



TRES AUTORES DE FINALES DEL XIX Y PRINCIPIOS DEL XX QUE SE REBELARON CONTRA LA DEFINICIÓN DERECHO=LEY

Juan Bms. Vallet de Goytisolo

La definición de la palabra derecho, en su sentido objetivo, como fruto del voluntarismo y del nominalismo la hacía equivalente a ley positiva emanada del Estado, sería reafirmada como mandato coercitivo por Kant, con empaque científico la impuso la escuela de la exégesis y, después del paso dado por Windscheid del método dogmático científico al dogmático legislativo, se impondría –a pesar del malestar mostrado por algunos autores– en tratados y universidades francesas y alemanas.

Esta equivalencia –que en la práctica jurídica nunca se aceptó plenamente–, hoy es rechazada, en general, tanto en Filosofía del Derecho como por los más profundos estudios de Derecho civil.

Pienso que para ver la génesis de este retorno hacia la genuina definición de derecho, como lo que es justo, es de interés destacar que, a finales del siglo XIX, Joaquín Costa, en España, y François Géný en Francia; y, ya a principios del siglo XX, Eugen Ehrlich, en Alemania, se habían rebelado con notable vigor en contra de esta equivalencia.

Los tres autores lo hicieron desde perspectivas diversas. Joaquín Costa, que había mamado y vivido el derecho consuetudinario del Alto Aragón, nunca admitió el concepto de derecho

acuñado por el positivismo legalista; pues veía el derecho en la vida, en los hechos estimados con sentido y razón naturales.

Gény, en cambio, se hallaba condicionado por la terminología y los conceptos jurídicos difundidos en el siglo XIX, y tuvo que luchar a brazo partido, con toda su fuerza intelectual, para hacer estallar la equivalencia derecho-ley que, por otra parte, no veía aceptada por la práctica de los tribunales franceses.

Y, finalmente, Ehrlich observó críticamente la definición del derecho desde la perspectiva que le brindaba la sociología, aplicada al campo de lo jurídico, a la cual se consagró.

Por eso, me ha parecido de interés contribuir con esta colaboración al homenaje al Profesor Javier Hervada, fundador de la Revista *Persona y Derecho*, exponiendo las razones de esas tres rebeldías contra la pretendida definición de derecho como mandato legislado por el Estado.

1. LA DEFINICIÓN DE DERECHO Y SU ANÁLISIS FORMULADOS POR JOAQUÍN COSTA

Joaquín Costa Martínez, el León de Graus, se apartó de las definiciones normativistas de derecho (anticipándose en esto más de treinta años a Eugen Ehrlich), así como de las definiciones positivistas, materiales o formales, basadas en su coercibilidad; y la situó en el ámbito de las relaciones —como había hecho Montesquieu— o de las ordenaciones racionales —conforme lo había definido Santo Tomás—; y, además, como el mismo Aquinatense, lo centró en la determinación del derecho justo, como *res iusta*, ya sea que efectúe en un hecho particular o bien se determine en un hecho normativo —como, después de su definición, aclara.

Define como "concepto absoluto" de derecho, "la relación establecida racionalmente entre fines condicionales y condiciones

o medios útiles"¹, o "el orden de la libre condicionalidad en vista de fines racionales"². Relación y ordenación que no se dan en abstracto, sino "para la vida", a fin de que ésta sea "vida jurídica del ser racional". De modo tal que si el derecho "es la libre condicionalidad", ésta halla en la vida "la realización e información de su esencia eterna en el tiempo"³.

Las notas categóricas de esta definición son las siguientes⁴:

1º "El derecho es un principio de *dirección* de la voluntad y, por tanto, independiente de la voluntad y superior a ella".

En nuestra lengua, explica⁵, "la musa popular española *contrapone* constantemente estos dos conceptos: *derecho* y *tuerto*, dando a entender que 'derecho' es lo *bueno*, lo justo, lo verdadero, como 'tuerto' es lo *malo*, lo injusto, lo falso, lo erróneo"; que "*bien* es lo conforme a la *razón*", usada esta última palabra "como sinónima de bien o de justicia o derecho"; y que alguna vez se emplea el vocablo *derecho* "como equivalente de *razón*", pues, "siendo el hombre un ser racional, debe obrar el derecho como bien que es".

El fundamento y el criterio del derecho "no están en la voluntad", "antes bien, el derecho es la ley de la voluntad, constituyendo respecto de ella un deber".

"Tampoco se halla el criterio del derecho –prosigue⁶– en las leyes positivas, antes bien el derecho es anterior y superior a ellas, regla y medida para juzgarlas".

2º "Es también un principio de *libertad*; su realización no depende de la fuerza exterior, sino de la libre aceptación del su-

1. Joaquín COSTA, *La vida del derecho*, 11; cfr. en "El derecho en la letra y en la vida", Madrid, Ed. Bergua, s. f., p. 95.

2. *Ibid*, *Teoría del hecho jurídico individual y social* 7; Madrid, Impr. Rev. de Legislación, 1880, p. 52.

3. *Ibid*, *La vida del derecho*, 11, pp. 95 y ss.

4. *Ibid*, *Teoría del hecho*, 7, p. 51.

5. *Ibid*, *Estudios jurídicos*, cap. I, 1, Madrid, Impr. de la "Rev. de Legislación", 1884, pp. 5 y ss.

6. *Ibid*, pp. 11 y ss.

jeto racional; la coacción es un factor accidental de la vida del derecho pero no entra en él como un elemento componente".

Es de advertir que, para Joaquín Costa, la *libertad* se presenta en correlación al *bien*; es decir, se debe ejercitar "dentro de los límites que traza la ley objetiva del bien", entendiendo que, para "el bien solamente, para la justicia como para la virtud, que no para el mal, es dada la libertad, la cual debe ser cuidadosamente distinguida del albedrío"⁷.

A su juicio⁸, se realiza normalmente la libertad y "disfruta de salud el cuerpo jurídico", "cuando se logra un ordenado y activo movimiento de *selfgovernment* por parte del pueblo, con ejercicio de un sabio y prudente ejercicio del poder oficial".

La coacción, según considera⁹, es "una categoría ajena al derecho, pero *auxiliar* obligado para su realización". Después de un repaso por la historia del derecho romano, por el antiguo derecho mercantil y por el internacional, reitera¹⁰ que "*el derecho no es un orden de coacción exterior...* La buena fe, la hombría de bien, he ahí la principal y casi la única garantía del derecho. Disciplinar la voluntad, iluminar al hombre interior, hacerle triunfar de sí mismo para que sea verdaderamente *libre*, he ahí el objetivo a donde debe convertir su atención el legislador, raramente absorbido en ideas estériles, planes y organizaciones puramente mecánicas, sin más cimiento ni otra trabazón que la policía y la fuerza".

3º "Es, además, principio de *beneficencia* [es decir, 'un orden al bien'] consiste en ejecutar libremente algún bien".

"La misión del derecho en cuanto regla es enderezar la voluntad al bien" y, por tanto, -explica¹¹- "la frase *derecho al mal, derecho al error*, absurda en sus términos y ocasionadora de

7. *Ibid*, *La vida del derecho*, 18, p. 130.

8. *Ibid*, 34, pp. 237 y ss.

9. *Ibid*, *Teoría del hecho...*, 3, pp. 19 y ss.

10. *Ibid*, p. 30.

11. *Ibid*, *Teoría del hecho...*, 4, p. 32.

equivocos", debe entenderse en el sentido de que, con ella, se proclama "la sustantividad e inviolabilidad del espíritu individual, y reivindica la libertad y la independencia de su derecho inmanente con respecto al hecho social".

4° "Es un principio de *condicionalidad*; y en esto se separa ya de la moralidad: no ejercita el bien sustantivamente por el bien mismo, sino con la mira de servir a otro bien esto es, como medio o condición para cumplir algún fin a que el hombre viene obligado por su misma naturaleza".

Explica¹² esa diferencia entre el bien moral y el jurídico: "En el bien moral hay una sola relación del sujeto al acto, en el bien jurídico la relación es doble, del sujeto al acto y del acto al fin, en razón al cual es ejecutado. En su concepto moral, el acto bueno se ejecuta sólo por ser bueno; en su concepto jurídico por ser, además de bueno, útil".

5° "Es un principio *racional*, y en eso se diferencia de la mera relación de utilidad; no todos los medios ni todos los fines son jurídicos: no es el derecho la prestación de medios malos, ni tampoco la prestación de medios buenos a un fin malo".

Esta racionalidad la aclara¹³ precisando que "en la vida temporal el bien y el mal caminan revueltos, y el pensamiento del hombre, como finito y falible, confunde fines y medios buenos con otros que no lo son, y más de una vez escoge un bien pasajero y se procura una satisfacción relativa o ilegítima y fugaz, desconociendo o menospreciando el bien real y la satisfacción perdurable, que causa en los seres libres el obrar y vivir según razón, el hacer esclavo del deber –única verdadera libertad– que es (...) vivificar su esencia. Por esto no pueden ser criterio regulador del derecho ni norma invariable de conducta, la utilidad o el placer, en el sentido relativo o parcial en que los han tomado sensualistas y utilitarios".

12. *Ibid*, 5, pp. 37 y ss.

13. *Ibid*, 6, pp. 40 y ss.

Entre el derecho y la utilidad, en su sentido pleno, hay distinción pero no "antítesis" ni "contraposición" –sigue Costa¹⁴– "existe perfecto acuerdo, sólo que este acuerdo trasciende de ellos"; sus conflictos son "sólo en apariencia". "No todo lo útil es derecho, pero todo el derecho es utilidad, y utilidad que no puede sustituirse con otra cuando se trata de condicionar fines jurídicos". Es así –explica¹⁵– porque, "lo más justo es, al propio tiempo, lo más útil; que la injusticia es un arma de dos filos", y, "por esto, el que con miras utilitarias sacrifica el derecho, es un mal calculador, pues, bajo el punto de vista utilitario conviene ser buenos".

6º "El derecho es un principio de *reciprocidad*: el mutuo respeto, la permuta de utilidades y servicios, etc., nacen del derecho como una consecuencia pero no lo constituyen; el derecho es independiente de la reciprocidad".

Distingue Costa derecho ideal o natural y derecho histórico y positivo, la justicia y validez del cual depende de su adecuación a aquél que, por tanto, le trascienda. Vamos a comprobar como lo *entiende* así.

El derecho, dice¹⁶: "tiene su fundamento en Dios", "por Dios ha sido y es declarado en perpetua revelación al hombre, en su razón".

La denominación derecho "natural o ideal", empleando estas dos palabras como términos equivalentes, ha dado lugar a que la concepción de Costa se calificase de "idealismo objetivo"¹⁷. No creo que sea así por las razones que hace años expuse¹⁸. El idealismo en filosofía es predicable en dos planos: ontológico y

14. *Ibid*, 6, pp. 48 y ss.

15. *Ibid*, *Estudios*, cap. I, 4, p. 42.

16. *Ibid*, *La vida del...*, Introducción, p. 27.

17. Nicolás LÓPEZ CALERA, *Joaquín Costa filósofo del derecho*, cap. IV, Zaragoza, C.S.I.C. Inst. "Fernando el Católico", 1965, p. 98.

18. *Voluntarismo y formalismo en el derecho. Joaquín Costa antípoda de Kelsen* (discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), Madrid 1986, 24, pp. 96 y ss.

gnoseológico. Ontológicamente el idealismo entiende que no deben ajustarse las ideas a las cosas, sino éstas a aquéllas, y gno-seológicamente el idealismo estima que el único conocimiento verdadero es el que arranca de nuestro *cogito*, que intuye las ideas, y que éstas no pueden obtenerse de las cosas. Ni uno ni otro aspecto del idealismo se da en la concepción que tiene Costa del derecho natural.

En efecto, entiende¹⁹: "No basta ya ni es lícito investigar los principios jurídicos como pura reflexión subjetiva"... "El derecho cualidad del ser racional" es, "a un tiempo, real-ideal, físico-metafísico, del ser vivo concreto, uno sobre toda distinción de espíritu y cuerpo", y su actividad "no es esa actividad abstracta y quimérica que las concepciones idealistas han fantaseado, sino la actividad que, a falta de otro término, designamos con el nombre de ánimico-corporal o psico-física"; en virtud de la cual la "presencia del espíritu en mayor o menor grado", da lugar a que "los materiales importados del exterior y conglomerados en la impresión se metamorfoseen en un producto espiritual".

Es así como Costa²⁰ concibe la relación entre el derecho natural y el positivo, que es concretada en la realización de hechos jurídicos, ya sea en una relación directa o bien con mediación de una norma jurídica, previamente elaborada en otro hecho mayor. Sin embargo, a su juicio, "la relación es siempre directa –del derecho natural al hecho–, establecida por el propio sujeto", sin otra diferencia, sino que en la relación regulada por ley o costumbre, determina su actividad en la dirección que encuentra trazada, y que acepta y hace propia, mientras que cuando acude a la equidad actúa en "una dirección nueva que él originariamente se abre, por no existir otra o no convenir a sus fines la existente".

19. COSTA, *Teoría del derecho...* 15, pp. 149 y ss.

20. *Ibid*, 1, pp. 3 y ss.

En la perspectiva de Costa es de notar que derecho natural y derecho positivo no son sino un único derecho, como indica al decir²¹: "pensamos al uno como infinito y como finito al otro, no existiendo más que una clase de derecho siendo enteramente homogéneo en toda su naturaleza". Por lo cual, la relación existente entre ellos "parece en rigor" que es "la misma existente entre la causa y sus efectos; es una relación de identidad cualitativa por lo tocante al fondo"; y así, "el derecho positivo, encerrado en nuestra vida", no es sino 'una determinación concreta' de aquél. Por eso es 'al cabo finito', en tanto que aquél, subsistiendo siempre, puede "ser puesto más y más veces y en infinito número de estados diferentes, por las diferentes humanidades en el espacio".

Esta acción del derecho natural en el positivo en el caso de no realizarse debidamente y cuando se trate de relaciones jurídicas de derecho necesario, puede dar lugar a la invalidación de éste, mientras que indica un orden de prelación según su autoría cuando se refiere a relaciones jurídicas de derecho voluntario.

Según Costa²², las relaciones jurídicas de *derecho necesario* "abrazan la naturaleza humana en su concepto absoluto, en su unidad, en su existencia, en su libertad, en lo permanente y esencial a ella, en aquello que la constituye, sin lo cual dejaría irremediabilmente de ser, y que se encuentran, por tanto, en todo ser racional, independientemente de toda relación de espacio y tiempo"; y las relaciones jurídicas de *derecho voluntario*, "afectan a la naturaleza humana en su concepto relativo y mudable, como individualidad en eso que constituye el carácter y, por decirlo así, la *constitución externa*, y que en cada instante es otro y diferente, porque depende de un número infinito de condiciones infinitamente variables, nacidas de la herencia, de la educación, de la

21. *Ibid*, *La vida del derecho*, 14, p. 105.

22. *Ibid*, *Teoría del hecho...*, 11, pp. 81 y ss.

edad, del grado de desenvolvimiento del espíritu, del medio natural y social en que se vive, del género de obstáculos".

En el *derecho necesario* –dice Costa²³– "la materia, el fondo sustancial del derecho positivo, ha de ser todo derecho natural, y no ha de tener de más aquél sobre éste sino la forma, la limitación cuantitativa, regulada por el estado histórico de cada hombre o de cada pueblo, de cada momento y de cada siglo"; y –como añade más adelante²⁴– "tanto las autoridades como los súbditos están obligados, no unos respecto de los otros, sino unos y otros respecto de los fines naturales que el derecho patrocina y ampara, que toda regla que atañe a los dos por los dos ha de ser aceptada, aún cuando la iniciativa proceda de uno solo. Las reglas consuetudinarias que el estado común expresa y produce en sus hechos, la autoridad legislativa, o, en su nombre la judicial, ha de revisarlas, y si no las encuentra conformes a los principios eternos del derecho debe interrumpirles la posesión, perseguirlas, corregirlas o erradicarlas; las reglas legales o de otro género, dictadas por el *Estado oficial*, los súbditos, a quienes van dirigidas deben contrastarlas con las reglas de toque de la razón; y si encuentran que no es lícito en conciencia obedecerlas sin infringir o lesionar en derecho, si el fin que en ellas se propone es malo, o siendo bueno el fin son malos los medios, es deber de ellos, cuando menos, suspender el cumplimiento".

En cambio, en el ámbito del *derecho voluntario*, en todo lo que "no sean condiciones y formas necesarias", prevalece la libertad del individuo, la familia, el municipio y la provincia, que "tienen que expresar en él su original personalidad", a los que –según entiende Costa²⁵–, "debe abandonarlo" el Estado superior oficial. En esa esfera del derecho voluntario estatuido por el sujeto de la relación –precisa el León de Graus²⁶– se aplican los

23. *Ibid*, 1, p. 7.

24. *Ibid*, 31, pp. 239 y ss.

25. *Ibid*, 11, pp. 90 y ss.

26. *Ibid*, 9, pp. 72 *in fine* y ss.

apoteogmas: "la voluntad del fundador es ley", "la voluntad del testador es ley", "el contrato constituye ley". Es el ámbito de las *libertad civil* del individuo y de la familia, donde –dice Costa²⁷– rige el denominado, en Aragón, principio *standum est chartae*, que "es una consagración del derecho individual frente al derecho público, y el reconocimiento por parte del Estado de la soberanía que es inherente al individuo y a la familia en el círculo de las relaciones privadas".

Y en la esfera del *derecho voluntario no previsto por los sujetos de la relación*, "nada más lógico –dice²⁸– que suponer que la voluntad de una persona quiere lo que ha querido la mayoría de las personas que viven en condiciones análogas a las suyas". Es el ámbito de la autonomía o *selfgovernment* de los municipios y circunscripciones territoriales, donde debe regir el principio *standum est consuetudini* en cuanto constituye derecho supletorio en caso de falta de ejercicio por el sujeto de su libertad de determinarlo²⁹. Como síntesis –resume³⁰–, "hay un derecho que la sociedad crea por sí directamente, como legislador colectivo, y es el derecho popular o consuetudinario, y otro derecho al que dan forma los legisladores personales, individuos".

Lo que teoriza Costa del derecho voluntario responde plenamente a la tradición de los derechos forales y especiales hispánicos, y en lo que predica del derecho voluntario, expresado en testamentos, capítulos matrimoniales, fundaciones y contratos, se anticipó bastantes años a Eugen Ehrlich, E.H. Perreau, G. Cornil y Jean Carbonnier.

27. *Ibid*, *La libertad civil y el "Congreso de jurisconsultos aragoneses"*, cap. IV, II; Madrid, Impr. de la "Rev. de Legislación", 1883, pp. 102 y ss.

28. *Ibid*, *Teoría del hecho...*, 11, p. 91.

29. *Ibid*, *La libertad civil...*, loc. ult. cit., p. 108.

30. *Ibid*, *Teoría del hecho...*, 14, pp. 130 y ss.



2 EL DERECHO SEGÚN LO ENTENDIÓ FRANÇOIS GÉNY

François Gény ha sido uno de los autores que más luchó contra la dictadura del positivismo legalista, que en el siglo pasado se había impuesto en Universidades y tratados franceses, y, desde luego, fue evidente su éxito en Francia frente la escuela de la exégesis.

Ahora bien, en el ambiente en el que estudió y vivió, en el que la confusión del derecho con la ley positiva era plena, emprendió su lucha en el frente de las fuentes y el método. Es decir, atacó desde dentro el positivismo legalista de la escuela de la exégesis y, efectivamente, lo hizo estallar, éxito que, tal vez, no hubiere conseguido atacándola desde fuera, a partir de conceptos fundamentales diferentes de los que eran aceptados abrumadoramente en el ambiente universitario francés.

Unos setenta años después de que apareciera *Método de interpretación y fuentes del derecho civil positivo* de Gény, Jean Carbonnier³¹ escribió: "En el siglo XIX, reinando la escuela de la exégesis podía establecerse la ecuación: derecho igual a ley. Luego vino Gény (1899), la escuela moderna: la ecuación se ensancha. En la concepción dogmática del siglo XX, derecho es igual a ley más costumbre, más jurisprudencia (que es, por otra parte para algunos, una especie de costumbre), más práctica extrajudicial (los formularios materiales, los contratos de las grandes empresas, se admite de buen grado que deben entrar en una visión global del derecho). El ensachamiento de las fuentes del derecho es patente".

Sin embargo, creo que Gény hizo algo más; pues minó la misma ecuación derecho igual a ley, al sostener que la naturaleza de las cosas podía determinar el derecho, y al admitir que existía un derecho natural muy distinto del idealista propugnado por la

31. Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 1, 2, B, 1º; cfr. 2ª ed., Paris, Libr. Gral. de Droit et Jurisprudence, 1971, pp. 16 y ss.

escuela del derecho natural y de gentes. Vamos a tratar de comprobarlo.

"Al indicar –dice³²– como primera y necesaria dirección en la libre indagación del jurisconsulto, intérprete del derecho positivo, los principios revelados a la conciencia y presentes como por intuición, a la razón humana, no ignoro que me expongo al reproche de resucitar una doctrina anticuada y casi caída en el olvido: la doctrina del derecho natural. Me será permitido, sin embargo, discutir ese reproche, y, sin someterme a una condenación demasiado sumaria, que ha llegado a ser trivial a fuerza de ser maquinalmente repetida, investigaré en pocas palabras si nuestra ciencia puede, sin faltar a su misión, despreciar la noción de justicia tal como se traduce en el fondo de nuestra naturaleza moral".

Después de hacer un breve repaso del apogeo y el ocaso de la escuela del derecho natural y de gentes racionalista y de su crítica por los hombres de la escuela histórica, advierte³³: "Bien es verdad que este anatema general, lanzado contra la teoría del derecho natural, no ha impedido, en la práctica que la mayor parte de los jurisconsultos alemanes hayan usado sin cesar los procedimientos que reprueban. Esto explica la nueva campaña dirigido por Bekker contra un sistema que podía creerse definitivamente condenado y casi olvidado ya".

"Según Bekker, la persistencia, muy vivaz aún, aunque imperceptible, de la idea del derecho natural en toda la jurisprudencia alemana de este siglo, constituye la causa profunda que priva a esta jurisprudencia del carácter verdaderamente científico y le impide disfrutar de una consideración seria a los ojos del gran público".

Para Bekker –dice líneas después–, "la justicia absoluta, con existencia propia, no pueda ser objeto de ciencia, sino solamente

32. Francois GÉNY, *Método de Interpretación y fuentes del derecho privado positivo*, 160, pp. 497 y ss.

33. *Ibid*, pp. 499 y ss.

de creencia y, como tal, debe ser abandonado a la fe individual de cada uno". [Es decir, conforme hemos visto afirmado por Kant, conforme viejas raíces luteranas]. Según Gény, Bekker se aproxima mucho a la escuela positivista evolucionista, que, aun admitiendo el derecho natural como ideal, desde luego variable, no quiere ver en la noción de justicia más que el resultado de una formación histórica y como el sedimento de una sucesión de fenómenos que sería vano querer encerrar en un concepto absoluto.

Pero Gény va en otra dirección. Probablemente no conocía suficientemente a fondo la *Ética* de Aristóteles ni el *Tratado de iure* de la *Suma Teológica* del Aquinatense, ni los autores del *ius commune mos italicus*, o bien consideró empresa perdida apoyarse en ellos para defender su tesis de "que el juez, llamado a declarar el derecho supliendo el defecto o las lagunas de las fuentes formales, y por consiguiente, todo intérprete del derecho positivo, debe contar con las inspiraciones de la razón y de la conciencia para escrutar el misterio de lo justo antes de descender al examen de esta *naturaleza de las cosas positiva*, que precisará su diagnóstico y pondrá en acción los principios racionales".

"Todo lo cual quiere decir que hay principios de justicia superiores a la contingencia de los hechos, y que si en los hechos se realizan los principios, en aquéllos no puede contenerse la esencia".

Para tomar ese camino escoge por apoyo a su paisano, siglo y medio anterior, Montesquieu, quien —dice Gény³⁴— "indica bien que esta naturaleza de las cosas, de donde él declara haber sacado sus principios, no contiene solamente fenómenos, hechos, contingencias, sino que implica un fundamento más sólido, y consiste en la acción de la razón y en la representación de la justicia absoluta". Y termina advirtiendo que "en la esfera de lo que yo he denominado la libre investigación científica: fuera y sobre de la naturaleza de las cosas positivas, formada de elementos mate-

34. *Ibid*, 161, pp. 505 y s.

riales y movibles, existe una especie de naturaleza de las cosas superior, constituida por principios racionales y por entidades morales inmutables".

Debo advertir que esa escisión entre *naturaleza de las cosas positivas* y *naturaleza de las cosas superior*, el mismo Gény en 1915, en *Ciencia y técnica del derecho privado positivo*, las integra al abordar con mayor amplitud la naturaleza de las cosas constituida de cuatro *données*, real o natural, histórico, racional e ideal, que forman un conjunto indivisible de realidades, aunque teóricamente puedan observarse por separado para hacer rendir a cada uno la parte que le corresponda y para jerarquizarlos, a fin de "combinar sus acciones con una cierta armonía en vistas al objetivo que trate de alcanzarse"³⁵.

El riesgo del idealismo lo aleja Gény con todo esto, y explica³⁶ que "la justicia absoluta, por muy necesaria que sea para asegurar la interpretación jurídica, nunca indica más que una *dirección*, que solamente podrá precisar la consideración de los hechos y de la naturaleza de las cosas". Si, desde esa consideración, "nos remontamos al principio supremo, al principio mismo de la justicia—pregunta³⁷—, ¿no estamos obligados a reconocerle un carácter objetivo que le sustrae a la variedad de las opiniones?".

Y yo pregunto: ese carácter objetivo en la determinación de la justicia por mediación de la naturaleza de las cosas, ¿no es acaso derecho a los ojos de nuestro autor? él mismo parece confirmarlo, al decir³⁸ que la interpretación admitirá la equidad "en el rango de un *criterium* de solución, siempre que este medio parezca necesario para satisfacer la justicia (si ningún derecho

35. F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, II parte, *L'elaboración científica del derecho positivo (L'irreductible droit naturel)* 166-170; cfr. 2ª ed. Paris, Sirey 1927, vol. II, pp. 369-389; y, en síntesis, en *Parte sistemática*, 287, pp. 1049 y ss.

36. GÉNY, *Método de interpretación y fuentes*, 162, pp. 507 y ss.

37. *Ibid*, p. 512.

38. *Ibid*, 163, p. 517.

superior se le opone) y respondiendo a las exigencias de la naturaleza de las cosas positivas".

3. EL DERECHO SEGÚN LA PERSPECTIVA DE EUGEN EHRLICH

Después de haber narrado el paso dado por Géný para salir del positivismo legislativo, explica Carbonnier³⁹ como se dio el segundo paso: "Si es que existe una relación entre el derecho en sentido sociológico y la teoría dogmática no hay que buscarla por el lado de las fuentes formales –para emplear la terminología de Géný– sino más bien en las fuentes reales del derecho, en una serie de 'données'" que resutan "objetos adecuados para la observación sociológica. Pero, para Géný, las fuentes reales si bien pueden aprovisionar, nutrir el derecho, en el fondo no eran el derecho mismo. No se convertían en derecho verdadero, en derecho positivo, sino una vez filtradas, aceptadas, por las fuentes formales. La sociología jurídica, por su parte, rechaza esa identidad fundamental del derecho con *alguna* de sus fuentes formales. Del *Méthode de interpretation et sources en droit privé positif* (1899) a la *Grundlegung der Sociologie des Rechts* (1913) hay un innegable salto", que lleva de Géný a Ehrlich.

En efecto, Eugen Ehrlich advierte⁴⁰, en su citada obra, que el derecho es concebido como "regla del obrar humano"; pero que ese concepto de derecho, "que el jurista adopta casi involuntariamente cuando, con interés puramente científico, estudia el derecho de pueblos extranjeros o de tiempos pasados, es abandonado enseguida que se mueve en el seno del derecho del propio país y de su tiempo". Entonces, incomprensiblemente, "la regla según la cual los hombres actúan se transforma en la regla según la cual las acciones de los hombres deben ser juzgadas por los

39. Jean CARBONNIER, loc. cit. *supra* nota 31.

40. Eugen EHRLICH, *Los fundamentos de la sociología del derecho*, I, 3; cfr. ed. en italiano, Milán, Guiffè, 1976, pp. 14 *in fine* y ss.

tribunales o las autoridades". Ahí, ese "punto de vista científico viene sustituido por un punto de vista práctico", como regla para los magistrados. Pero así al pasar de regla del obrar a regla del juzgar "se da un salto lógico". Lo cierto es que "el jurista que se ocupa de una cierta relación jurídica tiene siempre y únicamente en la mente el problema del modo como deben ser resueltas las controversias que se originan acerca de esta relación, y no el problema, completamente diverso, del modo como las partes de esa relación deben comportarse y se comportan efectivamente".

Efectuada esta observación, Ehrlich⁴¹ penetra seguidamente en la cuestión del origen del derecho, que enfoca con estas dos preguntas: ¿De dónde proviene la regla jurídica? ¿Quién le infunde la vitalidad y la fuerza precisa para que sea eficaz?

Es en extremo interesante –dice– examinar las respuestas que se han dado a estas cuestiones, pues muestran de modo claro e inequívoco que un conocimiento científico absolutamente correcto basta para servir una necesidad práctica sugeriéndole una solución diversa de la dada superficialmente. "Hoy, un siglo después de Savigny y Puchta, ningún jurista que haya recibido una formación científica duda de que una parte considerable del derecho nunca ha sido creada por el Estado y de que incluso hoy deriva en amplia medida de otras fuentes. Esto se comprueba por la teoría. Pero surge ahora el problema práctico: ¿Dónde es estudiado este derecho extraestatal? ¿Dónde es descrito? ¿Dónde es enseñado?".

Se intenta –dice– basar la aplicación del derecho extraestatal en una autorización del Estado y se trata de hacer superfluo el derecho consuetudinario. Sin embargo, advierte⁴² que jamás ha habido período alguno en el cual el derecho promulgado por el Estado en forma de ley haya constituido el único derecho, por lo menos para los tribunales y otras autoridades; y siempre ha existido la tácita tendencia de asegurar al derecho extraestatal una

41. *Ibid*, 4, pp. 17 y ss.

42. *Ibid*, pp. 21 y ss.

posición correspondiente a su importancia. Alude a los intentos de los iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII y de los fundadores de la escuela histórica, Savigny y Puchta; e indica que ambas corrientes "habían buscado establecer la naturaleza del derecho utilizando métodos científicos y llegaron a la conclusión de situar su origen fuera del Estado; la primera la situó en la naturaleza humana, y la segunda en el espíritu del pueblo. Pero, ninguno desarrolló hasta el fondo su propia concepción".

El derecho natural racionalista quedó de hecho detenido a medio camino. "Derecho es sólo lo que vale para el juez, y el derecho natural [racionalista] no vale para el juez". En este punto esa doctrina iusnaturalista "se trabuca completamente. Los propugnadores de un derecho natural entendido como un derecho extraestatal, basado en la naturaleza humana, terminan por clamar por una legislación estatal que realice ese derecho natural".

Y los fundadores de la escuela histórica "no intentaron jamás aplicar efectivamente, incluso en sus obras dogmáticas, los principios metodológicos que profesaron". Además "Savigny y Puchta hallaron pocos continuadores y ningún imitador. Bessler, a decir verdad, siguiendo una falsa intuición, trató de tomar el hilo allí donde se había interrumpido. Aun habiendo visto muchas cosas correctamente, muy poco alcanzó a concluir, por lo menos de modo claro y explícito". Y respecto al derecho consuetudinario dice que se registraría "un retroceso en lugar de un progreso".

Ehrlich⁴³ sigue avanzando para afirmar que hay tres características que "deben ser absolutamente opuestas al concepto de derecho como ordenamiento coercitivo del Estado": "no es una característica esencial del concepto de derecho la de ser creado por el Estado; ni que sea la base de las decisiones de los tribunales o de otras autoridades; ni que constituya el fundamento de la sucesiva coerción jurídica".

43. *Ibid*, 5, pp. 30 y s.

Aún advierte que puede añadirse otra cuarta característica, y esta positiva: "el derecho es un ordenamiento". De ella señala que el mérito de mostrarla corresponde a Gierke, aunque estima que su doctrina de la "consociación" (*Genossenschaft*) resulta unilateral. Si bien "muestra claramente que el derecho de la consociación organiza no solamente personas sino también cosas; no se trata solamente de establecer lo que los consociados hagan u omitan, sino también en qué medida pueden servirse de las cosas de la consociación, en cambio no sale del ámbito de cada consociación". Ehrlich propone extender esa doctrina fuera de los límites en que se mueve Gierke, y, dice que "así hallamos por doquier el derecho como ordenador y sostén de todo grupo humano".

En el último capítulo de la obra que seguimos, Ehrlich⁴⁴, después de examinar las sentencias judiciales como testimonios del derecho vivo, reconoce que, en un segundo momento, había comprobado que su examen no resultaba del todo suficiente, porque las sentencias no ofrecen un cuadro perfecto de la vida del derecho. "Sólo una pequeña parte de la vida real es llevada ante los tribunales y los órganos de autoridad, y gran parte de ésta es excluida de su jurisdicción por principio o de hecho". Por eso, requiere absolutamente que se completen "los resultados obtenidos con el examen de los órganos de autoridad" y que "sean integrados en la observación directa de la vida social".

A ese fin, acude Ehrlich⁴⁵ al examen de la vida negocial, observada a través de los documentos que la muestran. Así "una mirada a la vida moderna del derecho muestra que éste, en la máxima parte, no está dominado por la ley, sino por la documentación de los negocios. El derecho no obligatorio viene determinado por el contenido de los documentos jurídicos. El derecho vivo debe buscarse en los vínculos matrimoniales, en los con-

44. *Ibid*, XXI, 2, pp. 593 y s.

45. *Ibid*, 3, pp. 594 y ss.

tratos de compraventa, de crédito para la construcción, de préstamo hipotecario, en los estatutos de las asociaciones y sociedades comerciales, y no en los artículos del código. Todos estos contratos, además del contenido individual referente a los negocios singulares, tienen también un contenido típico que se acoge por doquier. Este contenido típico es, en definitiva, lo que resulta más importante del documento".

Se debe tratar de considerar el documento –insiste– "sobre todo como una parte del derecho vivo y de su contenido recabar el derecho vivo, como hicieron los romanos en su derecho contractual y testamentario".

El concepto del derecho, como vemos, se ensancha en Ehrlich y abarca todo el derecho no estatal vivido en la práctica extrajudicial y judicial, especialmente en aquélla.

Hay, sin embargo, una evidente carencia en la perspectiva de Ehrlich. Esta es la propia preponderantemente de la sociología, y así no emplea patrón alguno de justicia sustantiva, sea realista o idealista, y procede –como ha notado Karl Larenz⁴⁶– de un modo científico-causal, sin tener en cuenta la perspectiva finalista propia de lo justo material.

46. Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*; 2ª ed. definitiva I, III, 5; cfr. en castellano, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 87 *in fine* y ss.