LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL SISTEMA JURÍDICO CONTINENTAL: LA TEORÍA DE FRANÇOIS GÈNY

Por la Dra. Elisenda de Villamor Morgan-Evans
Universidad de Extremadura

SUMARIO

1. COINCIDENCIAS TEÓRICAS EN EL MOVIMIENTO DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

2. CRÍTICA AL MÉTODO TRADICIONAL

3. LA INSUFICIENCIA DE LAS FUENTES FORMALES

4. LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA DECISIÓN JURÍDICA
   4.1. La naturaleza de las cosas
   4.2. Los elementos de la libre investigación científica puestos en la razón y la conciencia
   4.3. Los elementos positivos de la libre investigación científica

5. LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y FRANÇOIS GÈNY

1. COINCIDENCIAS TEÓRICAS EN EL MOVIMIENTO DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIÉNTIFICA

Enmarcados en la corriente de la libre investigación científica en el sistema continental hay que hacer alusión directa a la figura de François Gèny quien guarda una posición doctrinal muy parecida a la que sostenía en aquellos años Eugen Ehrlich. La obra de Ehrlich «Über Lücken im Rechte» constituye, de algún modo, el precedente inmediato de la elaboración teórica de Gèny.

En ella, Ehrlich se pronunciaba decididamente a favor de la existencia de lagunas en el derecho, al asumir que la ley no podía proporcionar una respuesta adecuada a todos los diferentes problemas que se plantean ante el juez a la espera de su resolución. Y propone que los órganos iniciales acudan a criterios ajenos a la ley y a las demás fuentes formales del derecho, en búsqueda de la citada respuesta[1]. Las tesis que Ehrlich sostenía en este trabajo coinciden de manera sustancial con las que Gèny desarrolló de manera amplia y sistemática en sus dos obras fundamentales, «Método de interpretación y Fuentes en Derecho privado»[2] y «Ciencia y Técnica en derecho privado positivo»[3].

Curiosamente, la prioridad temporal de la teoría de Ehrlich no supone ningún tipo de cuestionamiento acerca de la originalidad de la tesis de Gèny, toda vez que el propio Ehrlich, al reproducir en el año 1903 algunos de los argumentos centrales de su obra sobre las lagunas del Derecho entendía, no obstante, que se trataba muy probablemente de una coincidencia teórica al no haber encontrado sus tesis la suficiente difusión, para que llegaran a ser conocidas por el autor francés.

En realidad, sin entrar a mayores disquisiciones acerca del posible conocimiento que cada uno de los autores pudieran tener acerca del pensamiento del otro, la coincidencia teórica que entre ellos se da, se puede encontrar una explicación en el hecho de ubicarse en un momento histórico en el que los vientos no eran ya favorables a la vigencia del método tradicional de interpretación, como ni en mucho menos a la pervivencia del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico, con la consiguiente ausencia de lagunas del derecho y a la creencia en la omnipotencia de la ley, como instrumento para garantizar la obtención de una respuesta jurídica acertada a los diferentes problemas que pudieran plantearse en la vida social.

---

[1] E. Ehrlich, *Über lücken im Rechte en Juristiche Blater,* 1888, págs. 365 y ss.

[2] F. Gèny. *Método de interpretación y fuentes de derecho Privado positivo,* Editorial Comares, Granada, 2000.

[3] E. Ehrlich. *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenchaft,* Leipzig, 1903.

2. CRITICA AL MÉTODO TRADICIONAL

François Gèny realiza una crítica feroz hacia el sistema de la codificación jurídica francesa, quieta e inmóvil, que pretendía dar solución a todas las controversias jurídicas que se presenten desde la sujeción literal a la letra de la ley pero que en realidad da lugar a un derecho artificioso. Y esto es así porque la inmovilidad de la ley representa la falta de adaptación de esta a la realidad[4].Y es que por más que los propios textos jurídicos puedan experimentar modificaciones en su intento de adaptación a la realidad social, ésta siempre caminará más rápida que la ley, y ofrecerá matices que los textos legislativos no podrán nunca comprender en su integridad.

Es el triunfo de la ley como suprema manifestación del derecho reduciendo el problema de la aplicación del derecho al del mero silogismo hecho-norma forzando muchas veces el ajuste final.

Gèny admite que el método tradicional de la interpretación del derecho responde de manera paradigmática a la exigencia del jurista de considerar al orden jurídico como un orden sólido y seguro en el que los textos legislativos proporcionan criterios inflexibles de actuación tanto los destinatarios del derecho en general, como a los intérpretes del mismo en particular[5].

Por lo tanto, indica el autor, las ventajas del método tradicional, pero, sin embargo, presenta también importantes inconvenientes que pesan más pues puede abrir las puertas al «subjetivismo más ordenado»[6], en la medida en que el órgano judicial en el intento de permanecer siempre fiel a un texto legislativo que realmente no proporciona la solución para el supuesto planteado, acaba optando por una solución personal que no encuentra ningún límite objetivo en su creatividad en ningún elemento jurídico ni extrajurídico. Así, la libre investigación científica da gran libertad de actuación al juez para que este pueda adap-

---

[4] Como señala Gèny en *Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo, cit.,* pág. 20: «dominados, fascinados por el resultado de la codificación, los comentaristas modernos franceses, implícitamente al menos, han aceptado a título de postulado la idea de que la legislación formal, es decir, el conjunto de actos legislativos promulgados y vigentes en Francia, debe bastar para poner de manifiesto cuantas reglas jurídicas requieran en materia de Derecho privado las necesidades de la vida social».

[5] Así, señala Gèny, *Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo, cit.,* págs. 47 y 48: «Reconozco así dificultad que, en ciertos aspectos, el método tradicional, presenta serias ventajas que piden reflexionar antes de comenzar a mirar sus bases. No sólo éste, sino que además satisface maravillosamente las exigencias de ese espíritu clásico que puede ser, sin duda, criticado, pero que también tiene su valor como resorte y fuerza viva de nuestro temperamento nacional. Y sobre todo, y desde un punto de vista más preciso y práctico, este sistema de axiomas y consecuencias lógicas, encadenadas unas a otras, alrededor del sólido apoyo de textos legales, puede dar apariencias al conjunto de nuestro derecho positivo, una solidez y fijeza de doctrina que garantiza a las relaciones jurídicas la indispensable seguridad. A lo cual, puede añadirse que el intérprete se sienta particularmente garantizado por la dirección inflexible que parecen ofrecerle reglas tan categóricamente trazadas».

[6] *Ibidem,* pág. 49.

tar continuamente el derecho al hecho ya que la ley no puede prever toda la riqueza de situaciones que pueda existir en la vida.

En este marco, la codificación jurídica acaba inmovilizando los elementos sustanciales del derecho, provocando así la inadaptación del derecho a los hechos; es una sacralización de la ley que toma la aplicación de la ley como un procedimiento meramente mecánico que nada tiene que ver con la realidad de la actuación de los tribunales integrados por personas, que como tales, tienen siempre un sistema de valorar, diferente en cada uno, que proyectan de forma más o menos directa e inmediata sobre las sentencias judiciales.

El modo de pensar tradicional, así, se apoyaría en que el legislador siempre contempla todas las cuestiones jurídicamente relevantes y como consecuencia, la función del juez como intérprete del texto jurídico consiste exclusivamente en profundizar en el análisis de la ley hasta localizar las respuestas que ella pueda ofrecer a los problemas que se presentan en la vida jurídica y, en el supuesto excepcional de que el problema en cuestión no encontrara solución explícita en el texto legal, asumir como criterio último para la determinación de la decisión jurídica, la voluntad del legislador que pudiera deducirse de la globalidad del ordenamiento legal[7].

Gèny no acepta de ninguna forma estos postulados ya que es necesaria siempre una recreación constante de las reglas jurídicas para su adaptación social, que siempre habrá de tener en cuenta cuáles son los valores que en última instancia subyacen al propio problema jurídico[8]. A pesar de esto, no puede hablarse de un total desconfianza con respecto a la ley, puesto que Gèny la considera la primera fuente del derecho[9].

La ley, como fuente primera del derecho, proporciona una precisión y seguridad que, desde luego, ninguna otra fuente del derecho, puede suministrar[10].

---

[7] *Ibidem*, pág. 54.

[8] J. L. Monereo Pérez, *El pensamiento científico jurídico de Gèny: el problema del método.* Estudio preliminar a F. Gèny, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, pág. XXVIII: «Para Gèny (y con ello servía a precisar exigencias de adaptación funcional del orden jurídico a las nuevas necesidades de regulación y solución jurídica flexible de los problemas económicos y sociales del capitalismo desarrollado), el derecho no es enteramente independiente del contexto social y político en el que se inserta, ya que está al servicio de ciertos fines cuya consideración es necesaria en el momento de la interpretación. El jurista, pues, ha de observar la realidad encauzada por la norma. La aplicación del Derecho no se produce a través de un proceso mecánico-deductivo, porque implica una acomodación permanente, una recreación constante, de las normas jurídicas a las exigencias de la materia regulada y en función de los valores en conflicto existentes en las controversias judiciales».

[9] F. Gèny, *Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo, cit.,* pág. 184: «Entre estas fuentes formales, tal cual las acabo de definir, la primera que se presenta indiscutiblemente hoy es la ley escrita».

[10] *Ibidem*, pág. 207. Y también al respecto señala: «Como todo lenguaje humano, el verbo de la ley no es más que un instrumento destinado a manifestar el pensamiento de quien habla para suscitar un pensamiento adecuado a aquel que se dirige. Y como la ley es el producto de la actividad consciente y reflexiva de su autor, éste, no sólo ha debido representarse con precisión la regla que se proponía establecer, sino que hay que suponer igualmente que ha elegido reflexiva y deliberadamente

Pero la fórmula legal es muchas veces insuficiente, puesto que a pesar de que se ahonde en la ley en muchas ocasiones no se podrá deducir la solución de todos los casos que se planteen. De esta forma, afirma Gèny, que en estos casos pueden operar otras fuentes formales que ayudaran al juez en la búsqueda de la respuesta adecuada, como son la costumbre y la tradición o autoridades.

3. LA INSUFICIENCIA DE LAS FUENTES FORMALES

En el caso de que las fuentes formales sean insuficientes, afirma François Gèny, hay que acudir más allá, puesto que admite el autor que «llega necesariamente un momento en que el intérprete, desprovisto de todo apoyo formal debe entregarse a sí mismo para hallar la decisión que no puede rehusar»[11]. Todo ello supone, como es lógico, acudir a un método jurídico muy diferente del método tradicional, un método que mantiene la prioridad jerárquica de la ley escrita en el sistema de las fuentes formales, pero «reduciendo a sus justos términos sus posibilidades regulativas»[12].

Cuando la ley no dispone de una solución jurídica aplicable al caso planteado, cualquier intento de distorsionar o manipular el sentido que se deduce de la propia fórmula legal empleada y de la voluntad del legislador de ella dimanante, conducirá a resultados contradictorios no sólo con el instinto jurídico, sino con el propio sentido común recabable de la generalidad de los miembros del grupo social. Y es aquí donde aparece el método de la libre investigación científica como un método que inevitablemente ha de guiar a la actividad del órgano judicial «en toda la esfera dejada libre por la acción positiva de esas fuentes»[13]. A falta de una regulación específica de las fuentes formales, el juez ha de fundar su decisión en las mismas razones que tendría el legislador en la regulación hipotética del problema que él pretende resolver[14].

La conclusión a la que pretende llegar el autor francés es precisamente la afirmación de la necesidad de acudir a elementos externos al Derecho positivo para

---

las palabras que habían de introducir fielmente su pensamiento y su voluntad, por lo tanto, la fórmula de la ley es a quien hay que acudir en primer término».

[11] *Ibidem,* pág. 409.

[12] I. Ara Pinilla, *La función de la libre recherche scientifique en la interpretación del derecho,* en J. Aylon, G. Escalona y M. E. Gayo (coords.), *Homenaje al profesor Antonio Fernández Galiano,* Facultad de derecho, Universidad Nacional de Educación a distancia, Madrid, 1995.

[13] *Ibidem,* pág. 411.

[14] *Ibidem,* pág. 411, «A priori, la investigación encomendada al juez en el terreno del Derecho es descubrir los elementos objetivos del derecho lo que incumbe al legislador mismo, éste interviene con ocasión de una situación de hecho concreto y para adaptar el derecho a esa situación, las consideraciones que deben guiarle son, desde luego, el principio superior que debe atenderse exactamente de la misma naturaleza que las que dominan la acción legislativa misma, toda vez que se trata de una y otra parte de satisfacer del mejor modo, por una regla apropiada, la justicia y la utilidad social. Además, ante el silencio y la insuficiencia de las fuentes formales, yo no vacilaré en indicar, como línea general de dirección para el juez, ésta: que debe formar su decisión de derecho en vista de las mismas razones que tendría presente el legislador si se propusiera regular la cuestión».

fundar las decisiones judiciales, al menos en los casos en los que el propio derecho positivo no ofrezca soluciones directamente aplicables a las cuestiones jurídicamente relevantes. Gèny destaca, en este sentido, la conclusión fundamental de todo su estudio, expresando que: «Dicha conclusión tiende a afirmar que los elementos puramente formales y lógicos que se ofrecen a los jurisconsultos en el aparato exterior y plástico del Derecho positivo son insuficientes para satisfacer las aspiraciones de la vida jurídica. De donde resulta la consecuencia inevitable que la jurisprudencia debe buscar fuera y sobre estos elementos los medios de llenar toda su misión. He ahí el principio esencial de mi tesis y lo que habrá necesidad de negar y destruir absolutamente si se quiere contradecir con éxito mis ideas»[15]. En definitiva, la teoría de Gèny, constituye una apelación a elementos externos a las normas jurídicas, pero cuyo descubrimiento y aplicación no resulta absolutamente discrecional al intérprete del derecho. Muy al contrario, éste se encuentra sometido a la necesidad de «descubrir él mismo, el defecto de la ayuda de las fuentes formales, los elementos objetivos que determinarán todas las soluciones exigidas por el derecho positivo»[16]. Ello supone, evidentemente, separarse de un modo de hacer de los juristas que se encuentra absolutamente impreso en la conciencia jurídica tradicional, pero que se ha mostrado igualmente insuficiente para proporcionar la respuesta que el Derecho con mayúsculas y no simplemente la ley, reclama del órgano judicial, asumiendo que «se debe sin vacilar romper las barreras de un método demasiado estrecho»[17] auspiciando la utilización de la libertad de acción del intérprete en la búsqueda de la solución que cuente con los fundamentos jurídicos objetivos más adecuados. En ello radica, la aparente paradoja de un método (el de la libre investigación científica) que se define a sí mismo como libre, pero que al mismo tiempo constriñe al órgano judicial a dictar una decisión reglada que no es más que la aplicación estricta de lo que en sí misma constituye una investigación científica, esto es, una investigación en la que el juez no es libre de plasmar sus creencias personales, sus apetencias o su propio sistema de valores, sino que ha de formular la decisión que inequívocamente se desprenda de los elementos objetivos inherentes al propio orden jurídico. Es así como, ha podido señalar F. Gèny que «el trabajo que incumbe al juez me ha parecido poder calificarlo libre investigación científica; investigación libre, toda vez que aquí se sustrae a la acción propia de una autoridad positiva, investigación científica, al propio tiempo, porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar»[18], señalando igualmente que el método de la libre investigación científica es aplicable en sus términos también al intérprete doctrinal y no sólo al órgano judicial a quien encomienda el sistema jurídico la resolución de las controversias[19].

---

[15] *Ibidem,* pág. 534.

[16] *Ibidem,* pág. 413.

[17] *Ibidem,* pág. 534.

[18] *Ibidem,* pág. 412.

[19] *Ibidem,* págs. 412-413. «Ahora bien, lo que acabo de decir del juez intérprete efectivo y oficial del Derecho positivo se aplica necesariamente también no sólo al práctico, sino también al intérprete

4. LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA DECISIÓN JURÍDICA

4.1. La naturaleza de las cosas

Descubrir cuáles son los elementos objetivos del derecho es el primer problema que se presenta ante el intérprete, hacia el juez. Gèny afirma que para poder llevar a cabo esta función resultará necesario «descender hasta las razones de la Constitución misma de la humanidad y descubrir los fundamentos últimos de su vocación, para remontar enseguida a los fenómenos que forman la trama esencial y alimentar la corriente continua de la vida social»[20]. Sin embargo esto es muy complicado pues requiere una visión muy amplia y general, por lo que es autor francés opta por proponer «un examen atento de las condiciones mismas de la vida de la humanidad y un empleo juicioso de las facultades morales de nuestra naturaleza»[21]. La opinión pública no puede desempeñar el papel de una autoridad para el intérprete[22], por lo que Gèny propone acudir a la idea de «naturaleza de las cosas», noción «tampoco precisa como fecunda»[23] pero que es, en definitiva, la única que nos puede proporcionar la razón objetiva para determinar tras la correspondiente investigación científica el contenido de esa «especie de Derecho común, general por su naturaleza, subsidiario por su función, que supla las lagunas de las fuentes formales y dirija todas los movimientos de la vida jurídica»[24].

Gèny señala la importancia de alcanzar el fin en la determinación de la decisión jurídica, sin embargo, el concepto de fin es muy amplio y no se debe caer en abstracciones teóricas que lo único que hace es evadir el problema sin solucionarlo. Es necesario saber cuál es el fin de las normas, pero para ello es necesario tener una visión de conjunto del fin del ordenamiento jurídico, puesto que el carácter global del sistema jurídico es el que debe informar la norma particular.

---

doctrinal y crítico. El papel de éste, en efecto, no es otro que el de preparar de la manera más adecuada al objeto la disposición práctica o judicial del Derecho positivo. La posición del juez determina necesariamente la suya: e importa poco que él pretenda escapar a la influencia inquietante o sospechosa de las cuestiones concretas desde el momento que el objetivo de sus esfuerzos continúa siendo esencialmente el mismo: procurar la adaptación de las reglas latentes del derecho, a todos los hechos de la vida social».

[20] *Ibidem,* pág. 413.

[21] *Ibidem,* pág. 414.

[22] *Ibidem,* págs. 414-415: «Prescindiendo de la dificultad casi improbable de hecho, de una constatación convincente del estado de la opinión pública, sobre una determinada cuestión de derecho, yo estimo que el juicio común, en cuanto es traducido en costumbre caracterizada , no tiene ningún título para imponer su apreciación para la solución de los problemas jurídicos. Además en la esfera legislativa me parece muy dudoso que los que tienen la misión de formular reglas jurídicas generales deban poner su inspiración principal en el estado de una opinión, siempre precaria y poco segura de sí misma. Pero en todo caso, y desde que se trata de la aplicación misma del derecho reputado preexistente, yo no veo sobre qué base seria podrá descansar la influencia reconocida al sentimiento general. Seguramente, no quiero decir con esto que la opinión pública deba ser considerada nula por el interprete. En tanto que hecho social, cuya apreciación debe tenerse en cuenta, se impone a la atención de aquél de una manera incontestable».

[23] *Ibidem,* pág. 419.

[24] *Ibidem,* pág. 421.

El autor asume la idea de que el ordenamiento jurídico tiene como fines primordiales la realización de los ideales de justicia y de utilidad, pero estos son conceptos difíciles de precisar, por lo que Gèny propone acudir a la idea de la naturaleza de las cosas para descubrir por un lado en la naturaleza personal del individuo los fundamentos de la razón y de la justicia, y por otro, en los propios fenómenos sociales los principios básicos que han de regir a su propia comprensión, proponiendo para la primera de las referidas funciones la denominación de indagación de los elementos de la libre investigación, puestos en la razón y en la conciencia y para la segunda función expresada la de los elementos positivos de la libre investigación o elementos que deben de ser extraídos de la organización positiva[25].

4.2. Los elementos de la libre investigación jurídica puestos por la razón y la conciencia

Respecto a estos elementos F. Gèny adopta una postura decididamente iusnaturalista. Hay que decir a este respecto, que si se puede considerar, con Guido Fasò, que la codificación jurídica constituyó en Francia el puente «involuntario» entre las doctrinas del iusnaturalismo y del positivismo jurídico[26], no cabe duda de que la ruptura con el ideal codificador y sus implicaciones teóricas habría de provocar en la obra de François Gèny un giro de 180 grados con respecto a la situación anterior de la doctrina jurídica francesa. Ya no se acepta la idea de que el Derecho positivo da respuesta a todas y a cada una de las cuestiones que pueden plantearse en la vida social, con la consiguiente sacralización de la ley escrita exigiéndose a partir de ahora al jurista que mantenga una actitud crítica con el derecho positivo con vistas a la realización del ideal de justicia que se supone que ha de perseguir del orden jurídico. François Gèny es consciente de que la calificación que puede comportar un cierto reproche de su doctrina como ius-

[25] *Ibidem,* pág. 423: «De una parte, interrogar a la razón y a la conciencia para descubrir en nuestra naturaleza íntima las bases mismas de la justicia. De otra parte, dirigirse a los fenómenos sociales para descubrir las leyes de su armonía y los principios de orden que ellos requieren. Tal es la doble misión que debe llenar: la segunda, teniendo su firme base en lo que podemos llamar la naturaleza de las cosas positivas, representado por el conjunto de las condiciones que forman, como la atmósfera de la vida jurídica exterior; y descansando la primera sobre un fondo más íntimo que escapa a la observación y a la experiencia sensible, pero que no impone menos sus exigencias a la realización práctica del derecho».

[26] G. Fasó, *Historia de la filosofía del Derecho,* vol. III, traducción de J. F. Lorca Navarrete, Editorial Pirámide, Madrid, 1981, pág. 27. «La codificación había constituido efectivamente el puente involuntario entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Las consecuencias no fueron, como hemos visto, estrictamente positivistas, reducción de todo el Derecho a la ley del Estado, y afirmación de la plenitud del ordenamiento jurídico positivo, sino que dichas consecuencias se debieron a motivos políticos y teóricos y no filosóficos: la filosofía de la codificación habrá sido el iusnaturalismo…, la atribución de racionalidad al legislador acarreó, en definitiva, la misma atribución al producto de su voluntad. Así, el valor absoluto que en una concepción iusnaturalista pudiera ser atribuida al Derecho (natural se entiende); por su conformidad a la razón acabó siendo transferido al Derecho empíricamente establecido por la voluntad del Estado, y que solamente por ello se convirtió en el verdadero Derecho».

naturalista es una calificación que puede comportar un cierto reproche y descrédito para las afirmaciones y las principales tesis en ellas sostenidas. Así lo asume, expresamente, cuando reconoce que: «Al indicar como primera y necesaria dirección de la libre indagación del jurisconsulto, intérprete del derecho positivo, los principios revelados a la conciencia y presentes como de intuición a la razón humana, no ignoro que me expongo al reproche de resucitar una doctrina anticuada y casi perdida 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 no ha llegado a ser trivial más que en fuerza de ser maquinalmente repetida, investigar en algunas 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. Desde siempre, a decir verdad, la jurisprudencia ha propuesto a lo menos a título de ideal, esta noción innata de justicia como apoyo necesario de sus construcciones positivas»[27].

Gèny reconoce el acierto de la reacción antiiusnaturalista en la medida en que entiende que es el iusnaturalismo racionalista en la formulación de sus principales teóricos a lo largo del siglo XVIII el que ha auspiciado la redacción y la entrada en vigor de los códigos civiles, con las negativas consecuencias que desde el punto de vista de la realización de un método adecuado de interpretación del derecho, ha acarreado semejante movimiento. El autor francés es enormemente crítico, como hemos visto, con las implicaciones teóricas y prácticas del proceso codificador en Francia y ello hace que vea lógicamente con simpatía a quienes se ocupan de criticar el iusnaturalismo racionalista en tanto que éste constituyó la base teórica fundamental del movimiento codificador[28]. Pero ello no lo hace tampoco simpatizar con las doctrinas del positivismo jurídico que siempre acaban sucumbiendo, en su opinión, al reconocimiento de la existencia de un principio objetivo de justicia que ha de guiar a las acciones humanas, y en su caso, a la propia realización del orden jurídico. Así, tras considerar que en relación a las tesis fundamentales en relación al iusnaturalismo racionalista, «los hechos mismos se han encargado de refutar tal manifiesta utopía, que menospreciaba las más claras enseñanzas de la Historia y contradecía la posición incesantemente variable de las relaciones entre los hombres», trata de propiciar una reformulación diferente del iusnaturalismo al afirmar que: «Pasar al extremo opuesto y no admitir más reglas que las dependientes de la variedad misma de esas relaciones, ¿no es, por el contrario, sacrificar el fondo permanente e inmutable, de verdad y de justicia que se nos impone?, ¿No es sacrificar el Derecho mismo reduciéndole a la pura dependencia de los hechos? A decir verdad, los más fogosos campeones de las teorías positivistas no han ido nunca tan lejos en su aplicación y a pesar de su nihilismo doctrinal, vuelve inconscientemente, al reconocimiento efectivo de un principio objetivo de justicia, por reducido que pueda parecer su alcance»[29].

---

[27] F. Gèny, *Método de interpretación y fuentes de derecho Privado positivo, cit.,* pág. 424.

[28] *Ibidem,* págs. 425-427.

[29] *Ibidem,* pág. 428.

Es especialmente llamativo a este respecto que el propio Gèny, titule el trabajo que presenta como Apéndice al cuarto volumen de su obra «Ciencia y técnica del Derecho privado positivo: nueva contribución a la crítica del método jurídico», con el nombre de «la necesidad del Derecho Natural»[30], que el segundo volumen de esta misma obra lleve el título de «El irreductible Derecho Natural»[31]. Nuestro autor asume en este sentido una posición a las doctrinas iusnaturalistas en una perspectiva diferente al del iusnaturalismo racionalista que inspiró la redacción de los códigos[32]. Esta asunción de las tesis iusnaturalistas resulta patente hasta el punto de haberse podido afirmar que «aplicando aquí sólo en sentido metafórico la imagen escalonada de las normas del sistema kelseniano podría decirse que el lugar que ocupa en éste la Constitución lo ocupa en Gèny, el derecho natural»[33].

François Gèny parte a este respecto de la necesidad de delimitar el concepto de derecho natural distinguiendo un concepto estricto del mismo y un concepto más amplio más amplio y general. Así, conforme a la primera acepción afirma que el derecho natural constituye «el conjunto de las reglas jurídicas que la razón hace derivar de la naturaleza misma de las cosas, de la que el hombre forma parte, y que nosotros hemos llamado los datos naturales y racionales del derecho positivo»[34], todo lo cual puede resultar en principio chocante si se tiene en cuenta que utilizando desde luego en una acepción muy diferente las expresiones naturaleza y natural, el autor francés señala con reiteración que los por él denominados como datos reales son, a su vez, datos naturales.

A su vez, en un significado más amplio y general la denominación de derecho natural servirá para designar los preceptos de la conducta humana exterior que recomiendan aspiraciones menos necesitadas por los hechos, respondiendo a la noción de perfección moral, de conveniencia, de utilidad, surgidas de todos esos datos ideales que nos parece deben figurar también entre los elementos constitutivos del Derecho positivo[35]. Gèny analiza con detenimiento la concepción clásica del Derecho Natural dedicando una atención especial a la concepción del Derecho Natural que sostiene Victor Catherein[36]. Pero en el fondo, su concepción es decididamente racionalista, tal y como él mismo expresa de manera incontrovertida: «a pesar de las deudas o conexiones que denotan sobre todo el efecto de analogías que surgen de las esencias de las cosas bajo los esfuerzos del espíritu, yo mantendría el conjunto de las ideas presentadas en este capítulo

---

[30] F. Gèny, *Science et technique en droit privé positif,* vol. IV, *cit.,* págs. 213 y ss. En este trabajo responde Gèny a las críticas que le había realizado G. Ripert, *Droit Naturel et positivisme juridique*, en Annales de Faculté de Droit d'Aix, 1918, n.º 1.

[31] F. Gèny, *Science et technique*, París, 1915.

[32] Véase a este respecto F. Gèny, *La laïcité du Droit Naturel*, en Archives du Philosophie du Droit, 1933, págs. 7 y ss.

[33] A. Hernández-Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, vol. I, Madrid, 1971.

[34] F. Gèny, *Science et technique en droit privé positif, cit.,* pág. 419.

[35] *Ibidem,* pág. 419.

[36] *Ibidem,* págs. 294 y ss.

sobre las bases fundamentales de Derecho positivo, el carácter primordial de una concepción racionalista, en el sentido de que para mí, el derecho tal y como se puede deducir de la ciencia y de la creencia, continúa siendo esencialmente una construcción racional establecida sobre elementos proporcionados por la naturaleza. Y es por eso que, a pesar del descrédito en que me arriesgo a caer con esta confesión, yo tiendo a afirmar enérgicamente, una vez más, la necesidad ineludible de un mínimo de Derecho Natural»[37].

Hay que destacar de todos modos que, al presunto racionalismo que caracteriza a la teoría de la interpretación jurídica en la obra de Gèny no es, en ningún caso, un racionalismo absolutamente puro, desvinculado por completo de los hechos sociales y de la propia Historia. Por el contrario, el Derecho Natural que preconiza Gèny es un derecho natural de base racional, desde luego, pero orientado históricamente en el sentido de que se entiende que los datos naturales y racionales que, por decirlo así, constituyen el núcleo del Derecho Natural en la concepción de Gèny sólo pueden fijarse en su propio desarrollo histórico, influyendo, desde luego, la razón sobre la Historia, pero al mismo tiempo desarrollándose la Historia de los acontecimientos sociales, como una evolución iluminada por la propia razón, con miras a la determinación de la decisión jurídica más justa en relación a los problemas que en el mismo acontecer histórico se producen. La caracterización primordialmente racional aún cuando matizadamente histórica del Derecho Natural la refleja con bastante precisión el autor francés cuando indica que: «El Derecho Natural debe residir ante todo en la naturaleza y en la razón. Es, desde luego, cierto, que ese dato natural y racional sólo se fija en la vida social de la humanidad gracias a un desarrollo histórico necesario para incorporarlo a la conducta efectiva de los hombres y para hacerle entrar en el seno de la evolución del mundo. Por otra parte, esta misma evolución sólo se desarrolla bajo la influencia de un ideal que perfecciona el mismo, la naturaleza y afina el juego de la razón. A pesar de todo, la base fundamental del Derecho subsiste en el conjunto, a la vez natural y racional, del que surgen las primeras reglas de conducta. Y podemos afirmar, al menos, que su sustrato esencial sigue dirigido por una fuerza superior ante el que el juez individual no puede dejar de inclinarse, como reconociendo su potencia eminente, al mismo tiempo que confiesa la oscuridad y la vaguedad de sus sugestiones»[38].

Se trata en este sentido, de profundizar en el sentido de la justicia, desde una perspectiva que Gèny entiende, diferente, como decimos, al del Derecho Natural clásico, pero que, en todo caso, está dominado igualmente por la idea por asegurar la realización del principio jurídico sobre la base de la existencia de una serie de datos objetivos que el intérprete del derecho no puede, en ningún caso, descuidar. Gèny es muy claro a este respecto, cuando expresa que: «Ya no nos planteamos aquí, el problema clásico del Derecho Natural, cuyos límites y postulados ya han sido señalados, en consideración de las exigencias de la hora

[37] *Ibidem,* págs. 418-419.
[38] *Ibidem,* pág. 420.

actual. Lo que nos proponemos es reconocer en el vasto universo que nos rodea, el dato total del Derecho positivo, desgajado (tanto como sea posible), de todo artificio e imponiéndole por sí mismo al hombre a través de algunas potencias que pudiera asumir ya sea gracias a una investigación propiamente científica, ya sea por medio de fuerzas más oscuras, del tipo del subconsciente, la intuición y el sentimiento»[39].

Evidentemente, la concepción del Derecho Natural que sostiene François Gèny tiene que ver mucho con la idea de perfeccionamiento moral en la medida en que lo que trata de garantizar es la decisión jurídica racional que se pudiera deducir de los datos objetivos que se presentan ante el propio órgano judicial. Pero el Derecho Natural no surge sólo como un instrumento de dirección en la obra del autor francés, sino que tiene un sentido prioritariamente social, dado que los problemas que atiende el orden jurídico se producen precisamente en el marco de la convivencia social como problemas derivados de las relaciones existentes entre los diferentes miembros de la comunidad[40].

François Gèny es consciente de las enormes dificultades que conlleva fijar el principio de justicia objetivo, en un mundo en el que la riqueza de los casos que se presentan ante el intérprete del derecho, excede a cualquier posibilidad de generalización, asumiendo en cualquier modo, que la precisión de cuáles pueden ser los principios de justicia constituye una materia cuya competencia corresponde a la filosofía del Derecho. El propósito de la obra del autor francés no es, desde luego, tan ambicioso, no se trata de fijar de una vez por todas un principio aplicable a cualquier género de casos, cualquiera que fuesen las diferencias que pudieran mediar entre éstos, su propósito es bastante más humilde, se trata de mostrar el camino que ha de seguir el órgano judicial para poder dictar una decisión jurídica justa, o lo que es lo mismo, basada en principios jurídicos subjetivos. François Gèny lo deja bastante claro cuando señala que: «Precisar el contenido de esta justicia absoluta y especificar su extensión en todo el dominio del derecho positivo excedería manifiestamente los límites puramente metodológicos del presente estudio. Dejo a la filosofía del Derecho la delicada misión de determinar los principios y sus consecuencias, en la esfera de las ideas puras, fuera de la contingencia de las situaciones materiales y de los hechos. En cuanto a mostrar, en presencia de las mismas materias, la parte irreductible de justicia natural que supone toda apreciación jurídica, ya no podría hacerlo más que penetrando en el detalle de las aplicaciones y entregándome a una casuística refinada, que me desviaría de mi camino, ya bien largo»[41].

---

[39] *Ibidem,* pág. 353.

[40] *Ibidem,* pág. 18: «Si el derecho Natural está llamado a circunscribir y a regular la actividad del hombre, no debe olvidar que éste se lo presenta en menor medida como individuo que como miembro de una sociedad, que le pone en relación y en contacto incesante con sus semejantes; en resumen, no es el hombre aislado, el Robinson, quien debe ser analizado desde la perspectiva jurídica, sino el hombre social, el único del que hay que fijar sus derechos y deberes».

[41] F. Gèny, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo, cit.,* pág. 432.

Hay que tener en cuenta, de todos modos, que la idea de justicia no se realiza nunca tampoco, en su plenitud, en los términos generales y abstractos que pudiera demandar su noción como justicia absoluta. Por el contrario, cuando el intérprete del Derecho dicta su decisión está realizando una adaptación personal de la idea de justicia, aplicándola además, a problemas de distinta naturaleza y que se presentan en condiciones igualmente diversas. Eso, no quiere decir, que los principios de justicia dejen de ser universales e inmutables, lo único que quiere decir es que el órgano judicial al realizar su actividad de interpretación del derecho, necesariamente lleva a cabo una adaptación de los principios de justicia, adaptación que, lógicamente, habrá de deformar hasta cierto punto, la noción pura que se pueda tener de los principios de justicia[42]. De hecho, Gèny reconoce expresamente, el carácter universal e inmutable de los principios de justicia cuando tras señalar la dificultad que entraña «la variedad infinita» de reglas jurídicas, a veces enteramente opuestas, consagradas según los tiempos y los lugares[43], no duda en afirmar que: «sin pretender justificar bajo las relaciones de la justicia absoluta las instituciones jurídicas de todas las épocas y de todos los lugares, es suficiente para disimular su gran diversidad observar que casi siempre el fin ha sido menos diferente que los medios para realizarlo. Pero sí se admite, según la razón, la experiencia y el sentimiento íntimo la uniformidad de la naturaleza humana, la identidad constante de su destino, y la existencia de un orden natural permanente de relaciones entre los elementos del mundo, concluiremos necesariamente que los principios de pura justicia, que no son más que una de las fases de este orden, conservan en medio de las variedades y de las contingencias de su actividad, un carácter universal e inmutable»[44].

Gèny se plantea igualmente el problema de la posible objetividad de los principios de justicia, reconociendo que la aplicación de los principios de justicia se produce, necesariamente, a través de puntos de vista subjetivos, los puntos de vista del intérprete, lo cual no altera, sin embargo, el sentido mismo de la justicia como guía objetiva para la acción del juez. La aparente paradoja que pueden suscitar estas dos afirmaciones la resuelve el autor francés de una manera bastante clara y contundente cuando señala que: «El problema parece deber resolverse por una distinción: al fondo mismo de la justicia, que la razón nos descubre en las relaciones humanas, no podemos rehusarle el valor objetivo, sin lo cual carecería de lo absoluto, que constituye su esencia; lo cual, no nos impide reconocer que la acción de los principios que dicho problema contiene en sí, implica en el intérprete, obra personal e individual, cuyos últimos resultados se traducirán necesariamente en puntos de vista subjetivos, que penetren, sin embargo, por sus más profundas raíces en estas entidades objetivas que constituyen todo su poder»[45].

---

[42] *Ibidem,* pág. 433.
[43] *Ibidem,* pág. 435.
[44] *Ibidem,* págs. 435-436.
[45] *Ibidem,* pág. 437.

4.3. Los elementos positivos de la libre investigación científica

Gèny señala la necesidad de acudir a principios de razón y de justicia, debido a la insuficiencia de las fuentes formales. Pero recurrir a dichos principios tampoco es suficiente para adecuar la decisión jurídica a la naturaleza de las cosas. Para alcanzar dicho nivel que es la base para la correcta aplicación de la norma jurídica, es necesario a parte del análisis de la naturaleza personal del individuo, efectuado de su razón y de su conciencia, un análisis de las realidades vivas, para que el juez adapte la norma a las necesidades sociales y que tenga plasmación en su decisión jurídica, es el estudio de los propios fenómenos sociales que influyen directamente en la comprensión de la vida en general por lo que el juez debe tenerlos en cuenta.

Por lo tanto existen unos criterios que se deducen de la razón y de la conciencia que son imprescindibles para la interpretación y aplicación del derecho pero debe ser complementado con el análisis de los hechos que rodean a la vida social[46], para así comprender realmente el sentido de la justicia.

También aquí el autor rechaza el engañoso apoyo que puede proporcionar la opinión pública, con vistas a la determinación de los propios elementos de la naturaleza positiva de las cosas. Se trataría, en este sentido, de eludir la realidad aparente que pueda proporcionar la utilización de la opinión pública para buscar una realidad de calado más firme y auténtico[47].

Pero los elementos de la naturaleza positiva de las cosas tendrán un carácter, hasta cierto punto diferente, según se trate de elementos que guarden una cierta conexión con las fuentes formales del derecho, o de elementos que puedan considerarse, en muy amplia medida, independientes de la realidad jurídica formal.

Entre los elementos directamente conectados con las fuentes formales del Derecho: destaca sobre todo la analogía a la que Gèny no reconoce, sin embargo, la condición de procedimiento de interpretación jurídica[48]. Gèny encuentra el fundamento de la analogía en un instinto natural del individuo hacia la igual-

---

[46] *Ibidem,* pág. 441: «Si los principios de justicia inmanentes a nuestra naturaleza moral y revelados por la razón o la conciencia, constituyen el primer punto indispensable y seguro de toda indagación científica, en la esfera del Derecho positivo, no es menos cierto, según hemos visto, que ellos solos y por sí mismos son elementos insuficientes para inspirar al intérprete de las fuentes formales. En vista de las relaciones que le solicitan y demandan una reglamentación precisa, el intérprete necesita una ley más concreta y más intensa, que sólo puede procurarle un examen de los textos mismos. Parte de la región de los principios absolutos; pero es en el dominio de las contingencias donde el intérprete desenvuelve su actividad propia: sólo en este medio puede encontrar, por consiguiente, los elementos últimos para sus decisiones».

[47] *Ibidem,* pág. 443: «No se crea, sin embargo, que al tomar como materia de investigación la organización positiva, nos entregamos a todas las fluctuaciones de la opinión. La opinión, por otra parte, es una gran engañadora: no constituye siempre más que una vaga indicación. Y es esencial desvanecer las oscuridades o las mentiras, sobreponerse a sus movimientos frecuentemente de pura apariencia, para abrazar la realidad viva, única que debe servir de objeto al propio tiempo que de guía a nuestras investigaciones».

[48] *Ibidem,* pág. 444.

dad jurídica, que se plasma no sólo en derecho de que las normas jurídicas deban ser aplicadas de un modo igual a los individuos, sino también en derecho de que los criterios de aplicación de la norma jurídica sean los mismos los casos en que la propia norma viene a regular supuestos que guardan entre sí una identidad de razón a los primeros[49]. En este sentido, la aplicación de la analogía supone ya la apelación a una idea de valor, al eliminar la posibilidad de que en la realización de su labor interpretativa pueda el órgano judicial asumir posiciones irracionales y discriminatorias. Todo ello hace, que si bien la analogía no pueda elevarse a la condición de procedimiento de aplicación del derecho, sí al menos «constituye como un término medio y ofrece una transición valiosa entre los resultados de la ley, considerada como fuente formal y los de una investigación científica elaborándose fuera y al lado de los textos»[50], lo que es también, en cierto modo, tanto como entender que «debe figurar, a lo menos, en primer lugar, entre los procedimientos de la libre investigación científica, entre los cuales merece distinguirse, tanto por razón de su modo de obrar, cuánto por la seguridad de los resultados que puede ofrecer»[51].

Gèny encuentra a parte de la analogía un elemento inherente a la naturaleza positiva de las cosas en la propia moral religiosa, la cual influye decisivamente en el ámbito del derecho de familia, en la organización económica, en la actividad pública...al igual que considera importantes las ciencias de la sociología, la filosofía, la psicología, la historia, etcétera.

3.6. LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y F. GÈNY

Gèny aboga por un método jurídico muy distinto al tradicional[52]; este método es el de la libre investigación científica, buscando el criterio de interpretación de las normas a través de la naturaleza de las cosas, elemento ajeno hasta ese momento al ordenamiento jurídico.

La libre investigación científica es una investigación dirigida a determinar el principio que anima al orden jurídico en su consideración global, reconociendo las limitaciones que la ley tiene y la necesidad de ir más allá de la mera letra del texto jurídico. Por lo tanto, se esta realizando una apelación a la idea de valor.

Dicho movimiento no rechaza la ley como primera fuente pero si la considera muchas veces insuficiente puesto que es necesario adaptar la norma jurídica a los vaivenes de la realidad social, desechando el valor de la certeza de la ley en

---

[49] *Ibidem,* págs. 445-446.

[50] *Ibidem,* pág. 451.

[51] *Ibidem,* pág. 455.

[52] La formulación doctrinal de Gèny ha encontrado en el texto del art. 1 del Código civil suizo su expresión legislativa más fiel. Sobre la relación entre la formulación doctrinal del método de la libre investigación científica y el texto del art. 1 del Código civil suizo, véase I. Ara Pinilla, *La función de la libre recherche scientifique en la interpretación del derecho, cit.* págs. 90-91.

la búsqueda de la flexibilidad de la misma. Sin embargo, en ciertos casos y materias la certeza jurídica que proporciona la ley, constituye un bien en si mismo[53].

En general, la utilización del método de la libre investigación científica es un ejemplo emblemático de identificación del elemento valorativo en el ámbito de la interpretación y aplicación del derecho que no olvida el valor jurídico que representa la certeza en el ámbito del derecho aunque se trate, ciertamente, de un valor de naturaleza distinta al valor de la justicia. Por lo tanto, aunque el movimiento sea llamado libre es porque no se somete a un control de una autoridad positiva pero se basa en los elementos que la ciencia revela, siendo una llamada a la responsabilidad del juez.

Si la escuela de la exégesis representaba la sublimación del texto de la ley como criterio exclusivo para la determinación de la decisión jurídica, la teoría de la libre investigación científica representa el reconocimiento expreso de las limitaciones de la ley y de la necesidad de ir más allá de los textos legislativos en la búsqueda del principio jurídico aplicable al problema que se presenta ante el órgano judicial. Es una apelación a la idea de valor que el intérprete del derecho no puede encontrar siempre en los textos legales que, sin embargo, no puede descuidar en su afán de dictar decisiones jurídicas que pueden considerarse correctas.

[53] F. Gèny, *Science et technique en droit privé positif,* vol. IV, *cit.,* págs. 40 y ss.