Levi, E.H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, Eudeba, 1971, pág. 41.

70 En general, véase Radbruch, G., *La naturaleza de la cosa como forma de pensamiento*, traducción, Introducción y Notas bibliográficas de Ernesto Garzón Valdés, Córdoba (R.A), Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1963; Bobbio, N., “La naturaleza de las cosas”, en Bobbio, N., *Contribución a la teoría del derecho*, traducción y edición de A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres editor, 1980. Para la concepción el pensamiento y re-

blecidas que se han mostrado como insuficientes o deficientes para resolver el problema práctico suscitado por el caso examinado. La libre investigación científica del operador jurídico intérprete permite una prudente creación de Derecho nuevo limitada por el respecto a los principios y valores generales consagrados en sistema jurídico (Gény siempre destaca las exigencias de la justicia y la utilidad social como límites intrínsecos de la libre investigación del intérprete que se haya abocado a crear una regla de derecho *ad hoc* para el caso concreto [norma individual de decisión judicial]).

Interesa subrayar que Gény toma en serio el lugar de la ciencia jurídica, su especificidad, y la necesidad de una colaboración interdisciplinar con el más amplio campo de las ciencias sociales, tanto en el ámbito de la elaboración científica como en la de la aplicación e interpretación de las normas en la praxis judicial. Las categorías elaboradas por la ciencia del Derecho deben atender a las realidades sociales. Y, asimismo, en el proceso de decisión judicial, el juez debe atender a los hechos sociales y utilizar técnicas propias de otras ciencias. En este sentido la ciencia jurídica no es mera erudición dogmática y formalista, sino una disciplina que tiene una orientación hacia la práctica, elaborando categorías —conceptos— jurídicos capaces de actuar sobre la realidad social subyacente siempre al fenómeno jurídico. Pero, a diferencia, paradigmáticamente, de pensadores como Eugen Ehrlich, Gény nunca aceptaría que la Ciencia del Derecho, preocupada ciertamente por el fenómeno social, sea reducida a una “rama de la Sociología”. Ehrlich pudo afirmar que “si la Ciencia del Derecho es una rama de la Sociología, entonces acogerá de manera inmediata a la Psicología social, pues los hechos sociales no son sino hechos psíquicos en el contexto de un fenómeno de masas [...]. De este modo queda señalada la dirección que la Jurisprudencia [concebida por Ehrlich como Ciencia del Derecho y no como doctrina establecida por los órganos judiciales], entendida como disciplina puramente práctica, ha de seguir. A la vez que cede a la Sociología su contenido científico-social, reconquista para sí su ámbito más propio y originario”<sup>71</sup>.

---

cepción de Gustav Radbruch, véase Monereo Pérez, J.L., *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020. Desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica, véase Gadamer, H.G., “La naturaleza de la cosa y el lenguaje de las cosas” (1960), en Gadamer, H.-G., *Verdad y método*, Tomo II, 4<sup>a</sup> ed., Salamanca, Sigueme, 2000, págs. 71-80, que, entre otros cuestiones relevantes, señala que el concepto jurídico de “naturaleza de las cosas” no designa algo disputado entre las partes, sino los límites que pone al libre albedrío el legislador con su ley o que supone para el libre albedrío el legislado con su ley o que supone para el libre albedrío la ley establecida por el legislador o la interpretación jurídica de la misma. La apelación a la naturaleza de la cosa invoca un orden sustraído al arbitrio humano e intenta hacer prevalecer el espíritu vivo de la justicia incluso contra la letra de la ley. *La naturaleza de la cosa es, así, también aquí algo que se hace valer; algo que debe respetarse*. Por lo demás, el concepto de “naturaleza” de la cosa recoge para la conciencia filosófica la resistencia que surge desde distintas vertientes contra el idealismo filosófico y especialmente contra la forma neokantiana en que éste se renovó durante la segunda mitad del siglo XIX. Husssel pudo entender la idea la cosa-en-sí desde la noción de progreso de nuestro conocimiento, que tiene su último fundamento en la investigación científica (*Ibid.*, págs. 72-73).

71 Ehrling, E., “Sociología y jurisprudencia” (1906), en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 89-107, en particular los últimos entrecomillados en págs. 106-107. Para ser justos con su posición sobre el objeto de la sociología del Derecho en el modo de pensar de Ehrlich hay que tener en cuenta su reflexión en su breve escrito de respuesta la crítica de Hans Kelsen. Efectivamente, en su “Respuesta a Kelsen” se afirma, entre otras cosas, que “el objeto de la Sociología del Derecho no es la terminología, sino la relación del Derecho con la sociedad. En mi libro -afirma- me ocupo de cómo el Derecho surge del seno de la sociedad, de cómo se condensa en proposiciones jurídicas en la Jurisprudencia y la legislación, y del modo en que repercute en la sociedad” (“Respuesta a Kelsen”, la obra recopilatoria de trabajos de Eugen Ehrlich citada en esta misma nota, *Ibid.*, pág. 12).

La “libre investigación científica” y la concepción del derecho jurisprudencial de Gény tenía relevantes puntos de coincidencia con la “libre investigación del Derecho y de la ciencia del Derecho libro” en Eugen Ehrlich<sup>72</sup>. En su ensayo Ehrlich observa que “lo que ha inducido a retomar este trabajo de juventud largamente postergado es el escrito de Gény, *Méthode d'interpretation et sources du droit* (1989), aparecido hace aproximadamente cuatro años, y que coincide con mi escrito *Über Lücken im Rechte*, no sólo en gran número de detalles, sino también en sus líneas fundamentales. Hago especial hincapié en que tampoco Gény considera el Derecho como un sistema cerrado y pleno de reglas jurídicas abstractas, sino que consiste en decisiones particulares; y que también, según él, *el juez, cuando las reglas establecidas se lo permiten, debe acomodar el Derecho a las necesidades de su tiempo mediante su libre descubrimiento*. Pero las diferencias se presentan en muchas otras direcciones. Por mi parte, me he ocupado principalmente de la cuestión sobre el modo en que tiene lugar la libre investigación judicial del Derecho, además del papel que juegan el principio de lealtad y buena fe, la naturaleza de la cosa, la construcción jurídica y la analogía. Gény, por su parte, trata sobre todo de la teoría de las fuentes del Derecho dominante en Francia y de los principios de aplicación del Derecho. Si él se remite a la ciencia (*libre recherche scientifique*) para la elaboración progresiva del Derecho, yo puse desde el principio especial énfasis en la actividad judicial consciente o inconscientemente creadora, sin por ello subestimar la importancia del Derecho encontrado por la ciencia”<sup>73</sup>. Él no reprocha la existencia de un plagio, tan sólo indica que “me veo obligado a defender a Gény con respecto a la cuestión de la prioridad temporal de mi pensamiento [...]. Quiero poner especialmente de relieve que sólo pretendo alegar la primacía temporal. Para mi resulta evidente que Gény no conoce mi estudio, por lo demás, casi totalmente desconocido en Alemania; de modo que no pongo en duda el hecho de que no le haya inspirado en absoluto. Asimismo, el valor permanente de su obra, dejando aparte la corrección de sus ideas fundamentales, se encuentra en los materiales, de descomunal riqueza, recibidos de la Historia del Derecho y de la Jurisprudencia francesa, que me eran desconocidos en su mayor parte”<sup>74</sup>. Al juez le corresponde el libro descubrimiento del Derecho. Entiende que “el Derecho no es un dogma rígido, sino una fuerza viva: del hecho de que una ley haya sido promulgada no se desprende que sea válida, y de la intención que el legislador tuvo al promulgarla tampoco deriva de qué manera concreta es válida”. Realza que “el jurista moderno considera como un deber fundamentar en la ley su propia decisión... La libre investigación jurídica toma la tradición como punto de partida y aspira al *Derecho correcto*, en el sentido de Stammler. Es característico del oficio de los jueces, y así lo han admitido siempre ellos mismos, el que por su boca no se pronuncia su propia opinión personal, sino el Derecho. *El Derecho*, empero, está contenido ante todo en testimonios del pasado: en las leyes, en la jurisprudencia y en la literatura

72 Ehrling, E., “Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho libre” (1989-1903), en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 53-88.

73 Ehrling, E., “Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho libre” (1989-1903), en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Prólogo (Czernowitz, junio de 1903), cit., págs. 55-56.

74 Ehrling, E., “Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho libre” (1989-1903), en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Prólogo (Czernowitz, junio de 1903), cit., págs. 56-57.

jurídica... Al igual que cualquier tipo de libertad, el libre descubrimiento del Derecho es conservador, pues libertad quiere decir responsabilidad. El estar sometido a otra carga la responsabilidad sobre ellos". Considera Ehrlich que "no existe la justicia dada de una vez por todas y para siempre; como el Derecho positivo, la justicia es resultado de la evolución histórica". Hay que tener en cuenta que "el Derecho de juristas, la más genuina tarea de la libre investigación jurídica, consiste en normas de decisión que, derivadas de la naturaleza de las relaciones sociales, cambian su contenido al unísono con éstas: la gran masa de las normas de decisión conserva el contenido esencial de las correspondientes relaciones jurídicas a las que se refieren. Subraya que "toda investigación del Derecho es necesariamente creadora, incluso allí donde aparece como mera aplicación, es algo que von Bülow ha demostrado hace mucho tiempo de forma convincente: consciente o inconscientemente, *la Ciencia jurídica aspira a través del Derecho vigente a llegar más allá de él*. La contraposición entre la investigación libre y la investigación técnica del Derecho no radica, por consiguiente, en que la primera vaya más allá de la ley, sino más bien en el camino que se recorre. Pues ésta exige que la obra milagrosa no se realice de otra forma que, con los medios de una técnica jurídica dada de una vez para siempre, mientras *la libre espera también algo del pensamiento "creador" de una gran individualidad*. El descubrimiento técnico del Derecho se inspira, por tanto, en el mismo espíritu que el principio de colegialidad y el de instancia, en la necesidad de excluir la individualidad del juez en la medida de lo posible. Empresa inútil, ya que la aplicación de una regla general al caso concreto pasa necesariamente por las manos de una personalidad individual"<sup>75</sup>. Hace notar que "al Estado no le está reservada toda la creación del Derecho, sino sólo la legislación"<sup>76</sup>.

Por otra parte, Ehrling había señalado que "no cabe duda de que la Jurisprudencia es, ante todo, una disciplina práctica: enseña la aplicación práctica del Derecho". Ciertamente, este cometido "sólo puede cumplirlo en toda su extensión cuando proporciona una morfología de la sociedad humana y de las fuerzas que en ella actúan, cuando investiga sobre su naturaleza y límites. De este modo —afirma—, la Jurisprudencia se transforma en Ciencia del Derecho, en doctrina del Derecho entendido como fenómeno social; como tal, es *una rama de la sociología* [...]. La evolución de la Jurisprudencia hasta constituirse en Ciencia jurídica y, por tanto, en *una rama de la sociología*, se corresponde totalmente con el camino recorrido por otras disciplinas [...]. Con esta ciencia sociológica del Derecho se relaciona la Jurisprudencia práctica [...]. Si la *Ciencia del Derecho es una rama de la Sociología* entonces acogerá de manera inmediata a la Psicología social, pues los hechos sociales

75 Ehrling, E., "Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho libre" (1989-1903), en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, cit., págs. 82.

Nuestro pensador no fue ingenuo: "Sería injusto desconocer la aversión al libre descubrimiento del Derecho tiene en parte causas muy profunda: principalmente las ideas, aún hoy dominantes, sobre los límites del poder estatal y la separación de poderes. Subyace en ellas una buena dosis de desconfianza del viejo liberalismo hacia el juez funcionario al servicio del Estado, al que se quiere obligar a fundamentar siempre su convicción jurídica en la letra de la ley; ciertamente llevará su tiempo acostumbrarse a la idea de que al Estado no le está reservada toda la creación del Derecho, sino solo la legislación. Ese orden de ideas corresponde a una teoría del Estado ya superada que, como sucede, con toda teoría del Estado, no fue otra cosa que la expresión científica de una determinada situación histórica" (*Ibid*, págs. 79-82).

76 Ehrling, E., "Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho libre" (1989-1903), en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Prólogo (Czernowitz, junio de 1903), cit., págs. 78-80.

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

no son sino hechos psíquicos en el contexto de un fenómeno de masas. Aquí se trata empero, de una utilización de la Psicología en favor de la técnica jurídica". Y concluye que "de este modo queda señalada la dirección que la Jurisprudencia, entendida como disciplina puramente práctica, ha de seguir. A la vez que cede a la Sociología su contenido científico-social, reconquista para sí su contenido más propio y originario"<sup>77</sup>. Es en esto donde el normativismo realista de Gény no puede estar de acuerdo, para él la Ciencia Jurídica no puede ser una rama de la sociología, ni de ningún modo absorbida por ello. Tampoco autores como Roscoe Pound (creador de la llamada "jurisprudencia sociológica") aceptaría esta premisa metodológica. Y en el ámbito del positivismo esa reconducción de la Ciencia del Derecho de la sociología jurídica será rechazada no sólo por el Hans Kelsen, sino también por también el positivismo analítico más avanzado de Hart o de Dworkin, o el iurealista escandinavo Alf Ross<sup>78</sup>, discípulo originario de Kelsen y devenido, al tiempo, en uno de los juristas más importantes del siglo veinte<sup>79</sup>. Ciertamente, en polémica abierta con Kelsen, a Ehrlich lo que le preocupa es dejar constancia de que la ciencia jurídica como rama de la Sociología del Derecho persigue, ante todo, "la relación del Derecho con la sociedad. En mi libro me ocupo de cómo el Derecho surge del seno de la sociedad, de cómo se condensa en proposiciones jurídicas en la Jurisprudencia y la legislación, y del modo en que repercute en la sociedad"<sup>80</sup>. Por otra parte, en el marco de dicha polémica, Ehrlich observa que el sentido de su concepción de su "doctrina del Derecho vivo", al precisar que designa "como Derecho vivo a las reglas del deber ser jurídicas, las cuales no se limitan a ser normas de decisión, sino que dominan de hecho la conducta humana. Dichas reglas se constatan mediante la observación del acontecer fáctico, lo que también es admitido por la Jurisprudencia

77 Ehrling, E., "Sociología y Jurisprudencia" (1906), en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Prólogo (Czernowitz, junio de 1903), cit., págs. 89-107, en particular págs. 104-107.

78 Como ha sido advertido "el realismo de Ross es normativista: no pretende sustituir la dogmática jurídica por la sociología jurídica, ambos ámbitos del saber jurídico tienen su campo de acción propio y específico, sin poder ser reductibles el uno al otro". Ahora bien, "el hecho de que Ross aspirase a la "pureza de la ciencia jurídica" no implica que no otorgara en su concepción de la filosofía del Derecho un papel central al campo de los valores y a la política jurídica". Cfr. Monereo Pérez, J.L., "Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho", estudio preliminar a ROSS, A., *Lógica de las normas*, trad. J.S.P. Hierro, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CXXXVI, en particular pág. XLIII.

79 Monereo Pérez, J. L. (2022). "La ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático: Hans Kelsen". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 12(2), 1-74. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7370>; Monereo Pérez, J. L. (2023). Sociología crítica del derecho y teoría jurídica en Hans Kelsen. *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (6), 327-349. <https://doi.org/10.24310/rejss.vi6.15353>. De interés para el deslinde entre Ciencia jurídica y sociología del Derecho, Monereo Pérez, J. L. (2023). "La Sociología del Derecho de Max Weber: Juridificación, legitimación y racionalización del poder público y privado". *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (7), 225-301. <https://doi.org/10.24310/rejss7202317160>. De propio Weber, M., *Sociología del Derecho*, edición y estudio preliminar, "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001 (Esta edición incluye también la Sociología del Poder y del Estado). En un sistema democrático de Estado de Derecho ningún poder jurídico puede ejercerse de manera irracional, toda vez que lo irracional no puede considerarse propiamente como "Derecho". Ello es especialmente significativo en la actividad judicial, la cual se ha de orientar a resolver las controversias jurídicas bajo el prisma de la racionalidad del Derecho atendiendo a los hechos que conforman la realidad jurídica.

80 Ehrling, E., "Respuesta a Kelsen" y "Réplica a Kelsen", en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Prólogo (Czernowitz, junio de 1903), cit., págs. 115-123, en particular pág. 121.

dominante con respecto a las reglas del deber ser, del llamado Derecho consuetudinario, el cual coincide, al menos parcialmente, con lo que yo califico de ‘Derecho vivo’<sup>81</sup>. Ehrlich subraya los hechos sociales en la producción normativa dentro de su concepción de la ciencia jurídica como rama de la sociología, por contraposición a Kelsen, para el cual la ciencia jurídica es típicamente una ciencia normativa distingua por su objeto a la sociología del Derecho.

En el cualquier caso, juristas como Gény, Pound (incluso la ciencia jurídica de Holmes) y Ross, percibieron la especificidad del Derecho dentro del más amplio campo de las ciencias sociales y jurídicas. Y partieron del presupuesto de que no se puede reducir la ciencia del Derecho a la sociología empírica del Derecho. Ciencia jurídica y sociología (incluida el subsistema de sociología del Derecho) pueden mantener una colaboración fructífera como disciplinas diferenciadas, con un diálogo permanente entre ambas. Esta frontera fue superada por el realismo jurídico radical y por el posterior Movimiento de *Critical Legal Studies Movement*<sup>82</sup>. Por su parte, la técnica jurídica se identifica con la “forma” aristotélica. Consiste en la obra artificial, en virtud de la cual el jurista ha de esforzarse en modelar lo que le ofrece el mundo, lo cual supone la dimensión artificial del Derecho, en cuanto es obra de construcción. Ese mecanismo de elaboración y de tratamiento del material jurídico para el adecuado gobierno de las relaciones sociales, es decir, para una idónea regulación de los problemas del Derecho. Es un proceso de racionalización mediante la construcción de categorías jurídicas. Tiene por objeto la actividad intelectual consistente en la construcción jurídica (que es representación a través de conceptos jurídicos) y remite en gran medida —con finalidades de ordenación social— a las fuentes *formales* de las reglas de Derecho, y designan a la expresión formal de la ordenación jurídica, esto es, a los conductos por los cuales estas reglas se manifiestan e imponen (la ley y la costumbre). Ello lleva a firmar a Geny que el Derecho no se identifica, no se agota en la ley positiva. Para la ciencia también vale que la *disposición jurídica tiene que ser manejada no como dogma rígido, sino como fuera viva*<sup>83</sup>. Lo cual implica un cambio de “modelo de jurista”. Atributos constitutivos de

81 Ehrling, E., “Respuesta a Kelsen” y “Réplica a Kelsen”, en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Prólogo (Czernowitz, junio de 1903), cit., págs. 115-123, en particular págs. 122-123.

82 Sobre esta corriente de pensamiento jurídico crítico, puede consultarse, Unger, R.M., *The Critical Legal Studies Movement*, E.U., Harvard University Press, 1986; Pérez Lledó, J.A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1996; Robles Vázquez, J., y Tovar Silva, Y.G., *Teoría jurídica crítica norteamericana. Una introducción los Critical Legal Studies*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

83 En *Método*, descubre dos fuentes primarias del Derecho, la Ley escrita y la costumbre, y dos fuentes subsidiarias, la autoridad y la tradición. Agrégese que para Gény (*Méthode y Sciente et technique, passim*) todas las fuentes *formales* del Derecho positivo pertenecen al dominio de “lo construido” (*le construit*). En relación a ello, Georges Gurvitch entiende que las fuentes “formales o secundarias” no son más que procedimientos técnicos más bien artificiales, llamados a constatar una realidad jurídica preexistente e inmediatamente dada. Cfr. Gurvitch, G., *L'experience juridique et la philosophie pluraliste, du droit*, París, EAP, 1935, págs. 52-53, *passim*. Para la concepción pluralista de las fuentes del Derecho en Gurvitch, véase Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, especialmente, Capítulo I (“La concepción pluralista del derecho: perspectivas filosófica y sociológica”), págs. 11 y sigs., y Capítulo IV (“Derecho social y sociedad democrática: el Derecho social en la constitución jurídica de la democracia participativa”), págs. 157 y sigs.; y Monereo Pérez, J.L., *“Pluralismo jurídico y Derecho social. La sociología del Derecho de Gurvitch”*, Estudio preliminar a la obra de Gurvitch, G., *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-XXLVI.

la técnica jurídica son la plenitud de determinación, perfecta adaptación, necesidad de realización, simplicidad, lógica o coherencia racional de los procedimientos y seguridad de los resultados. Es de significar la crítica a la concepción tradicional de las fuentes formales y, en relación a ello, la defensa de la "libre investigación científica del Derecho". Para Gény, como para el programa de la Escuela científica en términos generales, pertenece a la técnica jurídica toda manifestación de una regla de Derecho, cualquiera que sea su fisonomía. La técnica jurídica designa, pues, "el conjunto de medios de cualquier naturaleza, con los cuales se elaboran, aparecen, transforman, aplican y extinguen las reglas de Derecho". Comprende igualmente "el lenguaje del Derecho, los caracteres formales de la ley y de la costumbre, las decisiones judiciales y los métodos de exposición de la doctrina". En consecuencia, el elemento principal de la técnica jurídica viene constituido por las reglas de Derecho y las instituciones jurídicas consideradas en su expresión lógica y material<sup>84</sup>. Pero al estar la técnica inescindiblemente ligada (vínculo destacado por Geny, a pesar de afirmar su teórica separación en el plano conceptual y metodológico) a la ciencia jurídica, no puede ser separada del análisis de los contenidos y del objeto de regulación.

Por último, el método, que realiza su función tanto respecto de la ciencia como en relación a la técnica, integra las directrices que guían al espíritu para percibir y conocer un objeto cualquiera del conocimiento humano, y llegar a poseerlo intelectivamente. En su proyección específica en la ciencia el método "concierte a la actividad del espíritu dirigida a descubrir, por los medios apropiados, los "datos" en que se contiene el elemento experimental y el racional del derecho". En el dominio de la técnica refiere "a la elección de los procedimientos más adecuados para poner de relieve, en su expresión más perfecta, la regla virtual del derecho"<sup>85</sup>. Con todo, para el autor los elementos formales y lógicos que se presentan a los juristas en el aparato exterior clásico del Derecho positivo son insuficientes por sí mismos para satisfacer los *desiderata* de la vida jurídica. Es por ello por lo que la jurisprudencia ha de buscar, fuera y por encima de estos elementos, los medios para cumplir enteramente su misión<sup>86</sup>.

Nuestro autor buscar la aplicación del texto de la Ley en el sentido querido por el legislador (y otorga, al respecto, relevancia a los trabajos preparatorios y a los debates parlamentarios) y según las necesidades del tiempo histórico en el cual se enmarca el proceso de interpretación. Este método deja a la libre apreciación del intérprete un campo de acción mucho más amplio que el permite por el método tradicional de interpretación lógica. El orden jurídico es incompleto, presenta lagunas inevitables y el devenir del tiempo histórico exige una interpretación adecuada a las nuevas realidades emergentes en todo momento. E incluso cuando (y es éste sentido condicional sobre el que debe llamarse la atención en la concepción limitadamente creativa del juez en Gény) las fuentes formales del Derecho positivo (ley y costumbre) presenta lagunas o se revelan insuficientes para atender a la

84 Bonnecase, H., *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*", cit., pág. 209.

85 Hernández Gil, A., *Metodología del Derecho*, cit., pág. 166.

86 Véase Gény, F., *Método*, vol. II, cit., pág. 234.

solución los problemas jurídicos prácticos, el jurista ha de tener un amplio margen de "libre investigación científica", la cual permite hallar los elementos objetivos para resolver los problemas de interpretación y "ajuste" del Derecho positivo. La libre investigación científica constituye un importante instrumento de para la extensión progresiva del Derecho. La libre investigación se presenta al mismo tiempo en una doble dirección: interroga a la razón y a la conciencia para descubrir en nuestra naturaleza íntima las bases de la justicia; y se dirige a los fenómenos sociales extrayendo de ellos los principios de orden y armonía que demandan, y sirviéndose a este fin de los métodos aportadas por las otras ciencias sociales (sociología, economía, psicología, geografía, etcétera)<sup>87</sup> (Método). Lo cual supone una apertura hacia la cooperación entre juristas y cultivadores de la sociología, y asimismo un intento de utilizar el pluralismo metodológico en sentido fuerte.

Para Gény el Derecho es una función de la vida social y en parte la refleja y en parte la ordena y dirige. Por ello distingue en el Derecho lo que aparece como "lo dado" (manifestación de la vida social y objeto específico de la ciencia) y "lo construido" (obra del actuar humano y objeto específico de la técnica jurídica). Para Gény el Estado no es la única fuente de producción del Derecho positivo (monismo jurídico), sino que también existen otras fuentes de creación del Derecho por las fuerzas sociales y por la acción de ciertas comunidades con poder autónomo para crear Derecho (pluralismo jurídico)<sup>88</sup>. Como él mismo observa que su obra *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* (segunda edición de 1919) no sólo buscó ampliar la interpretación propiamente dicha de la ley escrita —fuente primordial del derecho positivo— según su sentido profundo y su finalidad, sino también justificar y legitimar las otras fuentes formales: la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, entre otras, así como proponer como fuente subsidiaria y complementaria una "libre investigación científica" que permitiera encajar las reglas jurídicas en los marcos de toda investigación que merezca ser considerada como una verdadera ciencia, asegurando así a esas reglas un valor superior a las contingencias que las provocan<sup>89</sup>. Con la finalidad principio de precisar los medios de esta "libre investigación científica", publicaría su obra "*Ciencia y técnica en derecho privado positivo*" (publicada en cuatro volúmenes, sucesivamente en 1914, 1915, 1921 y 1924). La esencia de ese trabajo está en distinguir, de entre los elementos de las reglas jurídicas, los que son 'dados',

87 De hecho, Gény mostró cierto interés por la sociología empírica, concibiendo la ciencia del Derecho como "metodología empírica". En este sentido, Tanzi, A., "Gény e l' análisis empírico del Diritto", en *Sociología del Derecho*, núm. 2 (1988), págs. 7 y sigs.

88 Véase Ripert, G., *Les forces créatrices du Droit*, París, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1950, págs. 71 y sigs., con amplia referencia al pensamiento jurídico de Gény. El propio Gény, F., *Métodos de interpretación...*, op.cit., párrafos 93 y 122 *in fine*. Véase Gurvitch, G., "Théorie pluraliste des sources et du droit positif", en *Ann. Inst.Philos. du Droit et de Soc.Jurid.* (1934), págs. 114 y sigs. véase Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, especialmente, Capítulo I ("La concepción pluralista del derecho: perspectivas filosófica y sociológica"), págs. 11 y sigs., y Capítulo IV ("Derecho social y sociedad democrática: el Derecho social en la constitución jurídica de la democracia participativa", págs. 157 y sigs.; y Monereo Pérez, J.L., *"Pluralismo jurídico y Derecho social. La sociología del Derecho de Gurvitch"* (2001), Estudio preliminar a la obra de Gurvitch, G., *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-XXLVI).

89 Gény, F., "Ultima Verba" (1951), en Gény, F., *La libertad en el Derecho. Entre certeza e incertidumbre*, traducción y edición de M.J. Bernuz Beneitez, Epílogo de J.I. Lacasta Zabalza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007, págs. 87-107, en particular págs. 88-89.

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

sea natural, sea histórica, sea racional, sea idealmente y que, como tales, son el objeto de una ciencia verdadera; y, por otro lado, los que son 'construidos' por la voluntad humana y, en consecuencia, no son para el intérprete más que una técnica que deja espacio para un amplio poder de creación, de transformación, de desarrollo para llegar a preceptos infinitamente flexibles y variados<sup>90</sup>.

En este sentido, contesta al *monismo* positivista subyacente al proceso de racionalización del Estado moderno, que se asentaba en la supresión de todos los ordenamientos jurídicos distintos al Estado (eliminación formal de la pluralidad de fuentes del Derecho); es decir, se basaba en la reducción de toda forma posible de Derecho perfecto al Derecho estatal legislado (el "derecho natural" era entendido como un "Derecho imperfecto")<sup>91</sup>. En realidad, junto al *Derecho creado* o estatuido (cuyo paradigma es la ley) existe un *Derecho implícito* (cuyo modelo es el llamado Derecho consuetudinario), la admisión de este último se vincula a la controversia que opone dos escuelas iusfilosóficas: el positivismo jurídico y el iusnaturalismo<sup>92</sup>. Pero conjugar el Derecho creado y el Derecho

90 Gény, F., "Ultima Verba" (1951), en Gény, F., *La libertad en el Derecho. Entre certeza e incertidumbre*, traducción y edición de M.J. Bernuz Beneitez, Epílogo de J.I. Lacasta Zabalza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007, pág. 89.

Es de interés la posición de Gurvitch, G., *La Idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia Doctrinal Desde El Siglo XVII Hasta El Fin Del Siglo XIX*, traducción, edición y Estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch" (pp. VII-LV), de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Colección Crítica del Derecho), 2005, págs. 143 y sigs. Señala Gurvitch que toda tentativa para erigir las "fuente formales" en realidades absolutas (como el caso paradigmático del "fetichismo de la ley" estatal) sufre un fracaso definitivo, retrocede hasta los "hechos normativos" en la búsqueda del fundamento de la fuerza obligatoria del derecho positivo. Así en los debates sobre las fuentes del derecho positivo, toda una serie de juristas se aproximan a esta idea y ante todo F. Gény (junto al cual hay que nombrar en este contexto a L. Duguit), sin hablar de la teoría de la institución de Hauriou. La distinción tan sugestiva establecida por Gény entre lo "dado" y lo "construido" (o más exactamente lo "técnico") en el Derecho, designa ante todo la oposición entre "fuente primaria" y "fuente secundaria o formal"; y el sabio Decano de Nancy extrae precisamente de esta oposición la conclusión de que todas las "fuentes formales", como "procedimientos técnicos" de constatación de los "datos previos", sólo tienen una significación muy relativa, y que la exclusividad de la ley estatal, como fuente del Derecho positivo, no puede en absoluto ser justificada. Aunque adopta una posición crítica respecto de la interpretación del Derecho social en cuanto especie del "derecho natural" y el postulado de considerarlo como principio moral de crítica del Derecho positivo, y no un verdadero Derecho, una realidad jurídica, y no simplemente un ideal hacia el cual esforzarse en dirigir el Derecho positivo. Según Gurvitch, el Derecho social tiene una estructura jurídica precisa. Se trata, en definitiva, de un sector importante del Derecho positivo (ya sea "formal" o "intuitivo") en cuanto realidad jurídica existente y diferenciada. Es un "derecho de integración social. Hace notar que la idea del Derecho social de integración se fundamenta, no en la separación de la "función social" del Derecho y de su estructura jurídica, diferenciadas una de la otra, sino precisamente en la introducción de esta "función social" en el interior de la estructura jurídica misma; la oposición entre los derechos de integración, de coordinación, de subordinación, no es precisamente más que una construcción jurídica de las diferentes funciones del Derecho. Para la concepción del Derecho social en Georges Gurvitch, véase ampliamente, véase Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, especialmente, Capítulo I ("La concepción pluralista del derecho: perspectivas filosófica y sociológica"), págs. 11 y sigs., y Capítulo IV ("Derecho social y sociedad democrática: el Derecho social en la constitución jurídica de la democracia participativa", págs. 157 y sigs.; y Monereo Pérez, J.L., "Pluralismo jurídico y Derecho social. La sociología del Derecho de Gurvitch", Estudio preliminar a la obra de Gurvitch, G., *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-XXLVI).

91 Pretendidamente esa eliminación de la pluralidad de fuentes del Derecho pretendía asegurar la certeza del Derecho contra la arbitrariedad, la igualdad formal, contra el privilegio, el Estado de Derecho, y en suma, contra toda forma de despotismo. En este sentido, Bobbio, N., "El modelo iusnaturalista", en *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci*, Estudio Preliminar de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1991, págs. 73 y sigs., en particular pág. 143.

92 Véase, al respecto, Fuller, L.L., *Anatomía del Derecho*, Monte Ávila Editores, Caracas (Venezuela), 1969, págs. 78 y sigs. Para quien la historia del Derecho es, en gran parte, la historia de una evolución que va de una concepción del Derecho como inherente a las necesidades sociales, a la concepción que sostiene que el Derecho es el resultado de su promulgación deliberada (*Ibid.*, pág. 88).

implícito invita a conocer el Derecho como es realmente. Existen, en puridad, elementos implícitos del Derecho creado y elementos creados del Derecho implícito<sup>93</sup>. Reconoce la importancia de la fuerza social en la lucha por la creación del Derecho, apreciando en el Derecho el fenómeno de integración de la fuerza en el orden jurídico que evite la violencia injusta y la degradación del derecho a la mera “política del poder” en el sentido afirmado críticamente por Ihering<sup>94</sup>. Todo lo cual pone de relieve su antiformalismo y su apertura a los problemas típicos de la sociología jurídica.

Su doctrina de la “libre investigación científica” (que supone una participación del intérprete en el proceso descubrimiento y recreación del Derecho en acción) marca la línea de mayor distanciamiento con los métodos tradicionales de la Escuela de la Exégesis, y sigue —pero sin confundirse entre ellas— una línea de pensamiento jurídico que desde Ihering<sup>95</sup>, pasando por Gény, alcanza a la jurisprudencia de intereses (Heck) y al movimiento del derecho libre (Kantorowicz)<sup>96</sup>. Todas ellas vinculan íntimamente el Derecho con su base de realidad sociológica. Por lo demás, esa teoría, junto con la mayor proximidad del Derecho al resto de las ciencias sociales, actúa como elemento detonante e inspirador de muchos de las corrientes de pensamiento jurídico posterior. Geny insistió en la “función creativa” del juez y propuso la libre investigación en el cuadro de los límites científicos y no el poder ilimitado del juez. Ello supone que el juez al aplicar el Derecho se ha de poner en contacto con el conjunto de la realidad social. Ello ocurre unas veces porque es la propia la que invita al juez a entrar en el trasfondo de realidad de los institutos regulados; otras porque existen lagunas que obligan a una actividad creadora del juez y a realizar una libre investigación del Derecho aplicable al caso controvertido. Para Gény la función del intérprete es de naturaleza creadora y no meramente declarativa, aunque ciertamente no llegó a postular decididamente la competencia de la ciencia jurídica respecto a la utilización de todos los métodos propios de las demás ciencias sociales. Este modo de pensar no dejó de influir en diversas escuelas jurídicas realistas (movimiento del derecho libre; jurisprudencia de intereses...) e incluso, más de lejos, en el estilo del pensar sociológico<sup>97</sup>.

93 *Ibidem*, págs. 103 y sigs., y 124 y sigs., respectivamente.

94 Véase Gény, F., “Justice et force. Pour l'intégration de la force dans le droit”, en *Études Capitant*, 1938; Gény, F., “L'évolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française”, en *Études Ripert*, t.I, 1950.

95 Significativamente, Gény reconoce la deuda intelectual que tiene contraída con el autor de *El Espíritu del Derecho Romano*. cfr. Gény, F., *Science et Technique*, vol. III, “nota del autor”, cit., pág.VII.

96 Gény, como recuerda G. Fassó, en la 2<sup>a</sup> ed.(1919) del *Méthode* añadió un *Epílogo* donde examina el movimiento del Derecho libre alemán, contemplándolo con cierta simpatía. Véase Fassó, G., *Historia de la filosofía del Derecho*, t.III, Madrid, Pirámide, 1981, pág. 172.

97 Pueden verse las numerosas aportaciones, y la reconocida influencia del pensamiento de Geny que ellas reflejan, en AA.VV., *Recueil D'Etudes sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény*, 2 vols., París, Librairie du Recueil Sirey, 1934.

## 2. LA TEORÍA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL EN GENY

*“Nuestro saber forma un enorme sistema. Y sólo dentro de este sistema tiene lo particular el valor que le otorgamos”.*

LUDWIG WITTGENSTEIN<sup>98</sup>

Geny quiere afrontar el problema del *razonamiento jurídico* con extremada prudencia. Él pretende al mismo tiempo otorgar al juez un amplio margen en el enjuiciamiento individualizador de la ley, pero advierte inmediatamente (*Método*) de que no debe incurrirse en una *apreciación subjetiva* (se trata de reconocer la “libre investigación jurídica”, no propiamente de la elaboración de un Derecho libre al estilo del pensar del llamado movimiento del Derecho libre), debe de objetivarse esa decisión judicial, sin nunca sustituir un criterio firmemente establecido en la norma positiva. Debe colaborar, pero no desplazar al legislador; la flexibilidad judicial no debe entrañar arbitrariedad (como límite intrínseco del poder discrecional, el cual se ha de ejercer de forma razonable) o negación del principio de seguridad jurídica. Pero no deben seguir un procedimiento mecánico de interpretación de las disposiciones legales<sup>99</sup>. En el fondo, esta constatación enlaza también con la idea de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general<sup>100</sup>, y que éste moviliza el proceso judicial. Para Geny es un error creer que las teorías, con su mecanismo de conceptos, descartan las apreciaciones subjetivas y las soluciones arbitrarias. Un examen atento de las principales cuestiones de la jurisprudencia moderna así lo prueba. No las construcciones imaginarias, sino las convicciones y los intereses son las fuentes de inspiración de los preceptos jurídicos. En suma, la experiencia muestra que los problemas jurídicos deben resolverse teniendo en cuenta las realidades éticas o económicas que los condicionan. Esa vinculación entre la ley positiva (deber ser) y el caso controvertido perteneciente al “mundo” del ser, hace penetrar la realidad (los aspectos del ser) en el proceso de interpretación (que es comprensión) de la aquella ley aplicable. Ciertamente, Gény deseaba fundar una práctica científica del Derecho, es decir, una investigación científica y objetiva por el intérprete, por el Juez, de la significación que reviste la norma sometida a su interpretación. Pero aunque nuestro autor ha mostrado el carácter incompleto de la Ley y sus “silencios”, se ha objetado, con razón, que esta ambición es quimérica, si es aceptada en sus propios términos, ya que el sentido conferido a un texto no será nunca más que el resultado de opciones

98 Wittgenstein, L., *Sobre la certeza*, Barcelona, Gedisa, 1988, párrafo 410.

99 Más adelante dirá Roscoe Pound que la administración de justicia, como proceso método de resolución de las controversias por parte de los tribunales que tiene poder para ello, no se trata “del proceso mecánico que el último siglo quiso que fuera y en el que vanamente se trató de convertir”. cfr. Pound, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad., y estudio preliminar por J.Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

100 En este sentido Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1989, págs. 34 y sigs.

tomadas por su lector sobre el sentido de las inscripciones que contiene<sup>101</sup>. De cualquier modo, debe valorarse positivamente, el intento de Gény de salvar en el momento de la interpretación la objetividad de los resultados significantes, tratando de encontrarla en el reenvío a los "dado" y a su interna normatividad. Modo de pensar que conduce a reivindicar el papel activo del intérprete en la dinámica del proceso de interpretación, y en definitiva, el carácter siempre dialéctico en la relación del sujeto-intérprete y del objeto, lejos de falsas certezas apriorísticas.

Para el caso de existencia de lagunas, Gény apostó por otorgar fuerza de convicción a los datos reales o sociológicos sobre los que incidía la labor de investigación de la norma jurídica aplicable. El orden jurídico siempre presenta lagunas que deben ser llenadas por el juez del caso. Ante la insuficiencia de las fuentes formales del Derecho, el campo de la acción judicial debe ampliarse acudiendo a fuentes ajenas al Derecho positivo y concediendo un margen de libre discrecionalidad en cuyo marco puede desplegar una actividad creadora, el cual no puede ser ignorado tras la máscara de un razonamiento lógico-formal<sup>102</sup>. Sin embargo, ese margen de discrecionalidad razonable no debe suponer arbitrariedad y subjetivismo en la búsqueda de equilibrio entre intereses singulares y fines sociales implicados: él postula una libre decisión judicial basada en la "libre investigación científica" (concepto cuya paternidad sin duda le corresponde)<sup>103</sup>. El reenvío o la remisión al "dato natural" o "real" permitió conceder relevancia jurídica significativa a muchos fenómenos sociales que las normas civiles no preveían o que previstos su esquema de regulación había derivado en inapropiado para atender a las cambiadas exigencias de la vida jurídica. No obstante, la crítica al logicismo jurídico, y la propuesta de abarcar la totalidad de la realidad de la vida jurídica no supone en Gény un desplazamiento de la ciencia del Derecho por la sociología jurídica, sino un intento de colaboración o incluso integración entre las distintas disciplinas encuadradas en las ciencias sociales. Esta adaptación y puesta al día de la metodología imperante, permitió no sólo cimentar una crítica severa al método de la abstracción aislacionista, sino también pudo servir precisamente para mantener intacto el orden legal establecido sin realizar una reforma legislativa del sistema de la codificación que se habría traducido necesariamente en una reforma política<sup>104</sup> de sus presupuestos ordenancistas, del tipo de orden implantado tras las revoluciones burguesas de inspiración en el liberalismo individualista (es dato incontrovertido que la Escuela Exegética construyó una doctrina jurídica propia del individualismo jurídico inherente al sistema del código de Napoleón).

Nuestro autor, por otra parte, no pudo permanecer ajeno a la idea de que el fundamento de la interpretación (término descriptivo de la actividad esencial del juez) de un texto o documento legal

101 En este sentido, Timsit, G., "Gény, le Juez et le silence", en *Quaderni Fiorentini*, núm. 20 (1991), monográfico sobre *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, cit, pág. 158; y más ampliamente del mismo autor, *Les noms de la loi*, París, PUF, 1991.

102 Véase Lombardi, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, págs. 275 y sigs.

103 Esta idea-fuerza sería desarrollada amplísimamente por el "movimiento Derecho libre" y por "jurisprudencia de intereses", que otorgan más peso en la decisión judicial a la actividad creadora del juez según las exigencias de la época o a la investigación o ponderación de los intereses implicados en el caso y subyacentes a la regla de Derecho.

104 Véase, en análogo sentido, Tarello, G., "La Escuela de la Exégesis", cit., pág. 80.

es la *comprensión*, como es propio de las ciencias del espíritu o ciencias de la cultura, lo que implica que el intérprete no es un sujeto aislado, se inserta en el contexto vital y de la tradición de una determinada sociedad histórica<sup>105</sup>. La comprensión determina que el juez no es un intérprete reproductivo, sino un agente que colabora activamente en la creación del Derecho, completando con la praxis el recorrido vital del Derecho positivo, aplicándolo correctamente al caso particular conforme al sentido a él incorporado y sin que ello suponga necesariamente una aprobación subjetiva de su contenido por parte del intérprete<sup>106</sup>. La labor de comprensión se efectúa no abstractamente sino respecto de la situación *actual* específica del caso planteado. Gény era consciente de las aporías que presenta la discontinuidad entre el tiempo de creación del texto legal y el momento de su interpretación aplicativa, reflejo de una fungibilidad *real* de los órdenes legales (más allá de su vigencia formal). Toda actividad interpretativa de un texto normativo supone una apropiación actualizadora del sentido de ese texto por parte del intérprete para su proyección a posibles situaciones controvertidas que acontecen en su experiencia jurídica. El juez trata de adaptar y desarrollar los textos legales a fin de acomodarlos a las circunstancias del presente. La praxis jurídica pone de manifiesto la creación judicial del Derecho<sup>107</sup> y con ella la evidencia de la función crítica asumida por el juez en el Derecho moderno. En el caso de que las fuentes formales estatales no proporcionen una base suficiente o idónea para la solución del caso, el juez puede hacer reclamo de las fuentes extraestatales (sea mediante el reclamo de los principios jurídicos, sea mediante la figura de la naturaleza de la cosa). En tales casos la interpretación, como actividad comprensiva, puede ir más allá del significado histórico-originario de la norma estatal, buscando la justicia adecuada al caso controvertido: el sentido de lo justo incorporado abstractamente a la norma aplicable tiene que ser objeto de una interpretación adecuada a las exigencias actuales de ordenación de la vida jurídica. Es una integración normativa del caso (u orientada al caso). De ahí la necesidad de un examen complejo de "lo dado" en conexión dinámica con "lo construido". El juez con ayuda de la norma aplicable al caso ha de establecer, para la decisión del caso concreto sometido a su consideración, los criterios de enjuiciamiento que muchas veces extrae de la práctica jurisprudencial precedente más allá de la lógica jurídica estricta. Ello supone configurar el orden jurídico no como un sistema normativo cerrado sino como un sistema abierto y flexible (ampliando el ámbito o espacio de la racionalidad jurídica

105 Tal como había sido puesto de relieve en Alemania por Dilthey, al incluir el Derecho entre las ciencias acerca de los sistemas culturales. Dilthey, W., *Introducción a las ciencias del espíritu* (1883), México, FCE, 1978, espec., págs. 57 y sigs.

106 Para la crítica entre identificación de comprensión y acuerdo o aceptación del intérprete, véase, aunque a propósito de la crítica a la hermenéutica de Gadamer, Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa*, tomo 1, Madrid, Taurus, 1987, págs. 188 a 196.

107 Véase, desde un matizado realismo jurídico (especialmente influenciado por el realismo norteamericano de Roscoe Pound y Jerome Frank), Puig Brutau, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Barcelona, Bosch, 1951, también referencias a la concepción de Gény sobre la actividad judicial. Se ha señalado igualmente, con apoyo en K. Engisch y W. Hassemer, que "El conjunto prescriptivo así configurado, no está pues contenido "desde siempre" en el ordenamiento. No hay deducción de algo implícito, sino interpretación constituyente, para el caso, del sentido de los textos. Así, interpretar no significa explicitar algo ya dado con el sistema, sino elaborar el sistema en la dimensión que concierne al caso real". cfr. Saavedra, M., *Interpretación del Derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, Granada, Publicaciones de la Universidad, 1978, pág. 62. Asimismo, Saavedra, M., *Jurisdicción y Derecho*, México, D.F., 2007, págs. 25 y sigs., y 41 y sigs.

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

posible, y permitida; donde el razonamiento teleológico o finalista tiene un uso mayor, orientada al servicio de los fines que se consideran dignos de ser promovidos), por contraposición a la pretensión codicística originaria de instaurar un sistema cerrado y estático (el mito de la complitud y de la invariabilidad del Derecho, que mal se compadece con la existencia de lagunas y la mutabilidad del Derecho); no así con un sistema abierto y flexible que establece una regulación adaptable a la variabilidad de los problemas prácticos. Frente a la noción dogmática de sistema se propone una forma de pensamiento más orientada al problema práctico que se pretende resolver, por ello las soluciones pueden ser moduladas según las características del caso controvertido<sup>108</sup>. La labor del juez se vincula así con la dinámica social. En algunas reflexiones de Gény se entrevé el intento de atender a los condicionantes sociales y económicos de la actividad judicial, énfasis en la interpretación que se perfilaría de forma más decidida por el movimiento del Derecho Libre<sup>109</sup>, frente a la pretensión de otorgar al juez una función racionalista instrumental típicamente reproductiva de las prescripciones de la ley, moviéndose siempre en el marco estrictamente establecido por dicha ley. No es necesario ver en esto una anticipación desde lejos de los postulados posteriormente desarrollados por las direcciones hermenéuticas del pensamiento contemporáneo, pero en un sentido metodológico diferente al utilizado por las ciencias del espíritu<sup>110</sup>.

Por lo demás, en otro orden de ideas, la búsqueda de los hechos (*fact-finding*) está precondicionada por el lado valorativo<sup>111</sup>. En efecto, lo que el jurista llama un caso “es, desde luego, todo salvo una descripción neutral de problemas acaecidos en la realidad”<sup>112</sup>. Tanto la norma positiva como él propio jurista existen en una sociedad históricamente dada y determinada. El caso y su construcción puede ser descrito como coherente desde el punto de vista de su *determinabilidad conforme a las*

108 Estas ideas serían llevadas hasta sus últimas consecuencias por la tópica jurídica como modo de pensamiento refractaria a la noción del Derecho como sistema rígido y estático. Véase los desarrollos en dos obras fundamentales del pensamiento jurídico contemporáneo, Wieweg., *Tópica y jurisprudencia*, cit., y Eßer, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961.

109 Véase Kantorowicz, H., “La lucha por la ciencia del Derecho” (1906), en AA.VV, *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1949. Pero entendiendo, que la “ciencia jurídica es voluntarista” (*Ibid*, págs. 342 y sigs., y pág. 325 de su “Índice material”), algo que nunca podría admitir Gény.

110 Sobre el tema puede verse Saavedra, M., *Interpretación del Derecho e ideología*, Granada, publicaciones de la Universidad de Granada, 1978; Schroth, U., “Hermenéutica filosófica y jurídica”, en Kaufmann,A. y Hassemer,W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992, págs. 287-309; Zaccaria, G., “La jurisprudencia como Fuente del Derecho: una perspectiva hermenéutica”, en *Isonomia*, núm. 32, 2010, pp. 93-117; Zaccaria, G., *Razón jurídica e interpretación*, trabajos compilados por A. Messuti, Prólogo de G. Robles, Madrid, Civitas, 2004.La base filosófica fundamental está en la obra magistral de Gadamer, H.G., *Verdad y método*, Tomo I y Tomo II, 4<sup>a</sup> ed., trad. A.Ahud y R. de Agapito, Salamanca, Sigueme, 1990-2000. Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, Monereo Pérez, J.L., “La ‘jurisprudencia sociológica’ de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social”, estudio preliminar a Pound, R., *La evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX a LXXXIII; Monereo Pérez, J. L. (2023). “El iusrealismo de Oliver Wendell Holmes, entre pragmatismo antiformalista y teoría predictiva de la decisión judicial”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 14(1), 1-60. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.8865>.

111 Téngase en cuenta, por otra parte, que los mismos hechos no son algo fijo o de variación perfectamente conocida, sino cambiante. En este sentido Capella, J.R., *El Derecho como lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1968, pág. 250.

112 Véase Roermund, B. V., *Derecho, relato y realidad*, Madrid, Tecnos, 1997, pág. 36 y *passim* (capítulo II, sobre la coherencia narrativa y los hechos del caso).

categorías jurídicas preestablecidas, formalizadas específicamente a través de la dogmática jurídica y mediatizadas por una inevitable identidad sociopolítica del común sentir y del grupo socio-profesional en que se desenvuelve el proceso decisivo del caso en cuestión. Pero a ese conocimiento jurídico-crítico de la praxis judicial, sobre el conocimiento previo estándar y precondiciones relevantes en las decisiones judiciales, no llegó Gény. Pero sí apuntó algunas líneas que pudieron permitir la desvinculación relativa del juez respecto de la norma positiva y su afirmación de un margen de discrecionalidad en la aplicación del Derecho positivo en los casos particulares enjuiciados. Tampoco incidió sobre la función político-social del juez como sujeto integrado en el mundo histórico<sup>113</sup>. Sí consiguió, en cambio, romper el círculo vicioso representado por la vinculatoriedad racionalistas del juez a la ley a través del reclamo de la libre investigación científica que permite establecer un nexo dinámico entre el juez-intérprete y la realidad social “dada” como base reflexiva de “lo construido” que la tiene como objeto. Con la particularidad dialéctica que lo construido (la norma positiva) puede ser modulado y adaptado por el juez en el proceso de decisión judicial. Ello le hace “vulnerable” al cúmulo de contradicciones presentes en la sociedad histórica<sup>114</sup>.

Con todo a pesar del respecto —y cierta adhesión, aunque con severos correctivos (“antídotos”) antiformalistas— que todavía hacía Gény al “legalismo jurídico” Gény pudo llegar a dos conclusiones fundamentales que deben ser entrelazadas: por un lado, demostró la falacia de la doctrina del monopolio de las fuentes del Derecho por parte del poder estatal, porque existen fuentes extraestatales de creación de Derecho. Por otro lado, hay una actividad creativa del juez en la interpretación del Derecho. Gény entiende que “Los elementos puramente formales y lógicos... (o sea, de la ley escrita) son insuficientes para satisfacer la *desiderata* de la vida jurídica. De donde resulta como

113 Como ha sido advertido, no se puede poner en duda el carácter intrínsecamente político de la función de los tribunales de justicia. En el fondo, “lo que está en juego aquí es una prolongación no lineal del ejercicio del poder del Estado, algo que, por lo demás, se hace evidente en la expresión “poder judicial”. cfr. Saavedra, M., *Interpretación del Derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, Granada, Publicaciones de la Universidad de Granada, 1978, pág. 185. Afirma también la función política del intérprete tras la ruptura del “modelo sistemático” de interpretación jurídica, Tarello, G., “Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete”, en Barcellona, P. (Dir.): *L’uso alternativo del diritto*, t. I, Roma-Bari, Laterza, 1973, págs. 59 y sigs.

Con todo, teniendo en cuenta, no obstante, que esa prolongación e interconexión funcional de poder públicos (legislativo y judicial) ha de operar sobre la base de los límites de operatividad que impone deducir del Estado democrático-constitucional.

114 Es manifiestamente injusta la infravaloración de la aportación metodológica de Gény realiza por el célebre filosofo del Derecho Michel Villey, cuando este afirma, sin aportación una mínima demostración de la veracidad de sus objeciones, que Gény se limitó a “tomar” prestada las contribuciones hechas por la doctrina alemana, formando con todo ello un “conjunto” que “constituye una mezcla aceptable para los juristas... Pero es de una extrema incoherencia”. Para él Gény se limitó a ofrecer “una excelente compilación” de las superabundantes producciones de esta metodología alemana (básicamente eclécticas). cfr. Villey, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*, vol. I, Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1979, págs. 35-36. Quizás esta crítica esté mediatizada por una previa inclusión de Gény en las teorías eclécticas sin más. Y es cierto que, como él afirma, el eclecticismo no resuelve nada. Cuando se toma una guía se le pide que indique el camino que se ha de seguir, no varios caminos divergentes ante los cuales deja la dificultad de la elección (*Ibid.*, pág. 36). Quizás esta crítica esté mediatizada por una previa inclusión de Gény en las teorías eclécticas sin más. Y es cierto que, como él afirma, el eclecticismo no resuelve nada. Cuando se toma una guía se le pide que indique el camino que se ha de seguir, no varios caminos divergentes ante los cuales dejan la dificultad de la elección (*Ibid.*, pág. 36).

consecuencia inevitable que la jurisprudencia ha de buscar, fuera y por encima de estos elementos, los medios que necesita para llevar a cabo toda su misión. He aquí el principio esencial de mi tesis" (Metodo). Él establece una conexión manifiesta entre los elementos presente en el título de su obra más determinante: la "interpretación" y "fuentes" del Derecho; ambas conducen o llevan, de distinto modo, al resultado de una complejización del problema de la creación del Derecho y, en suma, a un enriquecimiento de la problemática de las fuentes jurídicas en el Derecho contemporáneo.

A los grandes juristas —como Gény— hay valorarlos no sólo por lo que efectivamente contribuyeron al avance la ciencia jurídica, sino también por los caminos que abrieron y la influencia que ejercieron. Geny tuvo un impacto extraordinario el progreso de la ciencia del Derecho, por más que algunos juristas pretendan ignorarlo, la realidad es que trabajan sobre sus hombros.

El desarrollo de la ciencia jurídica ha sido inmenso, como lo ha sido en la teoría jurídica y las diversas concepciones del razonamiento jurídico. Es suficiente recordar las aportaciones extraordinarias de la hermenéutica jurídica y las corrientes del realismo jurídico europeo y estadounidense<sup>115</sup>.

De estas direcciones renovadoras del pensamiento jurídico interesa singularmente a los efectos de esta investigación las aportaciones de la "teoría estructuradora o estructurante del Derecho". Corresponde a Friedrich Müller el mérito de haber creado la teoría estructuradora del Derecho, con el fin de ofrecer herramientas de innovación al mundo jurídico de corte de orientación "postpositivista". Esta concepción toma como base el trabajado de los operadores jurídicos como acción concreta de seres humanos. Está fundamentada en el ámbito de la teoría de la acción y adopta un abordaje pragmático del lenguaje. La norma jurídica es la construcción que realiza todo operador jurídico con los elementos que le aporta la realidad y los textos normativos. En ese proceso los derechos fundamentales funcionan como garantía material de esta labor<sup>116</sup>. Los profesionales del Derecho deben decidir casos complejos, controversias jurídicas que se plantean en cada momento. La teoría estructuradora del Derecho asume el reto de elaborar una teoría de esa práctica jurídica. Según Müller "la positividad del Derecho está regularmente ligada a hechos concretos de la realidad social, a partir de los cuales ella bosqueja intelectualmente determinados casos típicos y grupos de casos, y los provee con determinadas consecuencias jurídicas. La legislación, así como la existencia de la

115 Zaccaria, G., "La jurisprudencia como Fuente del Derecho: una perspectiva hermenéutica", en *Isonomía*, núm. 32, 2010, pp. 93-117; Zaccaria, G., *Razón jurídica e interpretación*, trabajos compilados por A. Messuti, Prólogo de G. Robles, Madrid, Civitas, 2004. La base filosófica fundamental está en la obra magistral de Gadamer, H.G., *Verdad y método*, Tomo I y Tomo II, 4<sup>a</sup> ed., trad. A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Sigueme, 1990-2000. Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962; Monereo Pérez, J.L., "La 'jurisprudencia sociológica' de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social", estudio preliminar a Pound, R., *La evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, págs. IX a LXXXIII; Monereo Pérez, J. L. (2023). "El iusrealismo de Oliver Wendell Holmes, entre pragmatismo antiformalista y teoría predictiva de la decisión judicial". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 14(1), 1-60. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.8865>.

116 Müller, F., *Teoría estructuradora del derecho* (1994), trad. R. Ingrid Jansen dos Santos, rev. M. Gutiérrez de la Fuente, Prólogo de R. Rabinovich-Berkman, Buenos Aires, Astrea, 2020, en síntesis, págs. 267 y sigs.

normatividad general anticipa una parte del futuro"<sup>117</sup>. Entiende que "la realidad de la convivencia histórica entre seres humanos, la que precisa siempre ser nuevamente regulada y mantenida en orden, no es objeto, pero sí fundamento y parte integrante de la estructura normativa"<sup>118</sup>. La norma ha de ser entendida como un elemento ordenador del modelo obligatorio amplio y ser racionalmente tipificada.

Hay que tener en cuenta que lo que se pretende es que la teoría estructurante del Derecho no sea solamente una nueva concepción teórica del Derecho, sino una concepción innovadora del Derecho. Es así, que resultaría de una "concepto postpositivista de norma jurídica, en el sentido de que la norma jurídica será producida en cada proceso particular de solución jurídica de un caso, en cada decisión judicial. Como hace notar Müller, por lo demás, es parte constitutiva de la norma el *ámbito normativo*, es decir, el conjunto parcial de todos los hechos relevantes (ámbito fáctico) como elemento que sostiene la decisión jurídica como *Derecho*. Así, la antiquísima dicotomía entre "ser" y "deber ser" finalmente es superada desde la perspectiva pragmática y operacional. La "norma jurídica" se hace, de esa manera, para un complejo concepto, compuesto del ámbito y del programa normativos (es decir, del resultado de la interpretación de todos los elementos lingüísticos). De ello resulta, que "concretización" de la norma no significativa configurar de manera "más concreta" una norma jurídica general y abstracta, que ya estará en el texto legal. La concretización —según Müller— es, realísticamente considerada, la construcción de la norma jurídica en el caso concreto. La norma no existe —al menos en el sentido de completa, íntegra— *ante casum*, sino que solamente se construye *in casu*. La norma jurídica es la formulación general de la decisión jurídica; la formulación individual (es decir, el contenido de la decisión) se llama "norma de decisión" (que es también un texto). Esta concepción tomaría en serio el trabajo jurídico como *acción concreta* de los seres humanos que actúan como operadores jurídicos. Sería Derecho en acción. Está fundamentada en el ámbito de la teoría de la acción y adopta un abordaje pragmático del lenguaje: todo trabajo jurídico ocurre dentro del lenguaje; es una forma especial de lenguaje, un conjunto específico de juegos de lenguaje. De este modo, para la *elaboración de la norma jurídica*, para su construcción con base en el caso jurídico y en los textos normativos, el jurista necesita tanto de elementos lingüísticos como también de elementos reales) esa es la realidad de la actividad cotidiana de toma de decisiones jurídicas). El resultado de la interpretación de todos los datos lingüísticos es un resul-

117 Müller, F., *Teoría estructuradora del derecho* (1994), trad. R. Ingrid Jansen dos Santos, rev. M. Gutiérrez de la Fuente, Prólogo de R. Rabinovich-Berkman, Buenos Aires, Astrea, 2020, pág. 255, con referencia a Husserl. Señala que "el boceto previo de la realidad que determina el programa normativo altera las estructuras que sobresalen de la realidad social, convirtiéndolas en estructuras autónomas posibles en el real, o sea, estructuras metódicamente pasibles de ser cualificadas y comprendidas intelectualmente. A partir de la normatividad eso ya resulta del hecho de que las estructuras del ámbito normativo, en caso de su alteración o del tratamiento indiferenciado por parte del programa normativo, se vuelven elementos estructurales normativos de normas jurídicas y, en el caso de su reconocimiento y garantía, como en los derechos a la libertad, se vuelven además un fundamento material de derechos. Las estructuras materiales que emergen como componentes de un ámbito normativo no son "naturales", en el sentido de la idea de una libertad extrajurídica y preestatal" (*Ibid.*, pág. 256).

118 Müller, F., *Teoría estructuradora del derecho* (1994), trad. R. Ingrid Jansen dos Santos, rev. M. Gutiérrez de la Fuente, Prólogo de R. Rabinovich-Berkman, Buenos Aires, Astrea, 2020, pág. 257.

tado intermedio y provisional, denominado *programa normativo*. El jurista constituye el “ámbito normativo” al someter los hechos a un doble examen basado en el programa normativo. Primero, cabe interrogarse sobre si esos hechos continúan siendo relevantes para el programa normativo elaborado. En segundo lugar, sobre si son compatibles con el contenido del programa normativo. En caso afirmativo, el interrogante adicional es si pueden, en seguida, ser justificadamente incorporados en la decisión. Esto debe ser posible de control en el Estado democrático de derecho, en virtud de la nítida presentación del argumento. Los operadores del derecho que deciden casos complejos ya trabajan de esa manera en la práctica. No obstante, eso no es lo que afirman las teorías tradicionales. La teoría estructuradora del derecho —que es una teoría de la práctica— tiene como reto elaborar esa reflexión<sup>119</sup>.

Con ello, Müller construye una teoría estructurante del derecho que se sitúa en una dimensión que irá más allá del positivismo legalista —que recuérdese es una de las formas primarias de la más amplia corriente del positivismo, el cual comprende, por ejemplo, al llamado positivismo incluyente—, para abrazar una nueva forma de realismo jurídico normativista. El cual implica una superación de la separación y oposición tradicionales entre las esferas del “ser” y del “deber ser”, la más que secular reducción del Derecho a leyes, conceptos, categorías jurídicas y signos abstractos, la hermenéutica heredada (y también ese cortocircuito del “círculo hermenéutico”), sobrepasa el “sistema” y el “orden jurídico” separado de la realidad en cuanto ni uno ni otro se han mensurado con ella y permanecen por tanto estáticos e ilusorios, por ser propios de una “filosofía perezosa”. Este proyecto de la Teoría Estructurante del Derecho y de la Concepción de los Métodos, que pertenece a una teoría de la acción y está orientado a la práctica, sería la guía para seguir por los operadores jurídicos en sociedades complejas como las existentes en la coyuntura histórica actual<sup>120</sup>. Entre norma y proceso de aplicación/interpretación existe una conexión intrínseca. Importa no sólo la norma en su textualidad de origen, sino ante todo la norma como resultado de un proceso dinámico y concreto de aplicación.

No es baladí hacer notar los puntos de conexión —más allá de algunas diferencias específicas— de Müller con Lombardi Vallauri. Para éste la actividad judicial no es un mero episodio cognoscitivo externo a la realidad de norma: es una intervención sobre la norma, una fase de la misma vida de la norma, un ulterior momento jurisprudencial a través del cual la norma se dispone a pasar para poder gobernar la acción. La jurisprudencia, con su concreto modo de obrar, nos enseña que la norma,

119 Müller, F., *Teoría estructuradora del derecho* (1994), trad. R. Ingrid Jansen dos Santos, rev. M. Gutiérrez de la Fuente, Prólogo de R. Rabinovich-Berkman, Buenos Aires, Astrea, 2020, págs. 301-302.

120 Müller, F., *Métodos de trabajo del derecho constitucional: fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico*, trad. S. Gómez de Arteche y Catalina, Marcial Pons, 2006; Müller, F., “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, Trad. L. Villacorta Mancebo, en *Revista Española de Derecho Constitucional* n. 27 (1989), págs. 111-126. Su enfoque, no ha cambiado en lo principal, mantiene, entre otras aseveraciones, que la teoría estructurante de la norma es postpositivista, esto es, considera que supera el positivismo jurídico tradicional, señaladamente, el que identifica la norma con su mera expresión lingüística. Su teoría sería opuesta a la positivista legalista pues se autocalifica como una teoría de la norma abierta y vinculada a la realidad social. Lo cual de dota de una dimensión empírica y iusrealista.

también aquella que se considera desde su inicio coherente y completa, debe atravesar sucesivas elaboraciones para alcanzar el estado de producción finito<sup>121</sup>.

Ni la teoría estructurante del Derecho, ni el iusrealismo de Lombardi, puede equipararse al realismo jurídico más radical (de LLewelyn o de Jerome Frank). Pero si encuentra puntos de conexión con Roscoe Pound, porque todos ellos asumen la normatividad del Derecho, aunque la “jurisprudencia sociológica” de éste sobrepasa al normativismo abierto de Gény o de Lombardi<sup>122</sup>. Esta proximidad se comprende ante la posición de Lombardi hacia el movimiento de Derecho libre (lo que él denominada “iusliberismo”). Para él el jurista positivo se ve obligado al recurrir al derecho libre, es decir, al conjunto de criterios de integración de los cuales el jurista, al aplicar el Derecho positivo, y en particular la ley, se ve forzado a recurrir dada la insuficiencia o el carácter incompleto del mismo Derecho positivo. El movimiento de derecho libre nace como reacción a la padectística y los excesos del positivismo legalista. Este movimiento de pensamiento jurídico realiza un esfuerzo de justificación de valores metapositivos en el proceso de toma de decisiones judiciales. El “iusliberismo” (movimiento de derecho libre muestra la caída del positivismo legal absoluto y su superación teórica desde el interior del Derecho, no en nombre del derecho natural o ideal, o de los derechos particulares o social —de la pluralidad del ordenamiento jurídico—, sino en nombre del mismo derecho positivo aplicado por los tribunales del Estado, respetando los principios de la normal subordinación del juez a la ley, de la certeza del Derecho, del deber para el juez de no asumir una posición revolucionaria o partidista. El jurista tiene —y ha de ser así— un insuprimible margen de libertad en el desarrollo de su actividad<sup>123</sup>. Precisamente Gény fue uno de los máximos precursores del movimiento de derecho libre y de la “libre investigación científica”<sup>124</sup>. Pero teniendo en cuenta que el iusliberismo que postula Gény es típicamente normativista y centra su atención en el proceso de concretización libre de la norma, pero respetando la secuencia lógica entre la norma y la libre interpretación, en consideración la complejidad de realidad y el desarrollo evolutivo del orden social<sup>125</sup>, el cual no puede

121 Lombardi Vallauri, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, pág. 513.

122 Véase Tarello, G., *Il realismo giurídico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, Capítulo I (“Orígenes y caracteres del realismo jurídico americano”), 1-67, distinguiendo, entre otras cuestiones fundamentales, entre la locución “realismo jurídico” en general y el “realismo jurídico americano en cuanto denominación de una corriente de pensamiento. También sobre los caracteres del realismo jurídico realizada desde una lectura “naturalista” por Leiter, B. «Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence», 76 Tex. L. Rev. 270, 1997; Leiter, B., *Naturalismo y teoría del Derecho*, trad. y estudio introductorio de Giovanni Battista Ratti, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2012. [Versión original: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007].

123 Lombardi, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, Capítulo III (“IL Giusliberismo” [Movimiento de Derecho Libre]), págs. 201-370.

124 Gény, F., *Métodos de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*, Prólogo de Raimundo Saleilles, edición y estudio preliminar, “El pensamiento científico-jurídico de Gény” (2000) (pp. pp. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, especialmente, Capítulo II (“La libre investigación científica”), págs. 409 y sigs.

125 Aunque desde una perspectiva más general la complejidad creciente de los sistemas sociales y jurídicos incide en todas las dimensiones del fenómeno jurídico. Puede consultarse, Arnaud, A-J., *Entre modernidad y globalización*, trad. N. González Lajoie, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, págs. 23 y sigs., 55 y sigs., 161 y sigs., y 239 y sigs. Santos, B. DE S., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*, trad. Martín Ramírez, C., y otros, Nota introductoria y revisión de la traducción de C. Lema Añon, Madrid, Trotta, 2009, págs. 29 y sigs., y 131 y sigs., 454 y sigs.

ser cosificado para siempre en un código entendido como un orden estático e inflexible. En etapas disruptivas de la historia viene exigido repensar el Derecho y su rol en la sociedad. Ya resulta harto significativo que se hable propiamente —pero a menudo con cierta ligereza— de la orientación hacia un “postmodernismo en Derecho”<sup>126</sup>.

No sólo el intérprete tiene que hacer frente a distintas soluciones alternativas, sino que también ha de tomar en consideración los cambios sociales —los hechos sociales— frente a los que ha de aplicarse una normativa abstracta nacida antes de que se hayan producido. Este enfoque más propio de un normativo realista, e lo que le diferencia del realismo norteamericano más radical en sus postulados respecto al lugar de la decisión del jurista y su vinculación a la normatividad preexistente (Benjamín N. Cardoso, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn)<sup>127</sup>. El Derecho moderno siempre se ha movido en una permanente tensión entre estabilidad y contingencia, tanto más en sociedades complejas. Esta realidad histórica plantea la crisis de los modelos dominantes de la cultura jurídica y la consiguiente exigencia de renovación de los modelos de regulación a cuyos dilemas ha de responder la ciencia jurídica, en su doble dimensión de política del Derecho y de instrumentación técnico-jurídica. Y para ello se ha de reclamar la función social del jurista. En este contexto discursivo interesa recordar que para Gény —y en esto su teoría del Derecho adquiere una dimensión fundacional, por decirlo expresivamente— el Derecho positivo no es algo que se nos ofrezca “dado”, sino “construido” desde la teoría jurídica y la política del Derecho.

## 3. BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- AA.VV., *Recueil D'Etudes sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény*, 2 vols., Librairie du Recueil Sirey, 1934.
- Alexy, R., *El concepto y validez del derecho*, trad. J.M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994.
- Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Amselek, P., *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, París, 1964.
- Arnaud, A-J., *Entre modernidad y globalización*, trad. N. González Lajoie, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

126 Arnaud, A-J., *Entre modernidad y globalización*, trad. N. González Lajoie, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, págs. 239 y sigs.

127 Tarello, G., *Il realismo giurídico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, Capítulo I (“Orígenes y caracteres del realismo jurídico americano”), págs. 1-67; Malminen, T., *Los orígenes intelectuales del realismo jurídico*, trad., e Introducción de F.J. Campos Zamora, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021. Con amplia cita bibliográfica a la que desde aquí se hace remisión. Asimismo, Leiter, B., *Naturalismo y teoría del Derecho*, trad. y estudio introductorio de Giovanni Battista Ratti, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2012. [Versión original: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007].

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

Betti, E., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (1971), trad., y Prólogo de J.L. De los Mozos, Madrid, Edersa, 1975.

Bobbio, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, edición y estudio preliminar a cargo de A. Ruiz Miguel, 1980.

Bobbio, N., "El modelo iusnaturalista", en *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci*, Estudio Preliminar de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1991.

Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, trad. R. De Asís y A. Greppi, Madrid, Debate, 1993.

Bobbio, N., "La naturaleza de las cosas", en Bobbio, N., *Contribución a la teoría del derecho*, traducción y edición de A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres editor, 1980.

Bonncase, H., *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*.

Capella, J.R., *El Derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968.

Capograssi, G., *Il problema della scienza del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1962.

Carbognier, J., *Sociología jurídica*, Tecnos, Madrid, 1977.

Carcaterra, G., *Il problema della fallacia naturalistica*, Milano, 1969.

Clavero, B., "El método entre infieles o el Código en España".

Clemente De Diego, F., *La jurisprudencia como fuente del Derecho* (1925), edición y estudio preliminar, "Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: notas respecto de una controversia de principio" (págs. IX-XLV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2016.

Coing, H., *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961.

Costa, P., "L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novento", en *Quaderni Fiorentini*, núm. 20, 1991.

Dabin, J., *Teoría general del Derecho*, Edersa, Madrid, 1955.

De la Cuesta Saenz, J.M., "Reflejo del pensamiento de F. Gény sobre la costumbre en la doctrina civilista española", en la misma revista.

De los Mozos, J.L., "Algunas reflexiones a propósito de la teoría de la interpretación en la obra de François Gény", en *Quaderni Fiorentini*, núm. 20, 1991.

Di Carlo, E., "Il diritto naturale nel sistema di interpretazione di F. Gény".

Di Carlo, E., "Le droit naturel dans le système d'interprétation de Gény", y Sedlacék, J., "L'oeuvre de François Gény et la science du droit pure", en AA.VV., *Recueil D'Etudes sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény*, vol. 1, Librairie du Recueil Sirey, París, 1934.

Dworkin, R., *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 2012.

Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Marcial Pons, Madrid, 2005.

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

Ehrlich, E., *I fondamenti della sociología del diritto*, Giuffrè, Milano, 1976.

Ehrling, E., "Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho libre" (1989-1903), en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Mochón, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Ehrling, E., "Respuesta a Kelsen" y "Réplica a Kelsen", en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Prólogo (Czernowitz, junio de 1903).

Ehrling, E., "Sociología y jurisprudencia" (1906), en Ehrling, E., *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad., notas y estudios preliminares de J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Mochón, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Esser, J., *Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico*, en *Nuova Riv.di Dir. Comm.*, V, 1952.

Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1956), trad. E. Valentí Fiol, Barcelona, Bosch, 1961.

Fassó, G., *Historia de la filosofía del Derecho*, t.III, Madrid, Pirámide, 1981.

Frank, J., *La influencia del Derecho Europeo Continental en el "Common Law"*, trad. José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1957.

Frank, J., *Law and the Modern Mind*, Nueva York, 1930.

Franklin, M., "M.Gény and juristic Ideals and Method in the Unites States".

Friedrich, C.J., *La filosofía del Derecho*, FCE, México D.F., 1964.

Fuller, L.L., *Anatomía del Derecho*, Monte Avila Editores, Caracas (Venezuela).

Gadamer,H.G., "La naturaleza de la cosa y el lenguaje de las cosas" (1960), en Gadamer, H-G., *Verdad y método*, Tomo II, 4<sup>a</sup> ed., Sígueme, Salamanca, 2000.

Gadamer, H.G., *Verdad y método*, vol. 2, 8<sup>a</sup> edición, Sígueme, Salamanca, 1999 (Tomo I. 8<sup>a</sup> ed.), 2000 (Tomo II, 4<sup>a</sup> ed.).

Geiger, T., *Estudios preliminares de sociología del Derecho*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

Gény, F., *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, vol. I, Paris, Sirey, 1914.

Gény, F., *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, vol. II, Paris, Sirey, 1915.

Gény, F., *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, vol. III, Paris, Sirey, 1921.

Gény, F., *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, vol. IV, Paris, Sirey, 1924.

Gény, F., "Justice et force: pour l'intégration de la force dans le droit", *Études à la mémoire d'Henri Capitant*, París, 1939.

Gény, F., «L'evolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française», *Études offertes à G. Ripert*, París, 1950.

Gény, F., "La notion de droit en France", *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, núms.1-2, 1931.

Gény, F., "Los métodos de elaboración del derecho civil", en AA.VV., *Les méthodes juridiques*, París, 1911.

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

Gény, F., *Métodos de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*, Prólogo de R. Saleilles, edición y estudio preliminar, "El pensamiento científico-jurídico de Gény", 2000, (págs. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

Gény, F., "El conflicto del Derecho Natural y de la Ley Positiva" (1929), en Gény, F., *La libertad en el Derecho. Entre certeza e incertidumbre*, trad. y edición de M.J. Bernuz Beneitez, Epílogo de J.I. Lacasta Zabalza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

Gény, F., "La laicidad del Derecho Natural" (1933), en Gény, F., *La libertad en el Derecho. Entre certeza e incertidumbre*, trad. y edición de M.J. Bernuz Beneitez, Epílogo de J.I. Lacasta Zabalza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

Gény, F., "Justicia y fuerza (para la integración de la fuerza en el Derecho)" (1939), en Gény, F., *La libertad en el Derecho. Entre certeza e incertidumbre*, trad. y edición de M.J. Bernuz Beneitez, Epílogo de J.I. Lacasta Zabalza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

Gény, F., "Ultima Verba" (1951), en Gény, F., *La libertad en el Derecho. Entre certeza e incertidumbre*, trad. y edición de M.J. Bernuz Beneitez, Epílogo de J.I. Lacasta Zabalza, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

Gierke, O.von., *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, conferencia pronunciada en Viena, el día 5 de abril de 1889, y reeditada después, *Deutsches Rechtsdenken*, colección dirigida por E. Wolf, cuaderno 12, Frankfurt/M, 1949.

Gierke, O.V., *La función social del Derecho privado y otros estudios*, trad. J.M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, "La teoría jurídica y social de O.V. Gierke: teoría del Derecho social y de las personas colectivas" (págs. IX-LXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2015.

Gierke, O.V., *Las raíces del contrato de servicios*, traducción y comentario crítico de G. Barreiro González, Civitas, Madrid, 1982.

Gierke, O. V., *Teorías políticas de la Edad Media*, trad. de J. Irazusta, Huemul, Buenos Aires, 1963.

Gierke, O. V., *Teorías políticas de la Edad Media*, edición de F. W. Maitland, estudio preliminar de B. Pendás y traducción del alemán y del inglés por P. García-Escudero, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995.

Guastini, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. J. Ferrer i Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999.

Guastini, R., "Interpretación judicial y creación del derecho", en Guastini, R., *Lecciones de teoría del Derecho y del Estado*, trad. J.J. Monroy Palacios y M. Monroy Palacios, Lima, Communitas, 2010.

Gurvitch, G., *Elementos de Sociología Jurídica*, Edición crítica española y Estudio preliminar, "Pluralismo jurídico y Derecho Social: La sociología del Derecho de Gurvitch" (pp.XIII-CXLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2001.

Gurvitch, G., *Eléments de sociologie juridique*, París, 1940.

Gurvitch, G., *La Idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia Doctrinal Desde El Siglo XVII Hasta El Fin Del Siglo XIX*, traducción, edición y Estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch", de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Colección Crítica del Derecho), 2005.

Gurvitch, G., *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, París, 1935.

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

Gurvitch, G., *L'idée du Droit Social. Notion et Système du Droit Social. Historie Doctrinale depuis le XVII siècle jusqu'à la fin du XIX siècle*, Préface de Louis le Fur, Librairie du Recueil Sirey, París, 1932 (reimpresión alemana, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1972).

Gurvitch, G., "Théorie pluraliste des sources et du droit positif", en *Ann. Inst. Philos. du Droit et de Soc. Jurid.*, 1934.

Hernández Gil, A., *Metodología de la ciencia del Derecho. Obras completas. Tomos I y V*, Madrid, Espasa-Calpe, 1987-1988.

Habermas, J., "Derecho y Moral", en Sobrevilla, D.(Comp.): *El derecho, la política y la ética*, Siglo XXI, México, 1991.

Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. e introducción de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.

Heck, *El problema de la creación del Derecho*, trad. Manuel Entenza (Manuel Sacristán Luzón), edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 1999.

Husserl, E., *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*, trad. J. Muñoz y S. Mas, Editorial Crítica, Barcelona, 1991.

Ihering, R., *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. por E. Príncipe y Satorres, Revisión, edición y estudio preliminar, "Ihering, ensayo de explicación" (págs. XVII-LXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, edición especial íntegra en su sólo volumen de los 4 tomos originarios, 1<sup>a</sup> edición, 1998, 2<sup>a</sup> edición, 2011, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011.

Jellinek, G., *Fragmentos de Estado*, trad. J. Herrero de Miñón y otros, Civitas, Madrid, 1981.

Kantorowicz, H., *La definición del Derecho*, trad. J.M. de la Vega, Madrid, Revista de Occidente, 1964.

Kantorowicz, H., *La lucha por la ciencia del derecho*, en AA.VV, *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949.

Kantorowicz, H., *Rechtswissenschaft und Soziologie*, ed. de Würternberger, 1962.

Kocourek, A., "Libre recherche in America", en AA.VV., *Recueil...*

Leiter, B., *Naturalismo y teoría del Derecho*, trad. y estudio introductorio de Giovanni Battista Ratti, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2012. [Versión original: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2007].

Leiter, B., "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", 76 Tex. L. Rev. 270, 1997.

Levi, E.H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Eudeba, Buenos Aires, 1971.

Lombardi, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975.

Malminen, T., *Los orígenes intelectuales del realismo jurídico*, trad., e Introducción de F.J. Campos Zamora, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Manfred Rehbinder, *Sociología del Derecho*, trad. G. Robles Morchón, Pirámide, Madrid, 1981.

Mayda, J., *François Gény and Modern Jurisprudence*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1978.

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

Menger, A., *El Derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, "Reformismo social y socialismo jurídico: Antón Menger y el socialismo jurídico en España", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998.

Menger, A., *El Derecho al producto íntegro del trabajo/El Estado democrático del trabajo (El Estado socialista)*, edición y estudio preliminar "Derechos sociales y Estado democrático social en Anton Menger", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

Mengoni, L., *Interpretazione en nuova dogmática. L'autorità della dottrina*, USPI, Milano, 1985.

Monereo Pérez, J.L., "Anton Menger", en *Juristas Universales. Justas del S. XIX*, Domingo, R. (ed.), Marcial Pons, Madrid, 2004.

Monereo Pérez, J.L., *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2021.

Monereo Pérez, J.L., *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, Barcelona, 2020.

Monereo Pérez, J.L., "El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto von Gierke", *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, núm. 2, 2020.

Monereo Pérez, J.L., "El pensamiento científico-jurídico de Gény" (2000), estudio preliminar a Gény, F., *Métodos de interpretación y fuentes en el Derecho privado positivo*, Prólogo de R. Saleilles, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

Monereo Pérez, J.L., "El iusrealismo de Oliver Wendell Holmes, entre pragmatismo antiformalista y teoría predictiva de la decisión judicial", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, vol. 14, núm. 1, 2023.

Monereo Pérez, J.L., "El jusrealismo de Roscoe Pound: teoría del derecho como "ingeniería social" y "jurisprudencia sociológica", *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, 2025.

Monereo Pérez, J.L., "El pensamiento científico jurídico de Gény" (págs. XVII-LXXV), Estudio Preliminar a Gény, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

Monereo Pérez, J.L., "El 'Socialismo de cátedra' de Gustav Schmoller en la construcción de la política social moderna", *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, núm. 11, 2017.

Monereo Pérez, J.L., *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Trotta, Madrid, 1999.

Monereo Pérez, J.L., "La 'jurisprudencia sociológica' de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social", estudio preliminar a Pound, R., *La evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

Monereo Pérez, J.L., "La ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático: Hans Kelsen", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, vol. 12, núm. 2, 2022.

Monereo Pérez, J.L., "La Sociología del Derecho de Max Weber: Juridificación, legitimación y racionalización del poder público y privado", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 7, 2023, <https://doi.org/10.24310/rejss7202317160>.

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

Monereo Pérez, J.L., "Legitimación y racionalización del derecho y del poder en la sociología jurídica de Max Weber", en *Revista Derecho del Trabajo (La Ley-Uruguay)*, núm. 40, 2023.

Monereo Pérez, J.L., *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

Monereo Pérez, J.L., *Pluralismo jurídico y Derecho social. La sociología del Derecho de Gurvitch*, Estudio preliminar a la obra de Gurvitch, G., *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2001.

Monereo Pérez, J.L., "Sociología crítica del derecho y teoría jurídica en Hans Kelsen", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 6, 2023, <https://doi.org/10.24310/rejls.vi6.15353>.

Müller, F., *Teoría estructuradora del derecho* (1994), trad. R. Ingrid Jansen dos Santos, rev. M. Gutiérrez de la Fuente, Prólogo de R. Rabinovich-Berkman, Buenos Aires, Astrea, 2020.

Müller, F., *Métodos de trabajo del derecho constitucional: fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico*, trad. S. Gómez de Arteche y Catalina, Marcial Pons, 2006.

Müller, F., "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas", trad. L. Villacorta Mancebo, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989.

Neuborne, B., *Papel de los juristas en la interpretación de la ley en la sociedad americana*, Civitas, Madrid, 1995.

Palombella, G., *Filosofía del Derecho moderna y contemporánea*, versión y edición a cargo de José Calvo González, Tecnos, Madrid, 1999.

Pérez Lledó, J.A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996.

Pound, R., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Tipográfica Edit., 1972.

Pound, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. y estudio preliminar por J. Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2004.

Peset Reig, M., La técnica jurídica fundamental en la obra de François Gény (Un estudio de metodología del derecho), Universidad, Valencia, 1967.

Petit, C., "'A Contributor to the Method of Investigation'. Sobre la fortuna de Gény en América", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 20, 1991.

Puig Brutau, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Bosch, Barcelona, 1951.

Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*, 4ª edición, estudio preliminar, "La filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura jurídica y política" (1999), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999.

Radbruch, G., *La naturaleza de la cosa como forma del pensamiento*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1963.

Ricoeur, P., *Del texto a la acción. Ensayos de Hermenéutica II*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2002.

Ripert, G., *Les forces créatrices du Droit*, París, Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1950.

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

Robles Morchón, G., *Sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Robles Vázquez, J., y Tovar Silva, Y.G., *Teoría jurídica crítica norteamericana. Una introducción los Critical Legal Studies*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2016.

Roermund, B. V., *Derecho, relato y realidad*, Tecnos, Madrid, 1997.

Ross, A., *Lógica de las normas*, trad. J.S.P. Hierro, revisión, edición y estudio preliminar, "Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1963.

Saavedra, M., *Interpretación del Derecho e ideología*, Universidad de Granada, Granada, 1978.

Saavedra, M., *Jurisdicción y Derecho*, México, D.F., 2007.

Santos, B.S., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*, trad. Martín Ramírez, C., y otros, Nota introductoria y revisión de la traducción de C. Lema Añon, Madrid, Trotta, 2009.

Schroth, U., "Hermenéutica filosófica y jurídica", en Kaufmann,A. y Hassemer,W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992.

Tarello,G., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974.

Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962.

Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1967.

Tarello, G., "La Escuela de la Exégesis".

Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980.

Tarello, G., "Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete", en Barcellona, P. (Dir.): *L'uso alternativo del diritto*, t. I, Laterza, Roma-Bari, 1973.

Tarello, G., "Realismo giurídico", en *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974.

Tarello, G., "Sociological Jurisprudence", en Tarello, G., *Cultura jurídica y política del derecho*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2002.

Rodríguez Molinero, M., *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Madrid, 1973.

Stein, P., y Sand, J., *Legal values in Western Society*, Edinburgh, University Press, 1975.

Tanzi, A., *François Gény, tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1990.

Tanzi, A., "Gény e l' análisis empírico del Diritto", en *Sociología del Derecho*, núm. 2, 1988.

Treves, R., "Considerazioni in torno alla sociología giurídica", en *Riv.Trim.Dir.e Proc.Civ.*, 1960.

Treves, R., *El juez y la sociedad*, Estudio preliminar de Elías Díaz, Edicusa, Madrid, 1974.

Treves, R., *La sociología del Derecho*, Nota preliminar de M. Atienza, Ariel, Barcelona, 1988.

## CIENCIA Y MÉTODO JURÍDICO EN FRANÇOIS GÉNY: Ciencia nueva y libre investigación científica (Parte II)

Timsit, G., "Gény, le juge et le silence", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 20, 1991.

Timsit, G., *Les noms de la loi*, PUF, París, 1991.

Unger, R.M., *The Critical Legal Studies Movement*, E. U., Harvard University Press, 1986.

Villey, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*, vol. 1, Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1979.

Villey, M., "Estudes récentes sur Ehrlich et le sociologisme juridique", en A.P.D., 1968.

Villey, M., "François Gény et la rénaissance du droit naturel", en Villey, M., *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1969.

Villey, M., "Historique de la nature des choses", en A.Ph.D, X, 1965.

Villey, M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, París, Dalloz, 1962.

Viola, F. y Zaccaria, G., *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermética del Derecho*, trad. A. Cebeira, A. de Prada y A. Ríchart, Prólogo de G. Robles Morchón, Madrid, Dykinson, 2007.

Weber, M., *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1944.

Weber, M., *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1983.

Weber, M., *Política y Ciencia y otros ensayos de sociología política*, trad. Carlos Correas, revisión, edición y estudio preliminar, "Modernidad y racionalización del Poder y del Derecho. La crítica de la razón instrumental en Max Weber" (págs. IX-LXII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2013.

Weber, M., *Sociología del Derecho*, edición y estudio preliminar, "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología", a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

Wiehweg., *Tópica y jurisprudencia*.

Wittgenstein, L., *Sobre la certeza*, Gedisa, Barcelona, 1988.

Wolf, E., *El problema del Derecho natural*, Ariel, Barcelona, 1960.

Wortley, B.A., "La théorie de sources en droit privé positif de François Gény considérée dans son rapport avec la jurisprudence anglaise".

Zaccaria, G., "La jurisprudencia como Fuente del Derecho: una perspectiva hermenéutica", *Isonomía*, núm. 32, 2010.

Zaccaria, G., *Razón jurídica e interpretación*, trabajos compilados por A. Messuti, Prólogo de G. Robles, Madrid, Civitas, 2004.