

# Derecho en movimiento

**Personas, derechos y derecho  
en la dinámica global**

Edición de  
**Massimo Meccarelli  
y Paolo Palchetti**

Historia del derecho, 33

© 2015 Autores

Editorial Dykinson  
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid  
Tlf. (+34) 91 544 28 46  
E-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9085-333-7  
ISSN: 2255-5137

D.L.: M-9428-2015

Versión electrónica disponible en e-Archivo  
<http://hdl.handle.net/10016/20251>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

Ferdinando Mazzarella

La «Escuela social del derecho» entre Europa y Brasil.  
Encuentros y desencuentros ante las transformaciones de fin de siglo

### 1. *La percepción italiana de un contexto en transformación*

Las proyecciones europeas y latinoamericanas de la «Escuela social del derecho», que floreció en Italia en los últimos veinte años del siglo XIX, ofrecen un escenario rico en contaminaciones, derivaciones y sugerencias, correspondencias y coincidencias, pero también silencios e indiferencias<sup>1</sup>. Cuando en 1881, en un contexto todavía dominado por la ortodoxia exegética, Vadalà-Papale (1854-1921), Cimbali (1855-1887), Gianturco (1857-1907) y Brini (1856-1941) ponían en tela de juicio los postulados de la tradición napoleó-

---

\* Agradezco a Adela Mora y Manuel Martínez Neira su disponibilidad para traducir este texto al castellano. La investigación aquí desarrollada fue posible gracias a sendas ayudas FFR 2012 y CORI 2013 de la Universidad de Palermo.

1 Ya en Ferdinando Mazzarella, *Darwinismo, storicismo, socialità. La «nuova tendenza» di Giuseppe Vadalà-Papale*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 41, 2012, pp. 583-626, se propuso esta denominación de «Escuela social del derecho» (p. 591), en vez de la tradicional de «Socialismo jurídico», para neutralizar las implicaciones derivadas de una engañosa clasificación de carácter político-ideológico. Sobre ello, y más en general para una visión de conjunto del movimiento, Paolo Grossi, «*La scienza del diritto privato*». *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 95-99. Véanse además, por citar solo obras de carácter general, Guido Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 229-236; Michele Cascavilla, *Il socialismo giuridico italiano. Sui fondamenti del riformismo sociale*, Urbino, QuattroVenti, 1987; Paolo Ungari, *In memoria del socialismo giuridico*, «Política del diritto», 1, 1970, parte I, *Le «scuole del diritto privato sociale»*, pp. 241-268, y parte II, *Crisi e tramonto del movimento*, pp. 387-403; los dos volúmenes de «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 3-4, 1974-75, *Il «Socialismo giuridico». Ipotesi e letture*; y por último, también para más referencias bibliográficas, Monica Stronati, *Il socialismo giuridico e il solidarismo*, en *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, ottava appendice, *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 405-412.

nica<sup>2</sup>, comenzaba, para la cultura jurídica europea, una nueva era, el alba de una «nueva tendencia», «positiva» y «social»<sup>3</sup>, de una «nueva fase del derecho civil»<sup>4</sup>. A pesar de la diversidad de los tonos y de los temas, en el corazón de estas primeras intervenciones estaban la redefinición en sentido pluralista del sistema de fuentes, la refundación del estatuto epistemológico del jurista y el replanteamiento en clave solidarista del derecho privado, como consecuencias directas de la inadecuación de un arreglo legislativo, axiológico y cultural superado por los cambios sociales, por el desarrollo económico y por el progreso de la ciencia<sup>5</sup>.

---

2 Giuseppe Brini, *Saggio d'istituzioni del diritto civile italiano. Introduzione e programma*, «Archivio giuridico», 26, 1881, pp. 544-580; Enrico Cimbali, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, Prolesione letta nella Regia Università di Roma il 25 gennaio 1881, Roma, Bocca, 1881, ahora en Id., *Studi di diritto civile*, Torino, Utet, 1900<sup>2</sup>, pp. 1-29; Emanuele Gianturco, *Gli studii di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, 1881, en Id., *Opere giuridiche*, Roma, La Libreria dello Stato, 1947, vol. I, pp. 3-19; Giuseppe Vadalà-Papale, *Il Codice civile italiano e la scienza*, Napoli, Morano, 1881. La coincidencia temporal de las intervenciones de 1881 se ha puesto de manifiesto en varias ocasiones por la historiografía: véanse por ejemplo Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 13-22, y Natalino Irti, *La cultura del diritto civile*, Torino, Utet, 1990, pp. 10-25.

3 Giuseppe Vadalà-Papale, *La nuova tendenza del diritto civile in Italia*, «Rivista di Giurisprudenza di Trani», 8, 1883, ahora Trani, Giovinazzo, 1883.

4 Enrico Cimbali, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, 1885, Torino, Utet, 1895.

5 Sobre los orígenes de la «doctrine du solidarisme», sin duda con ramificaciones pero atribuidos por lo general a Léon Burgeois, *Solidarité*, Paris, Colin et C<sup>ie</sup>, 1896, véanse, para hacerse una idea, Philippe Rémy, *La genèse du solidarisme*, y Pierre Mazet, *Le courant solidariste*, ambos en *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, Paris, Economica, 2004, respectivamente pp. 3-11 y 13-24. Véanse además Nicole et André-Jean Arnaud, *Une doctrine de l'état tranquillisante: le solidarisme juridique*, «Archives de philosophie du droit», 21, 1976, *Genèse et déclin de l'Etat*, pp. 131-151, Michel Borgetto, *La doctrine solidariste de Léon Bourgeois: une nouvelle définition des rapports entre le politique, le social et le droit*, en *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III<sup>e</sup> République*, sous la direction de Carlos-Miguel Herrera, Paris, Kimé, 2003, pp. 35-56, Jacques Donzelot, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1984, especialmente pp. 73-120, y Mario G. Losano, *La questione sociale e il solidarismo francese: attualità d'una dottrina antica*, «Sociologia del diritto», 2008, 1, pp. 5-26. Es útil sin duda la lectura de Célestin Bouglé, *Le solidarisme*, Paris, Giard & Brière, 1907. Para una visión de conjunto Massimo Borlandi, *Solidarité*, en *Dictionnaire de la pensée sociologique*, publié sous la direction de Massimo

La «civilística neotérica»<sup>6</sup> se insertaba entre Exégesis y Pandectística, reivindicando para Italia un cambio metodológico y pidiendo un alejamiento «de los extremos opuestos en los que se rompen la doctrina francesa y la alemana», con el fin de encontrar principios connaturales «a la índole de nuestro espíritu y de nuestras tradiciones nacionales»<sup>7</sup>. Recuperando un puesto de primer orden entre las fuentes, el jurista advertía la responsabilidad de su función social, se situaba junto al legislador como órgano de manifestación de lo jurídico, instrumento de interpretación del derecho y de adecuación de la ley. Con la consecuencia, en primer lugar, de sentirse legitimado para propugnar, mediante escritos, notas, decisiones y proyectos, una reforma de la legislación capaz de reflejar la evolución de las relaciones económico-sociales, de resolver «los problemas correspondientes a las exigencias científicas, económicas y sociales de la vida contemporánea»<sup>8</sup>.

Que no se estaba ante meras anticipaciones, premisas de un movimiento

---

Borlandi, Raymond Boudon, Mohamed Cherkaoui, Bernard Valade, Paris, PUF, 2005, pp. 656-657, Rodney Coates, *Solidarity*, en *The Blackwell Encyclopedia of Sociology*, edited by George Ritzer, Malden (USA) Oxford (UK) Carlton (Australia), Blackwell, 2007, vol. IX, pp. 4612-4615, y Rainer Zoll, *Solidarietà*, en *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1998, vol. VIII, pp. 240-255.

6 Grossi, «*La scienza del diritto privato*», cit., pp. 15-16.

7 Cimbali, *Lo studio del diritto civile*, cit., pp. 17-18. Sobre las inquietudes, a finales del siglo XIX, de una parte de la cultura jurídica italiana, dividida entre fidelidad a la tradición, instancias de renovación y búsqueda de un método «nacional», véanse, con una finalidad orientativa, Alpa, *La cultura delle regole*, cit., pp. 150-239; Adriano Cavanaugh, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento*, en *Studi di storia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2001, vol. III, pp. 719-753; Giovanni Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2011; Id., *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 40, 2011, *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, vol. II, pp. 781-812; Pasquale Femia, *Sulla civilistica italiana del primo Novecento. Alcuni quadri e una cornice*, en Pietro Perlingieri e Antonella Tartaglia Polcini (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, ESI, 2013, pp. 33-103; Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 13-70; Id., *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002; Irti, *La cultura del diritto civile*, cit.; Id., *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1982; Francesco Macario e Michele Lobocono, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova, Cedam, pp. 21-47.

8 Alfredo Tortori, *Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato*, «La scienza del diritto privato», 3, 1895, p. 569.

por definirse, sino ante los elementos constitutivos de una escuela en toda regla, sostenida por decenas de juristas, colmada de corrientes y orientaciones, con periódicos y revistas, pareció claro desde el principio, en primer lugar a aquellos que la clasificaron, quizás para “exorcizar” su valor “subversivo”, bajo la «engañoso» etiqueta de «socialismo jurídico»<sup>9</sup>. Los «neotéricos» lanzaron una piedra que agitó las aguas tranquilas del estanque legalista, produciendo una ola destinada a encontrar las tendencias análogas que estaban germinando en la crisis de fin de siglo a una y otra orilla del Atlántico. Un encuentro obligado a nivel de las sugerencias, de los contenidos y del método, pero no siempre consumado, declarado y formalizado; un diálogo tangible, paradójicamente, más en la larga distancia que en la corta, más con las jóvenes

---

9 «Engañosa» es el adjetivo sugerido por Grossi, “*La scienza del diritto privato*”, cit., p. 95, para calificar la fórmula propuesta por Achille Loria, *Socialismo giuridico*, «La scienza del diritto privato», 1, 1893, pp. 519-527, ahora en Id., *Verso la giustizia sociale (idee, battaglie ed apostoli)*, Milano, Sel, 1908, pp. 485-491. De «indiscutible ambigüedad» – también según Ungari, *In memoria del socialismo giuridico*, cit., parte I, p. 245 – la fórmula de Loria, como es sabido, provocó la inmediata reacción de Ercole Vidari (*Sul socialismo giuridico del Prof. Loria*, «La scienza del diritto privato», 1, 1893, pp. 577-582) y de Giuseppe D’Aguanno (*Ancora sul socialismo giuridico del Prof. Loria*, ivi, pp. 641-643). La inadecuada referencia al socialismo habría sido ampliamente manifestada ya por los primeros observadores, como Francesco Cosentini, *Il socialismo giuridico*, en *Studi storici e giuridici dedicati ed offerti a Federico Ciccaglione nella ricorrenza del XXV anniversario del suo insegnamento*, Catania, Giannotta, 1910, vol. II, pp. 157-280, Benvenuto Donati, *Il socialismo giuridico e la riforma del diritto*, Torino, Bocca, 1910, y Gioele Solari, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato (1906)*, edición póstuma realizada por Paolo Ungari, Milano, Giuffrè, 1980. La etiqueta, por otro lado, fue rechazada también por aquellos, como Sergio Panunzio, *Il socialismo giuridico. Esposizione critica*, Genova, Libreria Moderna, 1906, que partiendo de críticas de “izquierdas” estigmatizaron, en nombre del predominio de la «estructura» económica, la vía del reformismo jurídico. También la historiografía francesa, como ponen de manifiesto las reflexiones de André-Jean Arnaud-Nicole Arnaud, *Le socialisme juridique à la ‘Belle Époque’: visages d’une aberration*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 3-4, 1974-75, *Il “Socialismo giuridico”*, cit., vol. I, pp. 26-54, subraya la distinción entre el «socialismo jurídico», marcado por su carácter ideológico, y las tendencias sociales y sociológicas del solidarismo. Léase, para una introducción sobre los juristas “militantes” franceses, Frédéric Audren, *Pistes pour une histoire intellectuelle des juristes socialistes sous la III<sup>e</sup> République*, «Cahiers Jaurès», 156, avril-juin 2000, *Socialismes des juristes*, pp. 5-12. Véase también, por último, Dario Di Cecca, «*Il socialismo dei giuristi*». *Per una ricerca sul socialismo giuridico francese*, «Historia et ius», 3, 2013, pp. 1-10.

es y lejanas escuelas de la América Latina que con las sólidas y cercanas de la Europa continental.

## 2. *Un horizonte común. “Heterodoxias” europeas a finales del siglo XIX*

La experiencia italiana entrelazaba los temas del positivismo científico y del historicismo, de la sociología y del darwinismo, del evolucionismo y del organicismo, abarcando muchas de las mismas ideas que iban a marcarla «libre investigación científica» y el «movimiento del derecho libre», consagrados como productos de la cultura francesa y alemana<sup>10</sup>. Sin embargo, a pesar de que las primeras reflexiones significativas de Eugen Ehrlich (1855-1912) se remontan a 1888<sup>11</sup>, los llamados manifiestos del «Freirecht» a 1903 y a 1906, y los primeros trabajos metodológicos de Saleilles (1855-1912) y Géný (1861-1959) a 1890 y a 1899, las referencias a los juristas italianos – al margen de algunas citas esporádicas – fueron bastante marginales por no decir inexistentes<sup>12</sup>.

Todavía en 1910, casi treinta años después del nacimiento de la escuela italiana, Hermann Kantorowicz (1877-1940), quizá el exponente más representativo de la «Freirechtsbewegung», tras haber reconstruido los orígenes del movimiento y recordado los nombres de los juristas «modernos» provenientes de Alemania y de Francia, creyó que podía desatender, por su escasa notoriedad, «die italienischen, belgischen, holländischen, russischen Namen»<sup>13</sup>.

10 Luigi Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 209-211.

11 Eugen Ehrlich, *Über Lücken im Rechte*, «Juristische Blätter», 17, 1888, pp. 447-630.

12 Algunas “tímidas” citas sobre todo en los franceses, por ejemplo en Édouard Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, tome I, *Les Conceptions étroites ou unilatérales*, Paris, Giard & Brière, 1903, p. 59, en François Geny, *Science et Technique en droit privé positif*, Première Partie, Paris, Sirey, 1914, p. 35, nota 2, y en Raymond Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, en *Le Code civil. 1804-1904. Livre du centenaire*, Paris, Rousseau, 1904, Paris, Dalloz, 2004, pp. 111-114. Es distinta la consideración que de los juristas italianos tuvieron en España: véase Bartolomé Clavero, *Noticia del socialismo jurídico en España*, «Sistema. Revista de ciencias sociales», 28, 1979, pp. 91-106, y Carlos Petit, «Qualcosa che somiglia all'ammirazione» - *Ecoss de la Civilística italiana en España*, «Anuario de Derecho Civil», 57, 2004, pp. 1429-1478.

13 Hermann Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, en *Verhandlungen des*

Unos años antes, en 1903, entre los “compañeros” extranjeros Ehrlich solo incluyó a Gény<sup>14</sup>, mientras en 1906 el propio Kantorowicz concluyó que solo tras Stammler (1865-1938) y Ehrlich «erheben sich von allen Seiten, aus Theorie und Praxis, in Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, im öffentlichen und Privat-Recht, in Deutschland und Frankreich Stimmen, die, täglich an Zahl und Entschiedenheit zunehmend, der Jurisprudenz die Umkehr predigen»<sup>15</sup>.

La cuestión es que, examinando a fondo los nexos entre las tendencias italianas, francesas y alemanas, surgen tantos puntos de contacto que no parece que las primeras puedan considerarse como intuiciones aisladas y ocasionales, tal como se acostumbra a hacer, por ejemplo, con las ideas de Bülow (1837-1907)<sup>16</sup> y de Jhering (1818-1892)<sup>17</sup>, ni que puedan considerarse los italianos como meros «precursores» de la «Freirechtsbewegung»<sup>18</sup>, tal como se

---

*Ersten deutschen Soziologentages vom 19. bis 22. Oktober 1910 in Frankfurt am Main, Tübingen, Mohr, 1911, pp. 275 ss., ahora en Id., Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, herausgegeben von Thomas Würtenberger, Karlsruhe, Müller, 1962, p. 125. En p. 134, nota 27, el solo recordó, como exponentes de la «concepción sociológica del derecho», a Brini y a «die italienischen Anhänger der „soziologischen“ Strafrechtsschule, Ferri, Garofalo».*

14 Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903, Leipzig, Hirschfeld, 1903, pp. IV-V.

15 Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Winter, 1906, ahora en Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, cit., p. 14.

16 Oskar Bülow, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1885, Berlin, BWV, 2003, pp. 1-43. El trabajo de 1885 de Bülow se considera como «un precursor» del movimiento del derecho libre por Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, Springer, 1960. Acerca de los motivos de su posible “mitificación” véase Thomas Henne, Carsten Kretschmann, *Ein Mythos der Richterrechtsdiskussion: Oscar Bülow, Gesetz und Richteramt (1885)*, «Ius Commune», 26, 1999, pp. 211-237.

17 En particular Rudolf von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1891<sup>4</sup>. De hecho, es precisamente por su atención al «tatsächliches Recht» por lo que Jhering es considerado a menudo como «el fundador de la jurisprudencia sociológica», como el precursor tanto del «movimiento del derecho libre» como de la «jurisprudencia de intereses» (Mario Losano, *Introduzione a Rudolf von Jhering, Lo scopo nel diritto*, cit., pp. XLI y LXIV-LXIX).

18 «Generación de los precursores» es la expresión de Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Torino, Einaudi, 1972, p. 229.

hace con Adickes (1846-1915)<sup>19</sup> y Kohler (1849-1919)<sup>20</sup>. Más allá de las citas y de los reconocimientos recíprocos, los componentes heterodoxos de la cultura jurídica europea confluían en un terreno común, compartían, quizá inconscientemente, el malestar ante cualquier forma de inmovilismo (según el desafío de Cimbali, «que se inquieten los *inmovilistas* de la ciencia, lanzando por doquier gritos de alarma y de terror»)<sup>21</sup>, la intolerancia ante el marco “absolutizado” de la fuente legislativa y la crítica contra un derecho marcado por el individualismo<sup>22</sup>.

Se está ante un contexto histórico, económico, político, social y científico,

---

19 Franz Adickes, *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, Cassel & Goettingen, Wigand, 1872.

20 Josef Kohler, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, «Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart», 13, 1886, pp. 1-61. Véase, sobre el papel de Kohler, Klaus Riebschläger, *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, pp. 27-32.

21 Enrico Cimbali, *Le obbligazioni civili complemento e funzione della vita sociale*, Prolusione leída el 25 gennaio 1887 nella R. Università di Messina, en Id., *Studi di diritto civile*, Torino, Ute, 1900<sup>2</sup>, p. 318. Sobre Cimbali, además de Grossi, “*La scienza del diritto privato*”, cit., pp. 20-24 y 35-39, véase Cascavilla, *Il socialismo giuridico italiano*, cit., pp. 113-123, Adolfo Di Majo, *Enrico Cimbali e le idee del Socialismo giuridico*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 3-4, 1974-75, tomo I, pp. 384-429, y Stefano Solimano, *Cimbali Enrico*, en *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, curato da Ennio Cortese, Italo Biocchi, Antonello Mattone e Marco Miletti, Bologna, Il Mulino, 2013, vol. I, pp. 540-543.

22 «Una profunda inspiración común, más importante que los desacuerdos», basada en el «descubrimiento de la irrenunciable, indiscutible y necesaria libertad del jurista para encontrar el derecho», como escribe Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 209-216, que sin embargo limitó el discurso «al mundo jurídico alemán», con la sola excepción conocida de Géný. Un clima general de reacción al formalismo interpretativo, en busca de nuevas legitimaciones fundamentales del derecho bajo la influencia de las ciencias naturales, de las ciencias sociales y del positivismo científico, como aclara Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, trad. it. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, Milano, Giuffrè, 1980, vol. II, pp. 307-346. Vale la pena releer las reflexiones de Guido Fassò, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1972, pp. 897-952. Resulta útil para desenvolverse entre el formalismo interpretativo y las variantes del iusrealismo Mauro Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, en Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 1-21.

que impone a los juristas, al menos a los «juristes inquiets», una reflexión improrrogable, de la que surgen opciones metodológicas, propuestas de reforma y nuevas concepciones del Estado<sup>23</sup>. Cimbali no es Ehrlich, Vadalà-Papale no es Gény, D'Aguanno (1862-1908) no es Kantorowicz y Simoncelli (1860-1917) no es Fuchs (1859-1929), pero todos perciben la complejidad de un universo – real, social, económico, histórico o ético – que escapa a la uniformidad simplista diseñada por el legislador, todos comparten las mismas premisas historicistas, todos piden la vuelta a un derecho que sea sustancia y la revitalización de la unión entre lo jurídico y lo social: la línea en la que se mueven es la de un derecho que trasciende su envoltura legislativa, para que la ley deje de ser fuente y se transforme en espejo de un derecho que vive su propia vida dentro de un panorama de fuentes marcado por la pluralidad y por su carácter jurisprudencial. Quizá no sea posible recuperar las huellas de un diálogo formal entre los protagonistas, pero existen sin duda una sensibilidad común, una coincidencia en el método y una fusión de ideas que obligan a valorar – antes que el impacto del derecho libre en Italia – la influencia que la neotérica italiana tuvo, si no directamente sobre el movimiento del derecho libre, sí al menos sobre el movimiento cultural de la Europa de finales del siglo XIX<sup>24</sup>.

### 3. *La nueva perspectiva del jurista*

En la consideración del jurista “moderno”, en primer lugar, parece aflorar un distinto orden de prioridades, en cuyo seno los hechos económicos y socia-

---

23 Marie-Claire Belleau, *Les juristes inquiets: classicisme juridique et critique du droit au début du XX<sup>e</sup> siècle en France*, «Les Cahiers de Droit», 40, 1999, pp. 507-544.

24 Parece en cambio estar arraigada la idea, expuesta por ejemplo por Karlheinz Muscheler, *Relativismus und Freirecht. Ein Versuch über Hermann Kantorowicz*, Heidelberg, Müller, 1984, p. 132 y nota 184, o por Norberto Bobbio, *Introduzione a Hermann Kantorowicz, La definizione del diritto*, Torino, Giappichelli, 1962, pp. 5-14, de que la cultura jurídica italiana solo recogió el pensamiento de los juristas franceses y alemanes; idea condensada por Renato Treves, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 1987, pp. 84-90 y 103-132, según el cual los «movimientos de rebelión contra el formalismo» que más contribuyeron a imponer la concepción sociológica del derecho tuvieron su patria en Francia y en Alemania, y solo después fueron seguidos por los italianos (Ascarelli, Ascoli, Cesarini Sforza), mientras los del llamado «socialismo jurídico» fueron anticipaciones, todo lo más «un precedente de la actual sociología del derecho» (p. 86).

les vuelven a alcanzar un lugar preeminente<sup>25</sup>. En el origen de las peticiones que fomentaron la búsqueda de orientaciones alternativas a las dominantes se encontraba la «falta de armonía» entre las «leyes» y las «exigencias de la sociedad moderna»<sup>26</sup>, el abismo entre el sistema normativo de tradición napoleónica, ideado para una economía agraria, basado en la propiedad y confeccionado a la medida del individuo, y una realidad socioeconómica de carácter industrial, articulada en grupos de interés y clases sociales, con divisiones complejas – como señaló Gianturco – en identidades subjetivas diferenciadas y «desiguales»: «usureros» y «plebeyos», «propietarios» y «campesinos», «empresarios» y «trabajadores»<sup>27</sup>. La revolución cultural del siglo

---

25 Para una perspectiva histórica que intenta repasar el comportamiento variable de la relación entre hecho y derecho véase Massimo Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, con las precisiones, si se desea, que se han sugerido en Ferdinando Mazzarella, *Fatto e diritto. Tradizione e progetto*. «Territori di confine», «Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo», 54, 2010-2011, pp. 181-199. Sobre las simplificaciones anheladas por el modelo liberal de Estado de derecho, permítaseme remitir, también para la bibliografía (en primer lugar los trabajos de Maurizio Fioravanti), a Ferdinando Mazzarella, *La semplicità immaginaria. Apogeo e crisi dello Stato liberale di diritto*, «Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica», 16, 2011, *Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, pp. 57-79, e Id., *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello Stato liberale di diritto*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 41, 2012, pp. 329-397.

26 Como se puede leer en las páginas introductorias del primer número de «La scienza del diritto privato» (1893) escritas por los dos directores Giuseppe D'Aguanno y Alfredo Tortori.

27 Emanuele Gianturco, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, 1891, ahora en Id., *Opere giuridiche*, cit., vol. II, pp. 262-269. Sobre la progresiva caída de los paradigmas individualistas idealizados en la codificación napoleónica sigue siendo valiosa la obra de André-Jean Arnaud, *Les juristes face à la société du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975 (y del mismo véase *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, a cura di Francesco Di Donato, Napoli, Jovene, 1993). Para evaluar el cambio, son significativas las reflexiones, a principios del siglo, de Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912. Véanse además, con distintas perspectivas, Pio Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, en especial pp. 22-37; Jean Maillet, *Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2, 1973, pp. 111-145; Paolo Grossi, *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra Medioevo ed età moderna*, Napoli, Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, 2003; Id., *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, en Id., *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Mila-

XIX – que, a través del positivismo científico y de la sociología, del darwinismo social y del evolucionismo, del análisis económico y del socialismo, cambió el punto de observación de la idea al hecho, de los conceptos a la realidad, de la ley a la sociedad – desenmascaró «el error de nuestro Código al colocar al individuo como eje de todos los derechos» y al considerar «todas las relaciones de orden público y privado y todas las diferentes instituciones jurídicas [...] exclusivamente bajo el punto de vista de la utilidad que pueden proporcionar al individuo»<sup>28</sup>.

Al quitarse los lentes deformantes del individualismo jurídico (la «abstracción» del «individuo aislado»<sup>29</sup>) los “evolucionistas” italianos valoraban los cambios de una sociedad cuya fisonomía, en continua transformación como la de cualquier organismo vivo, salía alterada del proceso de industrialización, renovada por los «progresos de la industria y de los medios de comunicación», modernizada por la «introducción de la maquinaria» y de la «gran industria»<sup>30</sup>. «Antes que personas físicas que actúan aisladamente y por sí mismas» – subrayaba Cimbali – «el sistema fisiológico del cuerpo social» presentaba «instituciones conformadas a modo de otros tantos órganos, cuyo tejido se compone de personas y de bienes, de individuos y del patrimonio unido a ellos y en ellos consolidado, como los miembros y los tejidos de los cuerpos orgánicos constan, sin excepción, de células y de materia intracelular»<sup>31</sup>.

---

no, Giuffrè, 2006, pp. 217-232. Sobre la figura de Emanuele Gianturco véase los trabajos recogidos en Aldo Mazzacane (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Napoli, Liguori, 1987. Remito además a Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 44-46, y también, para referencias bio-bibliográficas en profundidad, a Ferdinando Treggiari, *Emanuele Gianturco*, en *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, cit., pp. 413-416, e Id., *Emanuele Gianturco: l'educazione di un giurista (Aspetti dell'insegnamento del diritto in Italia tra Otto e Novecento)*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1986, pp. 1235-1276.

28 Giuseppe D'Aguanno, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultanze delle scienze antropologiche e storico-sociali con applicazioni pratiche al Codice vigente*, Torino, Bocca, 1890, p. 19. Sobre estos temas, véase el análisis exhaustivo de Grossi, «*La scienza del diritto privato*», cit., pp.101-140.

29 Tortori, *Individualismo e socialismo*, cit., p. 592. Sobre Tortori, Grossi, «*La scienza del diritto privato*», cit., pp. 75-88, y por último Paolo Passaniti, *Tortori Alfredo*, en *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., vol. II, p. 1969.

30 Giuseppe D'Aguanno, *La riforma integrale della legislazione civile*, «*La scienza del diritto privato*», 1, 1893, p. 43.

31 Enrico Cimbali, *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro*

El individuo conservaba un papel vital «en la composición de los tejidos y de los órganos sociales», pero ahora se desempeñaba en el seno de grupos y de organizaciones de «unidades socialmente activas» consistentes en «combinaciones personales y patrimoniales»<sup>32</sup>. «La tendencia a la asociación del capital y del trabajo, a compartir los frutos de la tierra entre el propietario y el agricultor, las manifiestas sociedades de capital e industria y las continuas asociaciones para el mayor desarrollo individual» legitimaban la profecía de una «civilización moderna» en la que «el individualismo desaparecerá para ceder su puesto a las *instituciones sociales*»<sup>33</sup>. Sin conexión «con otros individuos» – resumía D’Aguanno – la «persona aislada» se mostraba «tanto más incapaz [...] cuanto más complejo es el organismo social»: solo organizándose en «múltiples asociaciones que ofrezcan fines industriales, científicos, literarios, comerciales, de beneficencia, de socorro mutuo» lograría el individuo «nueva fuerza para luchar en las batallas de la vida», mientras que «con los principios puros del individualismo, con el *selfgovernment* que parece informar nuestro código» se caería inevitablemente «bajo el dominio de la fuerza»<sup>34</sup>.

En 1892, en una intervención sobre el tema de la socialización del derecho privado, Ehrlich parecía partir de las mismas premisas y confirmaba la distancia entre «Rechtsordnung» y «Geiste der Zeit», entre la «archaisierende Tendenz der Rechtsordnung» y la imparable evolución de todo lo que no tenía forma legislativa: «der Körperbau, die Intelligenz und das Gefühlsleben, die Religion, Sprache, Literatur, Sitten und Gebräuche»<sup>35</sup>. La sociedad industrial presentaba una estructura muy distinta a la idealizada a principios de siglo y «die heutige Privatrechtsordnung» contrastaba claramente «mit der Produktionsweise und den sozialen Verhältn-

---

*forza obbligatoria*, «Archivio giuridico», 1 y 2, 1884, luego en Id., *Studi di diritto civile*, cit., p. 52.

<sup>32</sup> Ivi, pp. 52-53.

<sup>33</sup> Giuseppe Vadalà-Papale, *Darwinismo naturale e darwinismo sociale. Schizzi di scienza sociale*, Roma-Torino-Firenze, Loescher, 1883, p. 393.

<sup>34</sup> D’Aguanno, *La genesi e l’evoluzione del diritto civile*, cit., pp. 157-158. Sobre la figura, la vida y las obras de Giuseppe D’Aguanno, permítaseme remitir a Ferdinando Mazzarella, *D’Aguanno Giuseppe*, en *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., vol. I, pp. 627-628.

<sup>35</sup> Eugen Ehrlich, *Die soziale Frage im Privatrechte*, «Juristische Blätter», 21, 1892, pp. 97-135, ahora en Id., *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, herausgegeben von Manfred Rehbinder, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, p. 24.

issen unserer Zeit»<sup>36</sup>: hasta la *Grundlegung* de 1913 se venía repitiendo que «die Fortschritte der Technik und Ökonomik» habían aumentado el poder de la clase propietaria y obligado a los trabajadores a reunirse en asociaciones en un entorno lleno de fábricas, ferrocarriles y empresas<sup>37</sup>, un tejido conectivo atravesado por «Käufe, Mieten, Pacht-, Dienst- und Lohnverträge»<sup>38</sup>; un espacio social lleno no solo de familias, sino de «Aktien-gesellschaften, Transportunternehmungen, Genossenschaften, Banken, Börse, Terminhandel», en el que «anders als einst steht heute der Herr dem Diener, der Unternehmer dem Eigentümer, der Erzeuger dem Kunden gegenüber»<sup>39</sup>.

Las «créations d'ordre économique», como constataba Saleilles entre 1899 y 1904, habían trastornado «les rapports juridiques entre le capital et le travail, entre ceux qui produisent et ceux qui consomment», generando nuevos derechos y necesidades, determinando, según un proceso causal que dependía en igual medida de «certaines découvertes sociologiques», la aparición de un orden social marcado cada vez más por lógicas de «solidaridad», en vez de espacios de «indépendance» gobernados por «individualités» aisladas<sup>40</sup>. Con sus consolidaciones organizativas, la estructura supraindividual de la sociedad volvía a la persona «conditionnée et délimitée par l'intérêt collectif du groupe», demandando una red protectora encaminada «non plus à l'individu abstrait, considéré sous le rapport de son développement virtuel, mais aux êtres vivants et concrets dont se compose le groupe qui la constitue»<sup>41</sup>.

En este contexto – proseguía Saleilles – en lugar de plegarse al «monde nouveau», a las «transformations économiques et sociales», parecía que el de-

---

36 Ivi, p. 26.

37 *Ibidem*.

38 Eugen Ehrlich, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, Inaugurationsrede, gehalten am 2. Dez. 1906, Leipzig und Wien, 1907, ahora en Id., *Gesetz und lebendes Recht*, cit., p. 129.

39 *Ibidem*. Conceptos repetidos también en Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913, unveränderter Neudruck München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1929, cap. XVII, p. 316.

40 Raymond Saleilles, *Préface* a François Génys, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Maresq, 1899, pp. II-III. Véase, sobre estos rasgos específicos, Frédéric Tellier, *Le droit à l'épreuve de la société. Raymond Saleilles et l'idée du droit social*, «Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique», 20, 1999, pp. 147-177.

41 Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., pp. 110-111.

recho permanecía inmóvil, y la doctrina y la jurisprudencia se enroscaban en torno a la «volonté stricte du législateur de 1804»<sup>42</sup>. Mientras el modelo de los códigos permanecía aferrado «fermement au règne exclusif et suffisant de la loi (écrite)»<sup>43</sup>, reproduciendo la imagen de una sociedad agraria sencilla e individualista – compartía en 1900 Géný – «tous les progrès de l'industrie et du commerce contemporains, les transformations d'ordre économique, les suggestions des besoins actuels» determinaban en el siglo XIX «tout un renouveau d'organisation sociale»<sup>44</sup>, poniendo de manifiesto «l'immense complexité», «la mouvance incessante», «l'inépuisable richesse et la prestigieuse variété», «l'essence complexe et mouvante de la vie sociale»<sup>45</sup>. Respecto a «cette fondamentale discordance entre le Droit positif et la vie soumise à son empire», era indispensable redefinir el sistema de fuentes<sup>46</sup>, volver a formular el concepto de «droit positif», reflexionar sobre la propia noción de derecho, inaceptable ya «comme une discipline simplement autoritative», «un ensemble arbitraire, mis en oeuvre par un art de chicane»<sup>47</sup>.

Así, algunos años después, Fuchs podía sugerir un viaje imaginario «durch Deutschland vor hundert Jahren» para comprobar cuán alejado estaba el contexto económico de principios del siglo XIX – con la lentitud del servicio de correos y de los medios de transporte, el «dorfähnlichen Charakter» de los asentamientos urbanos, el sistema cerrado de producción agraria, el «handwerksmäßigen Charakter der Großindustrie und des Handels» – del de principios del siglo XX, transformado y complicado por los progresos «der Technik und Industrie, des Verkehrswesens, der Eisenbahnen und Seeschifffahrt, der Telegraphie und Telephonie», por el incremento «der Eisen-, Stahl- und Steinkohleproduktion», por el desarrollo «des Großhandels und des Bankwesens», por el aumento «der literarischen und künstlerischen Produktion», y

---

42 Id., *Préface*, cit., p. III.

43 François Géný, *La notion de droit positif à la veille du XX<sup>e</sup> siècle. Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l'Université de Dijon. Le 8 novembre 1900*, Dijon, Venot, 1900, p. 15.

44 Ivi, p. 11.

45 Ivi, pp. 14, 21 y 27.

46 Ivi, p.10.

47 Ivi, p. 11. Se centró en detalle sobre la conexión entre «conciencia de la complejidad de la realidad» y exigencia de renovación epistemológica y metodológica Paolo Grossi, *Ripensare Géný*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 20, 1991, ahora en Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 157-170.

por la «moderne Arbeiter- und Gewerkschaftsbewegung»<sup>48</sup>. Habían cambiado «der wirtschaftliche und soziale Organismus der modernen Völker, ihr Handel, ihre Industrie, ihre Krediteinrichtungen, ihre Vergesellschaftungen im weitesten Sinn»<sup>49</sup>. Junto a la economía, había cambiado la fisonomía social, que se había alejado del modelo basado en relaciones unilineales entre individuos para articularse en formaciones sociales complejas, asentándose en una «Neuordnung, die an Stelle lebendiger Beziehungen von Person zu Person innerhalb eines kleinen Kreises einander bekannter Menschen ein kunstvolles System von unpersönlichen Beziehungen setze und die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit in eine Summe von Vertragsabschlüssen auflöste»<sup>50</sup>.

Lo que no parecía cambiar objetivamente – convenía también Fuchs – era el derecho, no solo en el ámbito de la disciplina legislativa, sino también y sobre todo en el ámbito de la metodología, de las categorías y de las técnicas. Mientras el mundo cambiaba, la economía progresaba, los transportes se aceleraban y los intercambios se intensificaban, la cultura jurídica permanecía aferrada a los viejos canales de producción jurídica, paralizada por lógicas y técnicas que se remontaban a la Edad Media. En lugar de abrirse a las necesidades cambiantes de la sociedad, en busca de procesos de evolución jurídica que la hiciesen «modern-naturwissenschaftlich und erfahrungsgemäß-induktiv», la ciencia jurídica seguía siendo «historisch-philologisch und konstruktiv-deduktiv», esclava aún de los párrafos, víctima aún de la antigua metodología del «mos Italicus: Praemitto, scindo, summo casumque figuro. Perlego, do causas, connoto, objicio»<sup>51</sup>.

#### 4. Variedad de fórmulas, afinidad de sustancia: derecho histórico-social, derecho vivo, derecho libre, derecho natural

Estas premisas son las que favorecieron el desarrollo de una concepción dinámica del derecho, centrada, en homenaje a un principio histórico evolutivo, en los cánones de la concreción y del movimiento. La imagen del «de-

---

48 Ernst Fuchs, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, Berlin, Heymanns, 1908, ahora en Id., *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, Karlsruhe, Müller, 1965, p. 66.

49 Ivi, p. 65.

50 Ivi, p. 66.

51 Ivi, pp. 66-68.

recho vivo», ligada por un doble hilo a las figuras de Ehrlich y de Géný, no era sino la consecuencia de una diferente observación de la realidad, de la consideración de los hechos económicos y sociales como punto de partida de la indagación jurídica y de la aplicación al derecho de los nuevos conocimientos científicos<sup>52</sup>. No era sino la continuación autorizada, bajo estos rasgos, del itinerario reflexivo que iniciaron los “modernos” italianos, a los cuales pertenecía genéticamente, por formación científica y sensibilidad cultural, la idea de un derecho en movimiento, de una juridicidad en transformación.

«El derecho es la vida» – era una de las máximas repetidas por Cimbali – «y como en la vida, que es siempre un continuo devenir, los elementos que la constituyen cambian de manera incesante en número y calidad», asimismo tales cambios «deben reflejarse ... en el organismo del derecho», que «debe transformarse continuamente en virtud de una evolución continua»<sup>53</sup>. Como «producto social», «fluido nervioso del organismo»<sup>54</sup>, «fenómeno de la vida social»<sup>55</sup>, manifestación del «espíritu humano», el derecho obedecía a las leyes del «movimiento continuo», del «progreso posterior e indefinido», avanzando su transformación en paralelo a la de la sociedad, cambiando y progresando según «las necesidades de la vida social», «en armonía con la historia y con el desarrollo de la civilización de los pueblos»<sup>56</sup>. Así pues, a la

---

52 Se pueden apreciar los rasgos más destacados en la voz *Droit vivant*, en *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, sous la direction de André-Jean Arnaud, Paris, LGDJ, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, pp. 118-120.

53 Cimbali, *Lo studio del diritto civile*, cit., p. 22.

54 Giuseppe Vadalà-Papale, *La filosofia del diritto a base sociologica*, «Il Circolo giuridico», 16, 1885, I, p. 176. Sobre la imagen del «estado fluido» del derecho se remite a Ferdinando Mazzarella, *Un diritto «allo stato fluido»*. *Note storico-giuridiche su aequitas e ragionevolezza*, «Giornale di Storia costituzionale», 11, 1/2006, pp. 121-144, e Id., «Stato fluido» del diritto e ragionevolezza fra età moderna ed età contemporanea, en *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, *Atti del Convegno di Studi*, Roma “La Sapienza”, 2-4 ottobre 2006, Roma, Aracne, 2007, vol. II, pp. 359-377.

55 Giuseppe D’Aguanno, *Sull’efficacia pratica della scuola positiva di filosofia giuridica*, en «La Scuola Positiva», 1, 1891, 2, pp. 58-64.

56 Icilio Vanni, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, 1877, disertazione letta nell’Università di Perugia nell’anno accademico 1875-76, ahora en Id., *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, a cura di Giovanni Marabelli, Bologna, Zanichelli, 1906, p. 24. Véase Giuliana D’Amelio, *Positivism, storicismo, materialismo storico in Icilio Vanni*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 3-4, 1974-75, *Il “Socialismo giuridico”*, cit., vol. I, pp. 431-455, y por último Stefano Berni,

continua evolución de la sociedad, igual que la de la naturaleza, correspondía la continua adaptación del derecho, que vivía «en estado dinámico, en el pueblo, en la conciencia social», y que, en la medida en que era creado por la «conciencia jurídica social», debía reflejar las transformaciones de la realidad<sup>57</sup>. El derecho era un «organismo vivo» por estudiar y por descubrir, mediante la sociología y la historia, la psicología y la ciencia, «cómo se desarrolla real y objetivamente, a través de la multiplicidad y la mutabilidad de cada relación, en la vida de los pueblos y de los individuos»; un «organismo vivo» que, al igual que cualquier otro organismo – natural, biológico, social – respiraba, progresaba y crecía<sup>58</sup>.

Por medio de un arsenal científico renovado, abierto en igual medida a las ciencias sociales y a las naturales, era posible, dejando a un lado los idealismos y la abstracción «en beneficio de la observación y del análisis», elaborar un «nuevo concepto de derecho»: gracias a la indagación sociológica y a la investigación histórica, el fenómeno jurídico recuperaba su profundidad volumétrica y su fuerza dinámica, concretándose, como quería Salvioli (1857-1928), en un «proceso orgánico y natural que crece y se desarrolla como los idiomas, las religiones y las literaturas», «un organismo producido por una serie de hechos y de experimentos, ligado a la sociedad, a los hábitos, a las costumbres y a la constitución misma de las naciones, a la índole de los lugares»<sup>59</sup>.

Se había llegado ya, claramente, a esa «conception vraiment vivante du Droit positif» que caracterizó el pensamiento de Géný<sup>60</sup>. Las voces dispersas de los “evolucionistas” italianos, que consideraban el derecho «como una fuerza viva dentro del Cuerpo social»<sup>61</sup>, anunciaban las palabras con las que, en 1899, el entonces profesor de Dijon renovaba el deseo de que el derecho

---

*L'evoluzionismo giuridico in Italia nel XIX secolo. Intorno ad una lettera inedita di Icilio Vanni su Salvatore Fragapane*, «Studi Senesi», 124, 2012, pp. 124-141.

57 Giuseppe Vadalà-Papale, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, «Antologia giuridica», 7, 1893, pp. 137-173 y 201-217, ahora Catania, Pansini, 1893, especialmente pp. 3-4.

58 Cimbali, *Lo studio del diritto civile*, cit., p. 19.

59 Giuseppe Salvioli, *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*, Pro-lusione al curso di storia del diritto nell'Università di Palermo, «Il Circolo giuridico», 16, 1884, p. 84. Permítaseme remitir, también para la bibliografía, a Mazzarella, *Giuseppe Salvioli*, en *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, cit., pp. 417-421.

60 Géný, *La notion de droit positif à la veille du XX<sup>e</sup> siècle*, cit., p. 14.

61 Vadalà-Papale, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., p. 11.

se mantuviera como una «chose vivante», entendiendo, por «vivre», «se mouvoir et se transformer»: lo que implicaba, para el derecho en particular, una «parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale»<sup>62</sup>. De la unión entre lo legal y lo social, clave de bóveda de las nuevas tendencias, procedía la unión entre el derecho y la vida, aludido de manera sugestiva, más o menos explícitamente, por la imagen del «derecho vivo».

Pocos años después, en 1903, Ehrlich, que había hecho del «derecho vivo» su bandera, volvió, no por casualidad, a la dimensión histórico-social del fenómeno jurídico, al considerar el derecho el «Grundlage der gesellschaftlichen Organisation», «nicht ein starres Dogma, sondern eine lebendige Kraft»<sup>63</sup>. Como Cimbali y Vadalà-Papale, D'Aguanno y Salvioli, también Ehrlich realizaba la conexión entre el ámbito de los hechos y el del derecho, señalando que la «“Tatsache” ist dem Juristen alles, was nicht oder noch nicht Recht und Rechtsverhältnis ist; aber diese Tatsachen sind bereits keimende und werdende Rechte und Rechtsverhältnisse»<sup>64</sup>. Referirse a los hechos significaba referirse a la sociedad, a la historia, al derecho que inervaba las organizaciones sociales, ya que «die erste Tatsache des gesellschaftlichen Lebens ist die Menschengruppe», de modo que todo el derecho, del consuetudinario al jurisprudencial, del legislativo al doctrinal, constituía, «im Gierkeschen Sinne», ante todo, desde la raíz, un derecho “comunitario-social”<sup>65</sup>.

---

62 François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Maresq, 1899, núm. 185, p. 584.

63 Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., pp. 9 y 27, luego de nuevo p. 34. Sobre estos rasgos, entre muchos otros, Alberto Febbrajo, *E. Ehrlich dal diritto libero al diritto vivente*, «Sociologia del diritto», 1982, pp. 137-159, y Gregorio Robles Morchón, *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 29-48. Más generales, Manfred Rehbinder, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, Renato Treves, *Introduzione alla sociologia del diritto*, Torino, Einaudi, 1980<sup>3</sup>, pp. 65-84, y Stefan Vogl, *Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich*, Baden-Baden, Nomos, 2003, y también, sobre el éxito de la sociología del derecho de Ehrlich en el mundo, desde los Estados Unidos a Japón, los ensayos recogidos en *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, edited by Marc Hertogh, Oxford and Portland Oregon, Hart, 2009.

64 Ehrlich, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, cit., p. 105. Se ha tenido ocasión de detenerse en esta compenetración “ontológica” entre el plano del derecho y el plano de los hechos en Mazzarella, *Fatto e diritto*, cit.

65 Ehrlich, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, cit., pp. 108 y 122. Ha insistido

Desde esta perspectiva, la metáfora del «derecho vivo» expresaba perfectamente, por su capacidad de evocar las conexiones con la vida, los rasgos de la nueva vía histórico-social emprendida por la cultura jurídica europea: el derecho era «etwas Lebendiges» – argüía Fuchs en 1908 – «also sich von selbst Bewegendes und sich Umbildendes»<sup>66</sup>; debía seguir y reflejar la evolución social, «sich fortgesetzt und vollständig den fortschreitenden Bedürfnissen des sozialen Lebens anpassen»<sup>67</sup>. Justamente como en el pasado, argüía Ehrlich, «das ganze lebende Recht auch unserer heutigen Gesellschaft läßt sich nicht in Paragraphen sperren, ebensowenig wie ein Strom in einen Teich gefaßt werden kann»<sup>68</sup>. El «lebende Recht» era algo distinto del «Gesetz»<sup>69</sup>; era «das noch nicht in Satzungen festgelegte Recht, das aber doch das Leben beherrscht», por lo que las fuentes para su conocimiento eran «vor allem die moderne Urkunde, aber auch die unmittelbare Beobachtung des Lebens, des Handels und Wandels, der Gewohnheiten und Gebräuche, dann aber aller Organisationen, sowohl der rechtlich anerkannten als auch der von dem Rechte ignorierten, ja sogar der rechtlich mißbilligten»<sup>70</sup>.

Así pues, el movimiento del «Freies Recht», reconsiderado en este marco general, se mantenía en la misma línea que la «Escuela social del derecho», perdiendo su específica connotación subversiva. Como deja ya traslucir el manifiesto de Kantorowicz, el «derecho libre» surgía de los procesos de transformación social, constituía, como «nicht staatliches Recht», el nuevo «Naturrecht», pero en un sentido muy diferente del clásico: pues mientras los “iusnaturalistas modernos” habían pensado en máximas para ser esculpidas en la eternidad, los “modernos iusnaturalistas” teorizaban sobre una juridicidad en constante mudanza, conforme a los cambios de la compleja realidad socio-

---

mucho en esta complementaridad, en el concepto de derecho vivo, de la dimensión histórica y de la sociológica, Febbrajo, *E. Ehrlich dal diritto libero al diritto vivente*, cit.

66 Fuchs, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, cit., p. 73.

67 Ivi, p. 74.

68 Eugen Ehrlich, *Die Erforschung des lebenden Rechts*, «Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich», 35, 1911, pp. 129-147, ahora en Id., *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, ausgewählt und eingeleitet von Manfred Rehbinder, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, p. 14.

69 En este sentido, con diferencia de años, también Eugen Ehrlich, *Gesetz und lebendes Recht*, «Hōgaku Kyokai Zasshi», 40, 1922, 2, pp. 1-22, ahora en Id., *Gesetz und lebendes Recht*, cit., pp. 228-240.

70 Ehrlich, *Die Erforschung des lebenden Rechts*, cit., p. 19.

económica de los siglos XIX y XX<sup>71</sup>. La concepción de Kantorowicz estaba impregnada de historicismo, acogía «die verlassene Erbschaft aus den besseren Anfängen der historischen Schule», refutaba la «papierene Jurisprudenz», se apoyaba expresamente «auf dem Boden *geschichtlicher Auffassung* [...], die der Dogmatismus unwissentlich verleugnet», propugnaba la idea de que todo el derecho, incluso el «staatliches Recht», derivaba del «libre» progreso del fenómeno jurídico<sup>72</sup>.

Era el mismo planteamiento histórico-social ya adoptado por Stamm-ler, que hablaba de derecho natural, «aber ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt», es decir «diejenigen Rechtssatzungen, welche unter empirisch bedingten Verhältnissen das theoretisch richtige Recht enthalten»<sup>73</sup>, y por Saleilles, que había formulado hipótesis, a lo largo de un recorrido reflexivo madurado entre 1890 y 1911, acerca de la existencia de «un droit naturel à contenu variable», no abstracto ni inmutable sino camaleónico, no revelado desde las alturas sino generado por los «faits sociaux» que «changent, évoluent et se transforment»<sup>74</sup>, «un droit de la nature, qui, loin de reposer sur une conception philosophique, se relierait à de pures données sociologiques»<sup>75</sup>.

En el contexto de los primeros años del siglo XX, impregnado de socialidad, comunitarismo y sociología, también el derecho natural acababa por

---

71 Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 16.

72 Ivi, pp. 29, 27, 18.

73 Rudolf Stamm-ler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Leipzig, Veit & Comp., 1896, p. 185.

74 Raymond Saleilles, *École historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, «Revue trimestrielle de droit civil», 1, 1902, p. 99.

75 Id., *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 107. Nos parece que aún no han sido superadas las páginas sobre Saleilles de Paolo Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, «Rivista di diritto civile», 39, 1993, ahora en Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 193-261. Es ahora fundamental el amplio y profundo estudio de Marco Sabbioneti, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, Giuffrè, 2010. Para una reciente semblanza biográfica, jalonada por las diversas fases del recorrido científico, Alfons Aragoneses, *Recht im Fin de siècle. Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2007, pp. 11-19, e Id., *Un jurista del Modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Madrid, Universidad Carlos III, 2009, pp. 21-64. Para comprender la importancia del «catolicismo social» en el pensamiento del jurista borgognón, Patrice Rolland, *Un «cardinal vert»: Raymond Saleilles*, «Revue Française d'Histoire des Idées Politiques», 28, 2008, pp. 273-305.

enlazar con el «droit social, dérivant du fait de la société»<sup>76</sup>. Procedía de los «rapports naturels issus de la vie sociale», «adéquat aux lois qui régissent la société elle-même»<sup>77</sup>, «un droit incessamment variable et changeant», pues «la première de toutes les lois sociales est la loi d'évolution progressive»<sup>78</sup>. Día tras día, fragmento a fragmento, el «derecho natural» se transformaba por la acción «des forces sociales incessamment changeantes, sous l'influence débordante des intérêts en conflit, et des classes toujours en lutte pour la satisfaction de leurs aspirations économiques»<sup>79</sup>. No había lugar para un catálogo abstracto y definitivo, una «idée de justice» basada en «un principe de vérité absolue»<sup>80</sup>, «ein unbedingtes Ideal für alle Zeiten und alle Völker», debiendo más bien inferirse «die Richtigkeit eines Rechtssatzes» de la conformidad de las relaciones empíricas con «dem allgemeingültigen Endziele des sozialen Lebens»<sup>81</sup>.

### 5. Teoría de las fuentes y naturaleza de la ley

La conexión entre fenómeno jurídico y dimensión histórico-social, en la que coincidían los evolucionistas y los iusliberistas, los neotéricos y los modernistas, representaba el punto de partida lógico y científico de una serie de cambios de relevancia constitucional y metodológica. La denuncia de la profunda fractura entre el ámbito legal y el ámbito real, origen y consecuencia de la renovación epistemológica, no se agotaba en la petición, compartida por muchos, de nuevos códigos capaces de «encarnar el desarrollo *real* e *histórico* del hombre en todas sus relaciones sociales» – conforme a la idea de un *corpus* que fuera no «una fórmula matemática, absoluta e inmutable» sino «el producto de la historia y de la civilización»<sup>82</sup> – sino que implicaba la

76 Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 107.

77 Ivi. Las «lois de la nature» no siendo sino las «lois sociologiques» (Saleilles, *École historique et droit naturel*, cit., p. 81).

78 Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 108.

79 Id., *École historique*, cit., p. 94.

80 Ivi, p. 97.

81 Stammler, *Wirtschaft und Recht*, cit., pp. 184-185. Véase también Id., *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, Guttentag, 1902.

82 Vadalà-Papale, *Il Codice civile italiano e la scienza*, cit., p. 26. El código – sostuvo ya Icilio Vanni, *I progressi della legislazione civile in Italia dopo la Rivoluzione*, Discorso letto nella libera Università di Perugia nel giugno del 1878, en Id., *Saggi di filosofia sociale*

búsqueda de canales jurídicos adecuados para reflejar las transformaciones cotidianas de la realidad. De ello se seguía una serie de consecuencias que, bajo distintas formas y especificidades, maduraron a lo largo del tiempo en todas las experiencias nacionales: la tendencia a un sistema plural de fuentes, reflejo de la complejidad de lo real; el rechazo del doble carácter de la ley como fuente exclusiva y como producto de una voluntad política indiscutible; la valoración del papel del intérprete, emancipado del yugo exegético y capaz, por su contaminación con lo social, tanto de vivificar el texto legislativo como de suplir su falta; la renovación, bajo el signo de las ciencias económicas, históricas y sociales, de la formación y del perfil cultural del jurista.

Ante la evidencia de un universo complejo, colmado de individualidades diferentes y cruzado por procesos evolutivos profundos y articulados, desaparecieron no solo todas las formas de monismo, sino también la tentación de otorgar a la fuente legislativa una posición de superioridad ideológica. Cuanto más fuerte era la creencia de que el origen del derecho arraigaba en lo concreto de las relaciones económicas y sociales, menos plausible era el predominio político (y más aún el monopolio) de una fuente del derecho caracterizada por la generalidad y por la abstracción, por el arbitrio y por la imperatividad<sup>83</sup>; cuanto más evidentes eran las diferencias sociales y subjetivas, menos creíble resultaba la idea de un derecho más marcado por la «uniformidad» que por la «especialidad», de un derecho más «ley de igualdad» que de «proporción», pues habrá de ser precisamente conforme «con las diferentes condiciones de los ciudadanos»<sup>84</sup>. Además de los códigos, la «Escuela social del derecho» elogiaba pues las «leyes civiles especiales»<sup>85</sup>, las costumbres,

---

*e giuridica*, cit., pp. 161-162 – debía interpretar la «conciencia popular y dirigirla, captar las formas de la vida nacional, sus tendencias, sus necesidades, sus condiciones intelectuales, morales y económicas»; sometido como cualquier otro ser a la «importante ley de la evolución», el código no «inmovilizó nuestro derecho», ni tampoco «reprimió la incesante actividad del espíritu nacional», sino que «abrió paso a todos los progresos que las promesas de la ciencia, las sugerencias de la jurisprudencia y las necesidades sociales mostrarán; de modo que, en lugar de ser, como han pretendido otros legisladores, un dogma inmutable y cerrado, será el punto de partida y la fuente del futuro progreso».

83 Véase Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., sobre todo pp. 22-37, 91-98 y 135-164, y Paolo Grossi, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 35, 2006, pp. 83-114.

84 Bassano Gabba, *Trenta anni di legislazione sociale*, Torino, Bocca, 1901, p. 16.

85 Camillo Cavagnari, *Leggi civili speciali*, «La scienza del diritto privato», 1, 1893,

la ciencia teórica y la jurisprudencia práctica. En lugar de una sola fuente con su «igualdad abstracta» y sus «reglas generales», una multiplicidad de fuentes capaces de reflejar «la increíble diversidad de la sustancia social»<sup>86</sup>; en lugar de una fuente política procedente de la voluntad del legislador y destinada a la progresiva desconexión de los datos positivos, un conjunto de fuentes sociales adecuadas para expresar el derecho vivo «en estado dinámico en el pueblo, en la conciencia social»<sup>87</sup>. El marco de las fuentes cambiaba en sentido dinámico, plural y jurisprudencial: «la costumbre, la legislación y la ciencia» volvían a ser «las tres formas en las que se origina y se desarrolla el derecho de un pueblo»<sup>88</sup>.

Incluso aunque el legislador hubiese considerado todas las posibles facetas de la sociedad – se escuchaba desde Francia el eco de las palabras de Lambert (1866-1947) – surgían siempre nuevas necesidades y circunstancias imprevisibles, porque «à côté des besoins qui se sont déjà définis à la pleine et nette clarté de la conscience sociale, et auxquels le législateur peut donner facilement satisfaction, il est une infinité de besoins encore inaperçus ou mal précisés, encore inavoués ou incompris, restés inconscients ou semi-conscients», que «la loi d’aujourd’hui ne peut pas (les) prévoir; elle est condamnée à disparaître demain, si elle les empêche de se faire jour»<sup>89</sup>. El único modo de

---

pp. 93-116, 229-235 y 275-283, y Carlo Ghigi, *Appunti ed osservazioni sul diritto civile extravagante*, «Giurisprudenza italiana», 42, 1890, IV, cols. 124-156.

86 Biagio Brugi, *Eguaglianza di diritto e diseguaglianze di fatto*, «Rivista italiana di sociologia», 1908, pp. 49-55. Para un análisis que, ordenado a través de las distintas almas de Brugi (sociológica, historicista, positivista, evolucionista y legalista), reconstruye la evolución de la ciencia jurídica italiana desde finales del siglo XIX hasta la primera veintena del XX y sus enlaces con la cultura francesa, alemana y suiza, véase Massimo Maccarelli, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 30, 2001, pp. 361-476. Véanse además, repasando la amplia bibliografía, Grossi, «*La scienza del diritto privato*», cit., pp. 177-186; Giovanni Marino, *Positivismo e Giurisprudenza. Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli, ESI, 1986; Id., *Biagio Brugi e il «metodo storico» nella determinazione dei principi del diritto*, «Index», 16, 1988, pp. 299-325; Pasquale Beneduce, *La volontà civilistica. Giuristi e scienze sociali in Italia tra '800 e '900*, Napoli, Newprint, 1990, pp. 225-242.

87 Vadalà-Papale, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., pp. 2-4.

88 Vanni, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, cit., p. 23.

89 Édouard Lambert, *Du contrat en faveur de tiers. Son fonctionnement, ses applications actuelles*, Paris, A. Giard & E. Brière, 1893, p. VI. Para situar la figura de Édouard

expresar este «mouvement continu et toujours intense de la vie», este «droit qui devient», este «droit qui se dégage chaque jour des multiples manifestations de la vie juridique», no era, desde luego, «mettre en mouvement la lourde et lente machine législative pour apporter à notre droit la plus légère modification», sino reconocer el papel supletorio y correctivo de la jurisprudencia, como demostraba el ejemplo del contrato a favor de terceros<sup>90</sup>. Así pues, junto a la «législation» y a la «coutume», reconocidas pacíficamente como fuentes del derecho, se hallaba «la jurisprudence», que mediante un trabajo «non moins fécond que le travail accompli à Rome par le préteur», traducía «les besoins nouveaux qui s'affirment chaque jour en développant le droit civil, en y suppléant, et quelquefois, si elle ne peut faire autrement, en le corrigeant lorsqu'elle constate que la vie, dans sa lente mais irrésistible ascension, en a brisé pour jamais le cadre trop étroit»<sup>91</sup>.

Encuadrada en el nuevo organigrama, la ley experimentaba una metamorfosis profunda, pasando de acto de voluntad del Estado persona a «determinación positiva de la conciencia jurídica social»<sup>92</sup>. El derecho en estado bruto, al pasar a la «forma positiva» – pensaba Vadalà-Papale – se manifestaba «o bien sin la decisión consciente de la voluntad colectiva del pueblo, o bien en el seno de una decisión consciente. La primera forma se llama *costumbre*, la otra, *ley*»<sup>93</sup>. Al igual que la costumbre, que prescindía de un acto de formalización

---

Lambert en el contexto cultural de la Francia de finales del siglo XIX y principios del XX, prestando especial atención a sus relaciones con Saleilles y Gény, véase Carlos Petit, *Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la Belle Époque*, en Antonio Padoa Schioppa (a cura di), *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, Milano, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 2001, pp. 53-98, e Id., *Absolutismo jurídico y derecho comparado. Método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Edouard Lambert*, en *De la ilustración al liberalismo. Symposium en honor al Profesor Paolo Grossi*, Madrid-Miraflores, 11-14 de enero de 1994, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 121-137.

90 Lambert, *Du contrat en faveur de tiers*, cit., p. V.

91 Ivi, pp. VI-VII.

92 Vadalà-Papale, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., pp. 5-6. Véase Mazzarella, *Darwinismo, storicismo, socialità*, cit., pp. 602-607.

93 Vadalà-Papale, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., pp. 13-14. No difieren mucho las reflexiones anteriores, de declarada ascendencia savignyana, de Vanni, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, cit., pp. 16-19: «la ley no es sino el reconocimiento competente, la sanción del derecho nacido de la conciencia popular y expresado en las costumbres», y los «grandes legisladores [...] no hicieron más que describir hechos ya existentes, interpretar y reproducir la vida nacional que ya se había desarrollado».

zación consciente, la ley positiva expresaba el derecho del organismo social, del cuerpo vivo del pueblo, de la comunidad histórica; era «un reflejo de esa conciencia jurídica encarnada en el pueblo, por cuya exigencia se esfuerza en ordenar e integrar con un dinamismo perpetuo las formas de los fenómenos sociales del Derecho»<sup>94</sup>. El legislador, explicó Saleilles, no tenía más «qu'un rôle de création apparente», pero bien mirado no era más «que l'interprète de coutumes préexistantes, se trouvant déjà au moins à l'état virtuel sous la surface plus ou moins mouvante des réalités de la vie»<sup>95</sup>; su voluntad no era «créatrice, mais révélatrice de droit», siendo las únicas fuentes del derecho «celles qui viennent des lois positives du monde social», como la «solidarité», la «constatation expérimentale» y el «droit naturel»<sup>96</sup>. «El contenido del derecho» – concluía Vadalà-Papale – no tenía pues origen en la autoridad del Estado; «la autoridad del Estado» solo lo había «formulado, sancionado y protegido»<sup>97</sup>.

#### 6. La centralidad del intérprete y la elección del método

Sobre este terreno, enriquecido por la multiplicación de las fuentes y fecundado por la recalificación de la ley en sentido histórico, germinaron con desarrollos y orientaciones distintas las nuevas doctrinas de la interpretación<sup>98</sup>. Por un lado, la idea de que los preceptos formalizados por el legislador debían reflejar necesariamente la «conciencia jurídica social» autorizaba la adopción de un método capaz de adecuar y vivificar el texto en el contacto con la realidad; por otro, la idea de que no todo el derecho estaba contenido en la ley abría espacios “libres” para una interpretación directa del orden jurídico, respetando el progreso histórico pero sin el filtro de la obra del legislador.

«La ley de un Estado» – era la perspectiva de síntesis adoptada por Si-

---

94 Giuseppe Vadalà-Papale, *Il processo dinamico della legge e delle codificazioni nell'organamento sociale*, «Lo Spedalieri», 2, 1892, p. 363.

95 Saleilles, *École historique*, cit., p. 83.

96 Ivi, p. 91.

97 Vadalà-Papale, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., p. 20.

98 Para una «clasificación sucinta» de las nuevas orientaciones en materia de interpretación, Massimo Meccarelli, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 40, 2011, *Giudici e giuristi*, cit., vol. II, pp. 722-745.

moncelli en 1889 – «no acoge todo el derecho», ya que «la mayor parte de él queda latente en el seno de la sociedad»<sup>99</sup>; «concebido el derecho tal como hoy se concibe, no como una serie de disposiciones salidas de la mente del legislador, sino como la propia vida social vista desde su lado jurídico», su interpretación, lejos de ser «la revelación de la voluntad del legislador», consistía en el «estudio de la propia vida social», y por eso, «con la elasticidad permitida por el sentido literal de la manifestación legislativa, esta puede y debe ir modificándose para adaptarse a las condiciones sociales y al sentir general»<sup>100</sup>.

Así pues, al redefinirse el sistema de fuentes, el intérprete salía reforzado y regenerado, pero también cargado y responsabilizado por un papel que presuponía, más que el dominio de artículos, párrafos y apartados, el estudio de la sociedad y de la economía, de la psicología y de la naturaleza. Si «la ley», explicaba Cimbali, constituía «una institución viva y un centro dinámico de fuerzas», no podían existir dudas acerca del «oficio y las funciones ejercitadas por el intérprete como instrumento necesario, en la medida en que se realice libre y naturalmente» su «acción»<sup>101</sup>. Gracias a la variable y polivalente combinación de sus elementos, la ley seguía «una evolución progresiva», que se revelaba «bajo la forma de una mayor especificidad e integración de las fuerzas concretas contenidas en sus disposiciones singulares»<sup>102</sup>. El «intérprete» era «el instrumento y el ministro» de la «vida» de la ley y «de su acción en continuo desarrollo»<sup>103</sup>.

---

99 Vincenzo Simoncelli, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, Discorso letto per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1889-1890 nell'Università di Camerino il 17 novembre 1889, en Id., *Scritti giuridici*, raccolti ordinati e curati da Domenico Simoncelli, Roma, Società editrice del «Foro italiano», 1938, vol. I, p. 423. Por último, sobre la afortunada categoría «derecho latente», Femia, *Sulla civilistica italiana del primo Novecento*, cit., especialmente pp. 72-86. Para profundizar en el pensamiento de Simoncelli, Paolo Grossi, *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 - Polacco versus Simoncelli)*, «Rivista di diritto civile», 35, 1989, ahora en Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 33-68, y Ferdinando Treggiari, «*Questione del metodo*» e *interpretazione delle leggi in uno scritto di Vincenzo Simoncelli*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 44, 1990, pp. 119-138, y también, para la vida y obra, Massimo Nardoza, *Simoncelli Vincenzo*, en *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., vol. II, pp. 1867-1869.

100 Simoncelli, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., pp. 423-424.

101 Cimbali, *Lo studio del diritto civile*, cit., p. 26.

102 Ivi, p. 28.

103 *Ibidem*.

En la Italia de finales del siglo XIX, en un contexto caracterizado por las profundas transformaciones generadas por la cuestión social, por el «desarrollo industrial» y por la crisis del modelo liberal, resultaba para muchos improrrogable un replanteamiento metodológico para restituir al intérprete un papel activo, para «liberar las mentes del estudio pedante de fórmulas y palabras»<sup>104</sup>. Por un lado, la doctrina debía emanciparse de los dogmas de la «Exégesis», recuperar el papel y la función («el sacerdocio») que tuvieron como pioneros los «jurisconsultos romanos»<sup>105</sup>, «legisladores experimentales de los hechos individuales concretos», abandonar la «servil» esterilidad que, tras las primeras codificaciones, había causado una «anemia en el propio desarrollo legislativo» y convertirse finalmente en una ciencia, «que no sea el desnudo comentario de la voluntad» del legislador, sino la «síntesis de las investigaciones naturales en torno al fenómeno social-privado»<sup>106</sup>. Por otro, la jurisprudencia práctica tenía la función, en el presupuesto de que la ley positiva no fuese «un área santa inalterable», de resolver el caso concreto considerando la evolución del contexto socio-económico, utilizando la analogía y aplicando los principios justos a los nuevos casos que se presentaran en la realidad<sup>107</sup>: la «*tendencia positiva*» legitimaba al magistrado para seguir «las fluctuaciones de la vida», pidiéndole «ampliar el espíritu del texto, si este es insuficiente para regular los casos que deben decidirse bajo la acción de la presión social»<sup>108</sup>.

A comienzos de siglo, el cambio metodológico estaba ya metabolizado, conseguido definitivamente para el patrimonio cultural de los «neotéricos», en cuyas reflexiones afloraba la explícita exigencia de una «nueva orientación del método de interpretación», válida tanto para «el estudioso» como para «el magistrado», idónea para responder «a la realidad de la vida y de las necesidades sociales»<sup>109</sup>. Vista la incapacidad de la interpretación lógica y analógica, propensa al adorno teórico del dato textual pero poco sensible hacia el mundo real de los hechos sociales y de las leyes naturales, en 1903 Vadalà-Papale reivindicó para Italia un método autóctono que conjugase,

104 D'Aguanno, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, cit., p. 15.

105 Cimbali, *Lo studio del diritto civile*, cit., pp. 3-5.

106 Vadalà-Papale, *La nuova tendenza*, cit., pp. 7-12.

107 Id., *Dei metodi d'interpretazione giuridica per il novello indirizzo degli studi di diritto privato*, en *Atti del V Congresso Nazionale Giuridico-Forense*, Palermo, 20-27 aprile 1903, Palermo, Barravecchia, 1904, p. 58.

108 Id., *La nuova tendenza*, cit., pp. 16-17. Sobre el papel de la jurisprudencia italiana en la segunda mitad del siglo XIX, Alpa, *La cultura delle regole*, cit., pp. 204-223.

109 Vadalà-Papale, *Dei metodi d'interpretazione giuridica*, cit., p. 58.

conforme a un «principio histórico evolutivo», el momento histórico del nacimiento de la ley con el proceso dinámico de la evolución social<sup>110</sup>. Las condiciones existentes en el momento del nacimiento de una ley no eran nunca iguales a las que el jurista y el magistrado tenían en el momento de la interpretación. El nuevo método «histórico-evolutivo» permitía incluir en la ley – diversamente de lo que al mismo tiempo sugería Géný en Francia – todas las «nuevas relaciones jurídicas nacidas de los nuevos fenómenos sociales» y replantear «todo este derecho invasor que se explica en la vida social mediante el orden de la codificación»<sup>111</sup>.

Era la vía que en los mismos años señalaba Saleilles, cuando invitaba a los juristas a abandonar «la méthode syllogistique et dogmatique, qui tirait de la codification une vie toute factice et toute irréelle, arr et e dans son développement», y a adoptar «une méthode de vie organique, ou d'évolution historique», en cuya virtud poder considerar la «loi écrite» no «comme la seule source vivante du droit, mais comme le seul cadre scientifique et juridique qui lui serve en quelque sorte de passeport devant les tribunaux»<sup>112</sup>; «une méthode d'évolution et de progrès»<sup>113</sup>; una «méthode historique» (y sin embargo diferente a la de la « cole historique» de Savigny, «immobilisée dans sa recherche du passé et son respect de la coutume»<sup>114</sup>), una «méthode scientifique», mediante la cual “ponderar” la ley con los «faits» y con las «réalités», permitiendo «mettre le droit en conformité avec la vie»<sup>115</sup>.

110 *Ibidem*.

111 *Ibidem*. Sobre el método propuesto en Italia por Vadalà-Papale y sobre las diferencias con el desarrollado en los mismos años en Francia por Gény, Pietro Costa, *L'interpretazione della legge: François Geny e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 20, 1991, *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, pp. 403-405, y Mazzarella, *Darwinismo, storicismo, socialit *, cit., pp. 607-611.

112 Saleilles, *Préface*, cit., p. VII. Véase Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, cit., pp. 212-224. Para una exposición analítica de las críticas de Saleilles al «classicisme juridique», Belleau, *Les juristes inquiets*, cit.

113 Saleilles, *Méthode historique et codification*, en *Atti del congresso internazionale di scienze storiche (Roma, 1-9 aprile 1903)*, Roma, Tipografia della R. Accademia dei Lincei, 1904, vol. IX, p. 11.

114 *Ivi*, p. 12.

115 Saleilles, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 99. Sobre el carácter legic ntrico y antilegalista del planteamiento metodológico de Saleilles, Sabbioneti, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit., pp. 295-352.

En sintonía con el manifiesto programático de la *Revue trimestrielle de droit civil*, firmado en 1902 por Esmein (1848-1913), Saleilles situaba el motor evolutivo del sistema en el binomio jurisprudencia-doctrina<sup>116</sup>. En el supuesto de que el derecho emanase de los hechos económicos y sociales conforme a la observación «des lois sociales» y a la aplicación «des lois sociologiques», y que la ciencia jurídica fuese en consecuencia «une science de faits, une science du dehors, qui, comme toutes les sciences, puise dans la nature des choses»<sup>117</sup>, el intérprete, en vez de someterse «à un text mort», debía «développer un texte incessamment vivant», «ramener au texte les germinations spontanées que lui offre la pratique des affaires» y «plier le texte aux nécessités nouvelles qui le sollicitent, d'en assouplir la formule, d'en dégager les principes inconnus et de fondre le tout dans une harmonie d'ensemble»<sup>118</sup>. Al margen de estériles subjetivismos, juez y jurista «conocerían» el derecho ateniéndose a la «objectivité résultant des réalités économiques et sociales»<sup>119</sup>, recurriendo, como sociólogos y economistas, a elementos «extérieurs» fijados «dans la réalité objective de lois existant en dehors de la pensée de celui qui les applique»<sup>120</sup>.

Ni evolucionista puro ni iusliberista radical, Saleilles compartía con los italianos las premisas histórico-sociológicas, hacía suya la equiparación entre «matière sociale», «matière organique» y materia legislativa, proponía de nuevo la imagen de la ley como «organisme permanent, qui, comme tout organisme, progresse et se transforme»<sup>121</sup>, acentuando el papel asumido por el intérprete en la sociedad industrial, su legitimación para vivificar el de-

---

116 Adhémar Esmein, *La jurisprudence et la doctrine*, «Revue trimestrielle de droit civil», 1, 1902, pp. 5-19. Véase Sabbioneti, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit., pp. 338-352. Para precisar el horizonte plural en el que se mueve Esmein, entre método histórico y sociología, motivos evolucionistas y positivistas, Jean Louis Halpérin, *Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit*, «Revue historique de droit français et étranger», 75-3, 1997, pp. 415-433. Véase además, con especial referencia a su orientación política y constitucional, Julien Boudon, *Une doctrine juridique au service de la République? La figure d'Adhémar Esmein*, «Historia et ius», 2012, 2, pp. 1-9. Sobre la idea que entre el siglo XIX y XX va madurando en la cultura jurídica francesa «l'inéluctable mariage de la doctrine et du Palais», Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 199-249 y 327-338.

117 Saleilles, *Préface*, cit., p. XII.

118 Ivi, p. VIII.

119 Saleilles, *Méthode historique*, cit., pp. 19 y 21.

120 Id., *École historique*, cit., p. 102.

121 Id., *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (Art. 116 à 144)*, Paris, Pichon, 1901, pp. 214-216.

recho legislativo aplicándolo, mediante la «adaptation évolutive du texte», conforme a las cambiantes necesidades derivadas de los hechos económicos y sociales<sup>122</sup>. No solo en Suiza con el nuevo *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (ZGB), sino también en Alemania con el controvertido *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) y en Francia con el viejo *Code civil*, el intérprete, convirtiéndose en «organe toujours vivant d'individualisation du droit, d'évolution et de progrès», podía y debía «adapter les solutions législatives à des conceptions sociales différentes», seguir las transformaciones de la sociedad «dans le cadre d'une législation souple et flexible», una legislación sensible «à toutes les complexités de la vie sociale d'un peuple qui n'entend pas s'immobiliser dans une formule hiératique»<sup>123</sup>.

Si el «droit» no era la «loi abstraite» – observaba Saleilles – sino «la loi dans l'interprétation vivante que lui donne la jurisprudence»<sup>124</sup>, si el «Recht» no era el «Absicht des Gesetzgebers» – parecía confirmar Ehrlich también en 1903 – sino la vida concreta de la ley, lo esencial no era «was ein Rechtssatz bedeutet, sondern wie er lebt, wie er wirkt, wie er sich in verschiedenen Verhältnissen bricht»<sup>125</sup>. La identificación entre ley y derecho – explicaría luego Kantorowicz – se basaba en la falsa expectativa, «daß der Jurist jeden beliebigen Rechtsfall durch Subsumption unter das Gesetz entscheiden könne und eben deshalb auch allein aus ihm entscheiden müsse», en el absurdo supuesto de que la aplicación del «Gesetz» fuese «ein Automat»: «oben steckt man den Fall hinein, unten zieht man die Entscheidung heraus»<sup>126</sup>.

### 7. Parámetros objetivos y rechazo del subjetivismo entre la libre investigación y el derecho libre

La llegada a un sistema de fuentes “de tracción jurisprudencial”, vivificado por un intérprete capaz de formular el derecho sin contar con la existencia de una disposición legislativa, estaba en ese momento al alcance de la mano como resultado de un proceso de emancipación de muchos años. A diferencia de los que apuntaban a la elasticidad y maleabilidad del texto legislativo,

122 Id., *Méthode historique*, cit., p. 14.

123 Id., *Le Code civil et la méthode historique*, cit., pp. 102-103.

124 Id., *Méthode historique*, cit., p. 17.

125 Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., p. 34.

126 Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 120.

Gény restringía el campo de la ley al ámbito de lo “explícito” y replanteaba el sistema de fuentes, interviniendo en el tema de las lagunas, de los casos no previstos, con la hipótesis, formulada en 1899, de una «libre recherche scientifique» para recuperar el derecho radicado en las cosas, en los hechos, en la sociedad y en la naturaleza<sup>127</sup>. Contra el «fétichisme de la loi écrite et codifiée», signo notable y distintivo «de la méthode traditionnelle»<sup>128</sup>, el maestro de Nancy proponía una «méthode d’investigation sincère, qui, reconnaissant ouvertement les lacunes de la loi écrite, cherchera à y pourvoir au moyen de procédés scientifiques indépendants, scrutant, en toute franchise, la nature des choses objective, et cherchant notamment à produire l’équilibre des intérêts»<sup>129</sup>.

Descartada cualquier forma de legolatría, denunciada la «insuffisance irremédiable de la loi», Gény invocaba la «activité individuelle de l’interprète» para dar respuesta a las necesidades de una sociedad en transformación, pero fijaba claramente, como base de la actividad jurisprudencial, «les exigences de la nature des choses et les conditions de la vie»<sup>130</sup>. Aunque la concepción de la ley y el método de interpretación diferían de los propugnados por Vada-là-Papale y por Saleilles, la exigencia de fondo coincidía en mostrar lo jurídico mirando (de nuevo) los «rapports de la vie sociale», «les éléments de fait de

---

127 Gény, *Méthode*, cit., núms. 155-176, pp. 457-552. Resulta aclaratorio el esbozo planteado por Grossi, *Ripensare Gény*, cit., pp. 143-192. Véase además, atendiendo a una historiografía importante, Jaro Mayda, *François Gény and modern jurisprudence*, Baton Rouge and London, Louisiana State University Press, 1978, y Aristide Tanzi, *François Gény tra scienza del diritto e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 1990, pero sobre todo los ensayos reunidos en los siguientes volúmenes monográficos: *François Gény, Mythes et réalités. 1899-1999, Centenaire de Méthode d’interprétation et sources en droit privé*, Québec, Yvon Blais-Bruylant-Dalloz, 2000, éditée par Claude Thomasset, Jacques Vanderlinden, Philippe Jestaz; *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 20, 1991; *Le centenaire du doyen François Gény*, Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962, Paris, Dalloz, 1963; *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Gény*, Paris, Recueil Sirey, 1934, 3 vol.

128 Gény, *Méthode*, cit., núm. 35, p. 61.

129 Ivi, núm. 174, p. 545. Es fundamental, para la relación lógica entre «*pars destruens*» y «*pars costruens*» del discurso de Gény, la lectura de Costa, *L’interpretazione della legge*, cit., pp. 367-495.

130 Gény, *Méthode*, cit., núm. 84, p. 179. Véase Jean Dabin, *François Gény, le Sa-vant*, en *Le centenaire du doyen François Gény*, cit., en concreto pp. 16-25.

toute organisation juridique»<sup>131</sup>, los «faits humains»<sup>132</sup>, los «faits» y «la nature des choses»<sup>133</sup>, lo que permitía fundamentar la «décision juridique» no sobre convicciones subjetivas, sino «sur des éléments de nature objective», y «de procurer l'adaptation des règles latentes du Droit à tous les faits de la vie sociale»<sup>134</sup>. Una «libre recherche scientifique»: «libre, puisqu'elle se trouve ici soustraite à l'action propre d'une autorité positive»; «scientifique, en même temps, parce qu'elle ne peut rencontrer ses bases solides que dans les éléments objectifs, que la science peut seule lui révéler»<sup>135</sup>.

Quince años después, gracias a una mirada restropectiva, Gény tenía ya claro, como explicaba en su segundo trabajo fundamental, que para salir de la sombra del legalismo las numerosas almas del “disenso” habían dado primacía a distintas soluciones, aunque conectadas y complementarias: «soit accepter de la loi écrite une notion plus objective et plus vivante, soit admettre, à côté d'elle, des sources moins formelles et plus plastiques, la coutume, la jurisprudence, soit même s'adresser plus haut encore et chercher à pénétrer l'essence propre de la vérité juridique, vérité insaisissable d'un coup et en son entier, fuyante et variable à raison des modalités infinies qui la conditionnent, mais à laquelle nous ramène inéluctablement une aspiration instinctive vers le but suprême du droit»<sup>136</sup>.

131 Gény, *Méthode*, cit., núm. 159, p. 469.

132 Ivi, núm. 169, p. 519.

133 Ivi, núm. 158, pp. 466-467.

134 Ivi, núm. 156, pp. 460-461. Sobre las diferencias entre la propuesta metodológica de Gény, basada en el “debilitamiento” de la ley y en la “emancipación” de la interpretación, y la de Saleilles, fundada en la inclusión de los nuevos casos en el orden legislativo, véase Grossi, *Ripensare Gény*, cit., pp. 175-176, y Sabbioneti, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit., pp. 322-338. Recuérdese, como en más de una ocasión lo hace el propio Saleilles, por ejemplo en *Préface*, cit., p. XII, o en *École historique*, cit., p. 102, que los dos juristas franceses se movían en la misma línea, apuntaban con sus propios métodos a la consecución del mismo resultado, demolían – como lo reconstruye en una única exposición Belleau, *Les juristes inquiets*, cit. – los fundamentos del «clasicismo jurídico». Dos juristas afines y complementarios, como subrayó Eugène Gaudemet, *L'oeuvre de Saleilles et l'oeuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit*, en *Recueil d'études sur les sources du droit*, cit., vol. II, pp. 5-15.

135 Gény, *Méthode* cit., núm. 156, p. 460. Sobre el rechazo del subjetivismo a la “Magnaudo” y sobre la remisión a elementos objetivos de decisión, Grossi, *Ripensare Gény*, cit., pp. 173-181, y Tanzi, *François Gény tra scienza del diritto e giurisprudenza*, cit., 153-163.

136 François Gény, *Science et Technique en droit privé positif*, Première Partie, Paris,

Prescindiendo de las diferencias – podía concluirse como resumen – la clave del nuevo siglo era el «*rejet franc et définitif de l'illusion que la loi écrite contiendrait tout le droit positif en vigueur*»<sup>137</sup>. Pero para quien hubiese considerado la interpretación como el «propulseur» del proceso de formación del derecho<sup>138</sup>, la cuestión, a los ojos de Géný, no podría ser ya cómo «adapter» la «loi écrite», sino cómo la «organisation juridique» podía «trouver quelque part la plénitude que requiert son but ultime, il faut donc, en dehors et audessus de la loi, chercher un principe ou un ensemble de principes, qui permette d'en suppléer les lacunes»<sup>139</sup>. La ley – como también venían repitiendo los «neotéricos» italianos – contenía solo una parte del «droit positif», de esas «règles du droit» que respondían a la «notion du juste» y que consistían en un «équilibre à établir entre des intérêts en conflit»<sup>140</sup>. El «droit positif» expresaba «l'ordre juridique se réalisant effectivement au sein de la vie sociale» y este derecho positivo fundado en la «réalité des choses» era descubierto y conocido a través de la «méthode du droit», a través de la «science» y de la «technique»<sup>141</sup>.

De esta manera, asestando un golpe decisivo al monismo legalista, Géný desmantelaba el viejo esquema de fuentes sin degenerar en antilegalismo, sin hacer suyas las derivas anarquistas “atribuidas” generalmente al derecho libre, aunque en realidad el mismo derecho libre jamás las hubiese reconocido. En 1906 – tras haber demolido «das Dogma von der Lückenlosigkeit des Gesetzes» mediante la simple constatación de que «nicht weniger Lücken als Worte da sind» – también Kantorowicz puntualizó explícitamente que el recurso a la discrecionalidad por parte del intérprete era solo residual y que «discrecionalidad» no equivalía a «arbitrio»<sup>142</sup>. El juez, «durch seinen Eid

---

Sirey, 1914, p. 27. Sobre las etapas de acercamiento a *Science et Technique*, Tanzi, *François Géný tra scienza del diritto e giurisprudenza*, cit., pp. 70-86.

137 Géný, *Science et Technique*, cit., p. 37.

138 Léon F. Julliot de La Morandière, *François Géný et la jurisprudence française*, en *Le centenaire du doyen François Géný*, cit., p. 74.

139 Géný, *Science et Technique*, cit., p. 39.

140 Ivi, p. 50.

141 Ivi, pp. 54-55. Véase Dabin, *François Géný*, cit., pp. 25-37.

142 Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 18. Sobre el debate que se desarrolló en la Alemania de principios del siglo XX en torno al problema de la plenitud de la ley, con particular referencia a la práctica seguida por los jueces para colmar, en concreto, las lagunas (incidentes ferroviarios, competencia desleal, cárteles, trusts) y a las orientaciones doctrinales empeñadas en sostener científicamente el reforzamiento del

verpflichtet», debía decidir, «wie nach klarem Wortlaut des Gesetzes zu entscheiden ist», pero cuando «das Gesetz ihm eine zweifellose Entscheidung nicht zu bieten scheint» o cuando pareciera probable que en el momento de la decisión el legislador no hubiera adoptado la solución indicada en la ley, debía «die Entscheidung treffen, die, seiner Überzeugung nach, die gegenwärtige Staatsgewalt, falls der einzelne Fall ihr vorgeschwebt hätte, getroffen haben würde»<sup>143</sup>. Solo cuando fuese imposible imaginar la voluntad del legislador contemporáneo, «so soll er nach freiem Recht entscheiden» y, «endlich, in verzweifelt verwickelten oder nur quantitativ fraglichen Fällen, wie Schadenersatz für immateriellen Schaden, soll – und muß er – nach Willkür entscheiden»<sup>144</sup>.

El encuentro entre ciencia jurídica y ciencias sociales – observaba Kantorowicz cuatro años después – se manifestaba sobre todo en el campo «des Judizierens *sine lege*»<sup>145</sup>. En caso de haber lagunas, comprobada la falta de norma legal o consuetudinaria, la solución del caso concreto se alcanzaría en vía jurisprudencial, a través del «freies Recht», es decir, que se extraía de los principios de la conciencia jurídica social, «auf *soziologischen Wege*»<sup>146</sup>. El juez, «genau wie der wirkliche Gesetzgeber», consideraría y ponderaría «das Verhältnis der ihm unterbreiteten Tatsachen zu den verschiedenen möglichen rechtlichen Regelungen»: también «die schöpferische Findung freien Rechtes bedarf also rechtssoziologischer Begründung»<sup>147</sup>.

El punto de partida estaba como siempre en la distinción entre ley y derecho, en la evidencia, renovada por Ehrlich en el mismo periodo, de cuán poco «der Wust der Gesetze die ganze bunte Mannigfaltigkeit des Lebens umfassen kann»<sup>148</sup>. Un caso que no hubiese estado previsto por la ley y que

---

papel del intérprete, véase Rainer Schröder, *Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende: Wissenschaftstheoretische Präzisierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz*, «Rechtstheorie», 19, 1988, pp. 323-367.

143 Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 34.

144 *Ibidem*.

145 Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 126. Resulta, este de las lagunas y de los vacíos normativos, el terreno preferido del movimiento del derecho libre, como confirmó tiempo después Ernst Fuchs, *Was will die Freirechtsschule?*, Rudolstadt, Greifen, 1929, ahora en Id., *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., pp. 26-28: véase Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 245-370.

146 Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 127.

147 Ivi, p. 128.

148 Ehrlich, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, cit., p. 106. Sobre el progresivo

«sich unter keine bekannte Entscheidung oder Verallgemeinerung bringen lässt», habría caído «in den „rechtsleeren Raum“»: la decisión «muss frei gefunden werden. Das ist der Weg, der zur schöpferischen Jurisprudenz geführt hat»<sup>149</sup>. Como habían sugerido Cimbali, Lambert y Vadalà-Papale, el proceso genético del derecho se remontaba, en el cambio de siglo, al modelo jurisprudencial de la antigua Roma, a los «responsa prudentium», al «prätorische Edikt», pero también «dem common law der Engländer und Amerikaner»<sup>150</sup>; casos todos, como el del “derecho libre”, en los cuales el juez extraía una regla que no era personal, individual, «bursalis» (como llamaron los glosadores a un cierto tipo de «aequitas»), sino fundada en el derecho de la sociedad: «durch seine Mund spräche nicht seine persönliche Ansicht, sondern das Recht»<sup>151</sup>.

El «juristische Modernismus», recapitulaba Fuchs en 1910, se fundaba en la idea de que el derecho no podía derivar del análisis abstracto de los conceptos, del «Apriorismus» de la sistematización dogmática de las ideas, sino ante todo de la observación, mediante la psicología y la sociología, de una realidad en continuo cambio<sup>152</sup>. También cuando la perspectiva había sido dirigida a los intereses, como en Heck (1858-1943) y en Stampe (1856-1941), la dimensión social representaba el elemento central del orden jurídico: en caso de lagunas, consecuencia natural de la imperfección del sistema legislativo, el juez debía decidir no según construcciones conceptuales abstractas, sino a base de consideraciones sociales<sup>153</sup>. El jurista debía responder a las expectativas

---

desarrollo de la teoría de Ehrlich en referencia a «Lückenfüllung», véase Vogl, *Soziale Gesetzgebungspolitik*, cit., pp. 241-260.

149 Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., p. 3.

150 Ivi, pp. 3 y 20.

151 Ivi, p. 28.

152 Fuchs, *Die soziologische Rechtslehre*, cit., col. 283.

153 En este sentido, Ernst Stampe, *Rechtsfindung durch Interessenwägung*, «Deutsche Juristen-Zeitung», 10, 1905, núm. 15, col. 717, pero véase también Id., *Rechtsfindung durch Konstruktion*, «Deutsche Juristen-Zeitung», 10, 1905, núm. 9, cols. 417-422. Resulta más radical la posición del mismo Stampe en *Gesetz und Richtermacht*, ivi, pp. 1017 ss., tanto como para obligar a distanciarse a Philipp Heck, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, «Deutsche Juristen-Zeitung», 10, 1905, núm. 24, cols. 1140-1142, ahora en *Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Texte zur Methodendebatte. 1900-1914*, herausgegeben und mit einem Anhang versehen von Andreas Gängel und Karl A. Mollnau, Freiburg-Berlin, Haufe, 1992, pp. 77-81. Véase Klaus Riebschläger, *Die Freirechtsbewegung*, cit., pp. 37-39. Sobre las diferencias entre «Freirechtsbewegung» y «Interessenjurisprudenz», Muscheler, *Relativismus und Freirecht*, cit., pp. 149-151.

concretas de la sociedad, descubrir «den Zusammenhang des Rechts mit den Lebensinteressen», armonizar los intereses enfrentados<sup>154</sup>. Por consiguiente, la cruzada «gegen Begriffsjurisprudenz» no era «gegen die Begriffe als solche», sino «gegen die Begriffspräponderanz»<sup>155</sup>, contra el acercamiento dogmático, la técnica filológica, el método sistemático, todas las especulaciones vacías que, derivaciones de la «Pandektologie» y del «Paragraphenschachspiel», trasladaban el eje de lo jurídico de la realidad a los libros, de la experiencia a las ideas<sup>156</sup>; no «gegen die gesetzliche Begriffsbildung oder gegen die Bindung des Richters an das vorhandene Gesetz», sino contra un modo de hacer derecho herméticamente encerrado en un mundo de conceptos abstractos<sup>157</sup>. «Wir bekämpfen die „Begriffsjurisprudenz“» – llegó a declarar el mismo Kantorowicz – «genau in dem Sinn, in dem *Ihering* das Wort geprägt hat. D. h., wir bekämpfen eine Jurisprudenz, die ihre Begriffe ohne Erwägung der Konsequenzen ins Blaue hinein konstruiert und bei Entscheidung einer Rechtsfrage die nunmehr vorhandenen Rechtsbegriffe ohne Rücksicht auf die Brauchbarkeit des Ergebnisses anwendet»<sup>158</sup>.

El discurso de los iusliberistas se aprovechaba por tanto de las conquistas de la «Escuela social», compartía las premisas sobre la separación entre ley y derecho, sobre la pluralidad de fuentes, sobre el origen histórico-social del fenómeno jurídico y sobre el poder del intérprete para descifrar el derecho impreso en los hechos económicos y sociales; se inspiraba abiertamente en el «clasicismo jurisprudencial», representado por la tradicional imagen del pretor romano; seguía a Gény en lo referente a las lagunas, no solo en el momento de restringir el espacio de la ley y de acentuar la «libertad» del juez, sino también cuando se trataba de confirmar el respeto hacia el principio de legalidad, rechazar cualquier de arbitrio jurisprudencial y adherirse a un modelo «vinculante» de derecho objetivo. En vez de la ley, de la abstracción de las normas, del «cielo de los conceptos jurídicos», según la célebre

---

154 Philipp Heck, *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?*, «Deutsche Juristen-Zeitung», 14, 1909, núm. 24, cols. 1457-1461, ahora en *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*, cit., p. 128.

155 Fuchs, *Die soziologische Rechtslehre*, cit., cols. 283-284.

156 Id., *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, Karlsruhe, Braunschweig, 1909, p. 73, y más ampliamente pp. 1-26.

157 Heck, *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz*, cit., p. 125.

158 Kantorowicz, *Methodenreform und Justizreform*, «Deutsche Richterzeitung», 11, 1911, cols. 349-356, ahora en *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*, cit., pp. 265-266.

metáfora de Jhering<sup>159</sup>, la interpretación jurisprudencial, la concreción en las decisiones y la realidad de las relaciones sociales.

En el origen del iusliberismo se hallaban por lo tanto, según Fuchs, las exhortaciones de Gény, que, en 1899, «das erste große Feuer in dieser Geistesnacht anzündete»<sup>160</sup>. Así como en Francia el jurista lorenés había invitado a trabajar «par le code civil mais au delà du code civil», en Alemania Ehrlich, Stammler y Stampe habían invitado a trabajar «durch das Bürgerliche Gesetzbuch aber über das Bürgerliche Gesetzbuch hinaus»<sup>161</sup>. Año tras año, libro tras libro, la cultura jurídica había asimilado la conciencia de la nueva era, el convencimiento de que junto a la ley había «Tausende von Konstellationen, an die das Gesetz nicht gedacht hat»<sup>162</sup>. La vieja visión según la cual el juez debía buscar la solución exclusivamente en el tejido legislativo, sirviéndose de la «Methode des Syllogismus», como si «das Gesetz» no tuviese «Lücken» y el juez fuese «ein Subsumtions-Automat» que busca en el texto, «deduzieret und konstruieret», chocaba con una realidad en continuo movimiento, renovada por las cambiantes necesidades de la vida<sup>163</sup>. El intérprete debía atender a las dinámicas sociales, equilibrar los intereses opuestos, extraer la norma de la «Natur der Sache», conformar su decisión «den Grundsätzen der sozialen Gerechtigkeit und Billigkeit»<sup>164</sup>; obviamente, no crear la norma de manera arbitraria según su credo personal, sino decidir en conformidad con el «Rechtsgefühl», accesible al jurista de profesión y enriquecido por la experiencia, por el contacto «mit der Lebenspraxis» y por los estudios sociológicos y psicológicos<sup>165</sup>. Solo mediante «eine solche schöpferische Auslegungsmethode»

---

159 Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, cit, trad. it *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, Sansoni, 1954, pp. 269-354.

160 Fuchs, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 70. Véase el bosquejo no solo biográfico, sino también científico y teórico, trazado por Albert S. Foulkes, *Ernst Fuchs und die Freirechtlehre. Ein Lebensbild*, en Fuchs, *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., pp. 225-259, y *Vorwort* en Fuchs, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, herausgegeben von Albert S. Foulkes, Band 1, *Schreibjustiz und Richterkönigtum. Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz sowie vier kleinere Abhandlungen*, Aalen, Scientia Verlag, 1970, pp. 7-27.

161 Fuchs, *Recht und Wahrheit* cit., p. 70.

162 Id., *Die soziologische Rechtslehre. Eine Erwiderung*, «Deutsche Juristen-Zeitung», 15, 1910, núm. 5, col. 284.

163 Id., *Recht und Wahrheit*, cit., pp. 70-71.

164 Ivi, p. 72.

165 Ernst Fuchs, *Freirechtleri und soziologische Rechtslehre*, 1910, ahora en Id., *Gesammelte Schriften*, cit., pp. 467-472.

podía cumplir el derecho «seine Mission» de abrirse «den allmählich durchdringenden Fortschritten des sozialen und wirtschaftlichen Lebens»; solo mediante «diese schöpferische Methode» volvía de nuevo la ciencia jurídica «zu ihrem hohen Platz in der Rangordnung der Wissenschaften»<sup>166</sup>.

Ni subversión ni mensajes revolucionarios, solo la evidencia de un universo real más amplio y complejo que el que un legislador hubiera podido prever<sup>167</sup>. Sobre todo tras las primeras reacciones críticas, los «modernistas» puntualizaron que jamás habían considerado la hipótesis de la independencia del juez respecto a la ley, el arbitrio del intérprete, la primacía de la voluntad judicial; jamás habían apoyado la oligarquía judicial, solo habían intentado reconocer al juez, en el amplio espacio dejado por las lagunas y por las deficiencias de la ley, un poder de interpretar basado en la atención al orden social y económico, en vez de en la invención de ideas y conceptos<sup>168</sup>. Ya en ese año cargado de acontecimientos que fue 1903, Ehrlich fue claro al considerar al juez «an Gesetz [...] gebunden» aunque debiera adaptar las reglas «den Umständen des einzelnen Falles»<sup>169</sup>. El «Freirecht» no era una idea revolucionaria, sino simplemente un modo, como había explicado Fuchs, de definir el «Recht» que quedaba fuera de la esfera estatal<sup>170</sup>: no era «frei vom Gesetz» que la «soziologische Rechtsschule» imaginaba el intérprete, sino «frei von der theoretisch und im „allgemeinen Teil“ verpönten, aber praktisch herrschenden Begriffssklaverei»<sup>171</sup>. El juez – explicaba Fuchs citando a Gény, Ehrlich, Stammler y Stampe – «steht unter dem Gesetz.

---

166 Id., *Recht und Wahrheit*, cit., p. 74.

167 Ya que la «moderne Leben» no podía esperar «bis der gesetzgeberische Apparat mit periodischen Revisionen oder, wie bei den Römern, mit prätorischen Edikten, eingreift» – argumentaba Fuchs, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 74 – la «juristische Leben» debía buscar y encontrar «in sich selbst ein Instrument» que fuese «immer für diese Angleichung tätig»: tal instrumento era, precisamente, «die schöpferische Rechtsauslegung».

168 Sobre el papel del juez en las propuestas de los «Freirechtler» y acerca del desarrollo del debate sobre el método, Schröder, *Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwend*, cit., pp. 345-367. Véase además Riebschläger, *Die Freirechtswissenschaft*, cit., pp. 47-49. Las críticas, como es sabido, llevaron a Kantorowicz a añadir algunas modificaciones a su manifiesto *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* en la trad. it. *La lotta per il diritto*, con prefacio y notas del juez Raffaele Majetti, Milano-Palermo-Napoli, Sandron, 1908.

169 Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, cit., p. 1.

170 Así, también Fuchs, *Was will die Freirechtsschule?*, cit., p. 27.

171 Id., *Die soziologische Rechtslehre*, cit., col. 284.

Niemand bestreitet, daß überall da, wo das Gesetz einen Fall ausgesprochen und klar entscheidet, ihm der Richter unterworfen ist»<sup>172</sup>. Su papel era decisivo solo cuando «das Gesetz unklar ist oder schweigt», cuando «es also eine jener hundertfältigen Verschlingungen des praktischen Lebens nicht trifft»<sup>173</sup>.

El modelo adoptado en 1907 por el ZGB no solo era la perfecta proyección, en el ámbito normativo, de la nueva concepción metodológica, sino también la prueba de que las ideas de la «Freirechtsbewegung» no eran ni revolucionarias ni anárquicas<sup>174</sup>. Cuando en su primer artículo establecía que en los casos no regulados por la ley o por la costumbre el juez se atenía a la doctrina y a la jurisprudencia más relevante, decidiendo finalmente según la regla que él adoptaría como legislador, el Código civil suizo, por un lado, preveía de manera realista la imperfección del sistema legislativo y, por otro, reconocía la función de auténticas fuentes del derecho de la doctrina y de la jurisprudencia<sup>175</sup>. En 1911, rechazando las acusaciones de «rechtsphilosophischen Anarchismus», Kantorowicz calificó como «eine Fabel» la idea de que «die Freirechtler – oder ihr (angeblich existierender) „radikaler Flügel“ – die unbedingte Verbindlichkeit des Gesetzes bestritten und dem Richter gestatten wollten – sei es grundsätzlich, sei es im Bedürfnisfalle –, *gegen das Gesetz zu entscheiden*»<sup>176</sup>. En pocas y eficaces páginas, citaba esos párrafos en los cuales los «Freirechtler» más “sospechosos” habían mantenido inequívocamente el principio de la sujeción del juez a la ley, y condensaba en pocas y calibradas palabras el verdadero mensaje del movimiento: la «freie Rechtsfindung»

172 Id., *Recht und Wahrheit*, cit., p. 70.

173 *Ibidem*.

174 Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., pp. 33-34; Fuchs, *Recht und Wahrheit*, cit., p. 72.

175 Art. 1 del ZGB: «das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut und Auslegung eine Bestimmung enthält. Fehlt es an einer gesetzlichen Vorschrift, so entscheidet der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo ein solches nicht besteht, nach bewährter Lehre und Überlieferung. Kann er aus keiner dieser Quellen das Recht schöpfen, so fällt er sein Urteil nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen müßte».

176 Hermann Kantorowicz, *Die Contra-legen Fabel*, «Deutsche Richterzeitung», 8, 1911, cols. 258-263, ahora en *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*, cit., p. 234. Pero un año antes, en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 124, Kantorowicz ya había hablado de «Fabel». Véase sobre este punto Muscheler, *Relativismus und Freirecht*, cit., pp. 125-141, y Riebschläger, *Die Freirechtsbewegung*, cit., pp. 103-105.

tenía «ihre Stelle eben da, wo die bloße Auslegung an ihre Grenze gelangt ist»; el «freies Recht» «da, wo Lücken des Gesetzes auszufüllen sind»<sup>177</sup>.

El mismo año, Kantorowicz precisaba que «wer die Anerkennung der subsidiären Geltung freien *Rechts* fordert, fordert noch lange keinen vom Gesetze freien *Richter*»<sup>178</sup>. La «Freirechtsbewegung» valoraba «die Bedeutung des *Gerechtigkeitsgefühls*» y «die Notwendigkeit seines Mitwirkens bei allen juristischen Operationen», siempre y cuando fuera claro que no había ninguna referencia al «Gefühl des Laien, sondern dem des Berufsjuristen, das am Studium der dem positiven Rechte innewohnenden Wertungen geschult ist»<sup>179</sup>. Por tanto, cualquier alusión a la «*Wollen*» del juez debía entenderse en sentido amplio, “desactivando” el «Mißverständnis» generado por quien había pretendido vislumbrar «in dieser „voluntaristischen“ Lehre eine Empfehlung der Willkürjustiz»: el juez nunca debía decidir subjetivamente, sino «unter der Herrschaft des Gerechtigkeitsgefühls» y «nach einem allgemeinen Prinzip»<sup>180</sup>. Esto era el «freies Recht»: «alles Recht, das nicht förmliches Recht, d.h. Gesetz oder formuliertes Gewohnheitsrecht [ist]»<sup>181</sup>; el punto de partida de una teoría, relacionada con la sociología, con la «Interessenjurisprudenz» y con el «Modernismus», destinada a explicar cómo colmar las innegables «Lücken im förmlichen Rechte» a la luz de un criterio interpretativo vinculado al sentimiento jurídico de la comunidad<sup>182</sup>.

### 8. Tierras fértiles. Diálogos “brasileños” con la renovación europea

Bajo la superficie, las ramificaciones de la «Escuela social del derecho» se cruzaban con las inquietudes del “renacimiento jurídico” francés y las provocaciones del iusliberismo alemán, superponiéndose las unas a las otras, recorriendo itinerarios contiguos e inspirándose en un patrimonio científico común. Sin una dirección visible, las distintas tendencias de la cultura jurídica componían un panorama homogéneo, perfectamente integrado en el am-

177 Kantorowicz, *Die Contra-legem Fabel*, cit., p. 240. Sobre las relaciones entre Kantorowicz y los otros exponentes del movimiento, Karlheinz Muscheler, *Hermann Ulrich Kantorowicz. Eine Biographie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, pp. 25-31.

178 Kantorowicz, *Methodenreform und Justizreform*, cit., pp. 263-264.

179 Ivi, p. 266.

180 Ivi, p. 267.

181 *Ibidem*.

182 Ivi, p. 268.

plio marco científico-cultural de la Europa de finales del siglo XIX: cercanos desde el punto de vista constitucional, filosófico, metodológico y temático, los protagonistas del reformismo italiano permanecían sin embargo en un «espacio angosto», confinados en el sombrío campo de lo “desconocido”<sup>183</sup>.

Al otro lado del Atlántico, en la América latina, el diálogo con los juristas italianos parecía al contrario desarrollarse de manera consciente, manifestarse a través de exhortaciones explícitas, darse a conocer de manera oficial: la distancia, considerable en el terreno geográfico, desaparecía en el científico gracias al perfecto conocimiento que la ciencia jurídica brasileña tenía de los «neotéricos» italianos, a la familiaridad con la que manejaba sus obras, sus tesis y sus argumentos. En 1896, tres años antes de recibir el encargo de preparar el nuevo proyecto de Código civil, Clóvis Beviláqua (1859-1944) manejaba con destreza *La nuova fase del diritto civile* de Cimbali, la *Filosofia del diritto privato* de Cogliolo y *La genesi e l'evoluzione del diritto civile* de D'Aguanno<sup>184</sup>; predicaba, con el fin de indagar científicamente el fenómeno jurídico, el conocimiento de la psicología, de la economía política, de la moral y de la historia, recordando a Cimbali, Cogliolo, D'Aguanno, Vivante y Puglia junto a Tarde, Mill, Maine, Jhering y Savigny<sup>185</sup>; aludía a las opiniones de D'Aguanno y Cogliolo junto a las de Mill y Tarde para explicar que el «fundamento ultimo das obrigações» se apoyaba en el «interesse da sociedade» en armonía con el de los «individuos»<sup>186</sup>; se detenía ante el difícil debate de la unificación del derecho de obligaciones, recordando el conocido empeño de Vivante «por ver fundidas, em um só corpo, as duas grandes divisões do direito privado, o commercial e o civil»<sup>187</sup>; explicaba el concepto solidarista-social de Cimbali centrado en la idea de un Estado que debía intervenir «para a garantia da hygiene, da moralidade, e da instrução dos operarios; para regular o trabalho das mulheres e dos meninos nas officinas

---

183 La imagen de «El espacio angosto » es tomada del título de la versión italiana de la obra *The Narrow Corner* de William Somerset Maugham en la traducción de Adriana Crespi Bortolini, con introducción de Salvatore Mazzarella, Palermo, Sellerio, 1994.

184 Clóvis Beviláqua, *Direito das obrigações*, Bahia, José Luiz da Fonseca Magalhães Editor, 1896, por ejemplo pp. 7, 13, 23, 24, 63. Sobre Beviláqua véase ahora Nelson Nery Junior, *Clóvis Beviláqua. O codificador do Direito Civil brasileiro*, en *Grandes juristas brasileiros*, livro II, organizadores Almir Gasquez Rufino e Jaques de Camargo Penteadó, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 43-87.

185 Beviláqua, *Direito das obrigações*, cit., pp. 18-26, 29-59, 62.

186 Ivi, p. 13.

187 Ivi, p. 62.

e fabricas; para disciplinar a emigração e proteger os emigrantes, contra a fraude de avidos especuladores; para moderar a concurrencia illimitada do capital, impedindo-o de tornar-se um instrumento de oppressão do trabalho; para vedar as manufacturas insalubres; e para impedir os effeitos desastrosos do monopolio em certas empresas de interesse geral, como as vias ferreas, os correios, os telegraphos, a navegação»<sup>188</sup>; compartía con D'Aguanno y Cogliolo la necesidad de una codificación que respetase la «tradição», secundase la «evolução social que nos fornece a sociologia» y reflejase a lo largo del tiempo la «consciencia juridica», reconsiderando, como sugerían Salvioli y Tartufari, el modelo individualista de los «*codigos burguezes*», y abriéndose, como pedían Cimbali, Cavagnari y Tortori, a los «reclamos das novas formas que tem assumido em nossos tempos a coexistencia humana»<sup>189</sup>.

Las condiciones de Brasil, en el terreno político, constitucional y científico, contribuyeron a generar un clima favorable a las tendencias menos tradicionalistas, al rechazo de la abstracción y del conceptualismo y a la recepción de las ideas menos legalistas, menos individualistas y menos estatistas. Desde la década de los 60, impulsada por las polémicas sugerencias de Tobias Barreto (1839-1889) y de Sílvio Romero (1851-1914), la denominada «Escola do Recife» consumaba la ruptura con el eclecticismo espiritualista, proclamaba la «morte» del idealismo, de la «theologia» y de la «metaphysica de antigo estylo»<sup>190</sup>: el derecho no era «um filho do céu», como glosaba Barreto con expresión “a lo Jhering”, sino «simplesmente um

---

188 Ivi, p. 24.

189 Clóvis Beviláqua, *O problema da codificação do direito brasileiro*, «Revista da Faculdade de direito do Recife», 6, 1896, pp. 1-18.

190 Tobias Barreto, *Introdução ao Estudo do Direito*, 1887-88, en Id., *Obras completas* (Edição do Estado de Sergipe), vol. VII, *Estudos de direito*, vol. II, Rio de Janeiro, Editora de Paulo, Pongetti & C., 1926, p. 5. Véase Antonio Paim, *A Escola do Recife*, Londrina, UEL, 1999, en concreto pp. 10-30 y 72-76. Para una aproximación a la polifacética figura de Tobias Barreto (musicólogo, poeta, filósofo y jurista), se aconseja la lectura de Miguel Reale, *Tobias Barreto na Cultura Brasileira*, en Tobias Barreto, *Obras completas* (Edição Comemorativa), *Estudos de Direito*, organização e notas de Paulo Mercadante y Antonio Paim, Rio de Janeiro, Editora Record, 1991, vol. I, pp. 37-42, muy útil también para orientarse en el articulado y cambiante universo cultural del jurista brasileño (entre Jhering, Post, Haeckel, Noiré, Darwin, Kant). En el mismo volumen, véase (pp. 11-15), para los aspectos directamente referidos a la vida y carrera, Luiz Antonio Barreto, *Tobias Barreto: uma biobibliografia*, que ofrece un amplio y detallado aparato bibliográfico (pp. 16-34).

fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade»<sup>191</sup>; la jurídica, al tratar «de uma ordem de factos humanos», era una ciencia humana que, como todo «ramo do saber humano» no tenía una existencia «isolada», sino lógicamente subordinada a un conjunto de conocimientos científicos preliminares, «*idéas propedeuticas*», como la de que «tudo se move» y «tudo se desenvolve»<sup>192</sup>; o la que concebía el Estado como «um organismo perfeito», a semejanza del «organismo humano», medio y fin del «ordem social», «*orgão*» de la «cultura humana»<sup>193</sup>. La apertura inicial hacia el positivismo de Comte, pronto rechazada por el mismo Barreto, se entrelazaba, según el momento y el autor, con los asuntos del darwinismo, del materialismo, del realismo, del organicismo, del neokantismo y del evolucionismo, en busca de un equilibrio en función de las peculiaridades del contexto político, social y económico<sup>194</sup>. En estrecho contacto con la cultura europea, la «Escola do Recife» terminó por virar hacia un empirismo de carácter sociológico (un «*culturalismo sociológico*»<sup>195</sup>), ahora ramificada – gracias al empeño de los innumerables discípulos de Barreto, entre los que encontramos a Artur Orlando da Silva (1858-1916), José Isidoro Martins Júnior (1860-1904), Franciso Faelante da Câmara (1862-1909), Fausto de Aguiar Cardoso (1864-1906) y al propio Clóvis Beviláqua – en las distintas áreas del país, especialmente en el Norte, en las universidades de Bahia, Sergipe y Ceará, pero también en Porto Alegre y en Río de Janeiro<sup>196</sup>.

191 Tobias Barreto, *Idéia do Direito*, 1883, en Id., *Estudos de Direito*, vol. I, cit., p. 48 (pp. 45-50). Para la privilegiada relación de Barreto con Jhering véase Paulo Mercadante e Antonio Paim, *Os “Estudos de Filosofia” de Tobias Barreto*, «Revista brasileira de Filosofia», 15, 1965, 59, pp. 387-411, en concreto pp. 397-399. Y sobre la influencia de la cultura alemana, Mario Losano, *La Scuola di Recife e l’influenza tedesca sul diritto brasiliano*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 4, 1974, pp. 321-412.

192 Barreto, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 3-14.

193 Id., *Preleções de direito constitucional*, 1882, en Id., *Obras completas*, cit., pp. 49-55.

194 Para una reconstrucción de las distintas fases de la Escuela véase Paim, *A Escola do Recife*, cit., en concreto pp. 30-33 y 78-85.

195 Véase Paim, *A Escola do Recife*, cit., pp. 33 y 85-91. La definición de «culturalismo» es de Miguel Reale, *O Culturalismo na Escola do Recife*, en *Horizontes do Direito e da História*, São Paulo, Saraiva, 1956, pp. 225-233. Véase Gerson Luiz Carlos Branco, *O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código civil*, en Judith Martins-Costa y Gerson Luiz Carlos Branco, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 1-85.

196 Paim, *A Escola do Recife*, cit., pp. 37-52.

La influencia del evolucionismo de Spencer y la adopción del paradigma de Darwin, junto al éxito del historicismo y de las tesis de Mill, la difusión, en consonancia con lo que sucedía en Europa, de los principios de la sociología, del positivismo y de la economía, simbólicamente contenidos en el lema «Ordem e progresso» impreso sobre el globo de la bandera, se unían a las peculiaridades del contexto político, económico, constitucional (la independencia sin independentismo, la permanencia de la esclavitud, el desarrollo industrial, la inmadurez del Estado), contribuyendo a “retrasar” la aparición del Código civil<sup>197</sup>. Iniciado en 1855 con la *Consolidação* de las leyes civiles de Teixeira de Freitas (1816-1883), el proceso de codificación, confiado en su fase decisiva a Beviláqua («um culturalista ativo» ciertamente desfavorable a una concepción potestativa del derecho)<sup>198</sup>, no se concluyó en Brasil hasta 1916, acompañado de las críticas de una parte de la doctrina, dirigida por Lacerda de Almeida (1850-1943), que denunciaba los efectos “inmovilizadores” del modelo codificador<sup>199</sup>.

En un clima cultural colonizado por doctrinas de inspiración evolucionista, social e historicista, la falta de código terminó por infundir en la propia

---

197 Véase Ricardo Marcelo Fonseca, *Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 33-34, 2004-2005, *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, pp. 964-983.

198 Resulta excelente, desde esta perspectiva, la reconstrucción del itinerario cultural de Beviláqua, con su deuda hacia Barreto («antecedente necessário») y sus vínculos con la «Escola do Recife», que propone Judith Martins-Costa, *Clóvis Beviláqua e a Escola do Recife*, «Revista do Instituto do Direito Brasileiro», 2, 2013, 8, pp. 8349-8368 (la cita en p. 8355).

199 Revocado en 1872 el encargo hecho en 1859 a Teixeira de Freitas de preparar un proyecto de Código civil, el proceso de codificación pasó por la formación, en la década de los 80, todavía bajo la égida del Imperio (1822-1889), de distintas comisiones, y por el proyecto Coelho Rodrigues, terminado en 1893, hasta el proyecto de Beviláqua, que recibió en 1899 el encargo del entonces ministro de justicia Epitácio Pessoa (Presidente de la República de 1919 a 1922). El proyecto, revisado por una comisión ministerial, objeto de críticas y propuestas por parte de juristas, universidades y tribunales, discutido y enmendado en el Parlamento y en el Senado, fue aprobado finalmente por una ley de 1 de enero de 1916 que facilitó la entrada en vigor el año siguiente del *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Una ley de 15 enero de 1919 introdujo posteriormente una serie de correcciones. Sobre el proceso de codificación en Brasil, Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 246-270. Sobre el papel central de Beviláqua, Nery Junior, *Clóvis Beviláqua*, cit., pp. 57-74.

cultura de la codificación una idea menos mecanicista de la interpretación<sup>200</sup>. Manteniéndose, conforme al modelo italiano, el tenor literal del art. 7 de la *Introdução* (que establecía, en caso de lagunas, el recurso por parte del juez a la analogía y, eventualmente, a los principios generales del derecho), en la interpretación de Beviláqua la idea era la de «una marcha ascensional», una ampliación progresiva de las «operações» intelectuales, el paso gradual de la aplicación literal de la ley al reconocimiento de los principios generales del derecho<sup>201</sup>: el intérprete debía ejercer su «livre investigação», recabar e investigar «os principios geraes do direito», que no eran, como alguno suponía, los «principios geraes do direito nacional», sino los «elementos fundamentais da cultura jurídica humana», las «idéas» y los «principios sobre os quaes assenta a concepção jurídica dominante», las «inducções» y las «generalizações da sciencia do direito e dos preceitos da technica»<sup>202</sup>.

«Ciencia» y «técnica», precisamente como en la obra de Gény, que Beviláqua nítidamente retomaba en su comentario al Código, confirmando así la existencia de las «condições propícias» que habían hecho posible la penetración de los mensajes “revolucionarios” procedentes de Europa<sup>203</sup>: los principios generales del derecho no eran, como alguno objetaba, «vagos» ni «indeterminados»; gracias al estudio de la historia, a la formación jurídica y a la aplicación de la filosofía del derecho, el intérprete escogía la vía que «habilita o jurista a reconhecer a *natureza positiva das coisas*, elemento objetivo, impreciso, mas fecundo da investigação jurídica, segundo Gény, fonte subsidiaria do direito»<sup>204</sup>. Libertad y justicia, equidad y moral, «sociologia» y «legislação comparada» concurrían para «desprender do conjuncto das idéas, que formam a base da civilização hodierna, os principios geraes e as permanencias do direito»<sup>205</sup>, según un programa que parecía repetir las palabras de

---

200 Son elocuentes en este sentido las reflexiones sobre los méritos y sobre los defectos de la codificación desarrolladas en 1896 por el propio Beviláqua, *O problema da codificação do direito brasileiro*, cit., pp. 1-18.

201 *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil*, comentado por Clóvis Beviláqua, oitava edição actualizada por Achilles Beviláqua, Rio de Janeiro-São Paulo-Belo Horizonte, Editôra Paulo de Azevedo, 1949<sup>8</sup>, vol. I, p. 115. Véase Martins-Costa, *Clóvis Beviláqua e a Escola do Recife*, cit., en concreto pp. 8362-8368.

202 *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil*, cit., pp. 115-116.

203 Miguel Reale, *Gény na cultura jurídica brasileira*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 20, 1991, pp. 351-365.

204 *Codigo civil dos Estados Unidos do Brasil*, comentado por Clóvis Beviláqua, cit., p. 116.

205 *Ibidem*.

Lambert, cuando consideraba que el estudio del «droit civil comparé» era el instrumento a través del cual la doctrina, encargada de «guider et activer le mouvement de la jurisprudence», podía descubrir las «solutions juridiques les plus conformes aux exigences actuelles de l'équité et de l'utilité sociale»<sup>206</sup>.

Coincidencias, consonancias y correspondencia brasileñas con la renovación europea. Testimonios de una cultura jurídica en movimiento, de una circulación de ideas que no conocía fronteras, océanos o cadenas montañosas. Así como la cercanía no se tradujo en una entrada triunfal del estilo italiano en el universo germánico, así la lejanía no excluyó la empatía de la cultura brasileña con la «Escuela social del derecho»<sup>207</sup>. Los contactos, las relaciones y los reconocimientos, así como los silencios, los olvidos y las indiferencias, estaban determinados por otros factores, además del obvio de la distancia: la proximidad lingüística, los prejuicios ideológicos, la rivalidad científica, las relaciones políticas, la estructura constitucional, las relaciones económicas, el contexto social. A veces, como observaba el Galileo de Brecht, en realidad «la línea más corta entre dos puntos puede ser una línea curva»<sup>208</sup>. Una línea obviamente más larga que la recta, pero nunca tanto como para obstaculizar la circulación del pensamiento y de las ideas, especialmente en la tradición cultural brasileña: «para pensar longe» – advertía Riobaldo en el *Grande Sertão* – «sou cão mestre – o senhor solte em minha frente uma idéia ligeira, e eu rastreio essa por fundo de todos os matos, amém!»<sup>209</sup>.

206 Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, cit., pp. 44-45.

207 Empatía, no «recepción» pasiva, como ha subrayado recientemente Ricardo Marcelo Fonseca, *Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo*, en Bernardo Sordi (a cura di), *Storia e diritto. Esperienze a confronto*, Firenze, 18-19 ottobre 2012, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 415-424. Un ejemplo concreto de «adaptações» creativas puede verse en Laura Beck Varela, *Das Sesmarias à propriedade moderna. Um estudo de história do direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 76-78 y 195-233.

208 Bertolt Brecht, *Leben des Galilei*, Berlin, Suhrkamp, 1955, trad. it. *Vita di Galileo*, Torino, Einaudi, 1963, p. 123.

209 João Guimarães Rosa, *Grande Sertão: veredas*, 1956, Rio de Janeiro, Nova Aguilar, 1994, p. 14. Sobre las repercusiones jurídicas de la gran obra de Guimarães Rosa véanse las sugerentes páginas de Judith Martins-Costa, *O pacto no sertão roseano: os pactos, os contractos, o julgamento e a lei*, en *Narração e Normatividade. Ensaios de Direito e Literatura*, coordinadora Judith Martins-Costa, Rio de Janeiro, GZ, pp. 263-282.



## SUMARIO

Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti Derecho en movimiento: una cuestión teórica nada convencional . . .	9
--	---

### Espacios

María Julia Solla Sastre El gobierno de la especialidad. Personas y cuerpos en movimiento entre España y Ultramar (1850-1885) . . . . .	21
---	----

Pablo Zapatero Miguel Acción y reacción en la lucha contra la impunidad: el caso del Genocidio Maya . . . . .	73
---	----

Maria Chiara Vitucci Some considerations on the two-way circulation of legal concepts and experiences between colonies and motherland . . . . .	97
---	----

Arno Dal Ri Jr. El tratamiento jurídico del extranjero en Brasil: de la “gran naturalización” de la Primera República a la seguridad nacional en el Estado nuevo (1889-1945) . . . . .	107
---	-----

Flavia Stara Women in motion: effetti e aspettative delle migrazioni al femminile . . . . .	145
---	-----

## Saberes

Ferdinando Mazzarella La «Escuela social del derecho» entre Europa y Brasil. Encuentros y desencuentros ante las transformaciones de fin de siglo . . . . .	157
Ricardo Sontag A escola positiva italiana no Brasil entre o final do século XIX e início do século XX: a problemática questão da “influência” . . . . .	203
Eva Elizabeth Martínez Chávez Rutas científicas y académicas. Juristas republicanos españoles exiliados en México durante el régimen de Franco . . . . .	231
Los autores . . . . .	251
Índice . . . . .	253