Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social
nº 14 (1er Trimestre 2025)
ISSN: 2792-7962 - ISSNe: 2792-7970
Págs. 257-303

# Las transformaciones del Derecho privado ante los cambios sociales: A propósito de la aportación doctrinal de Louis Josserand

# The transformations of private law in the face of social change: A review of the doctrinal contribution of Louis Josserand

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada.*
*Director de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*
*Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*
*Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Sumario

1. LOUIS JOSSERAND (1868-1941) EN EL CONTEXTO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL DE LA ÉPOCA
2. CRISIS Y RENOVACIÓN EN LA CULTURA JURÍDICA ENTRE LOS DOS SIGLOS: EL CAMBIO DE SIGLO Y EL PRIMER TERCIO DEL SIGLO VEINTE
3. LA REBELIÓN CONTRA LOS PRESUPUESTOS IDEOLÓGICO-JURÍDICOS Y METODOLÓGICOS DE LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS FRANCESA
4. LOS RASGOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LOUIS JOSSERAND, ENTRE RENOVACIÓN Y TRADICIÓN
5. BIBLIOGRAFÍA

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L..: «Las transformaciones del Derecho privado ante los cambios sociales: A propósito de la aportación doctrinal de Louis Josserand». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum,* 14 (2025): 257-303.

**Resumen**

Prestigioso jurista renovador de la ciencia del Derecho y hombre de acción para el Derecho como ciencia jurídica y para su elevación en la institución universitaria Louis Josserand (1868-1941). Para Josserand la ciencia jurídica es de orden esencialmente teleológico; está dominada de un extremo a otro por el concepto de fin. Igualmente deja muy claro que el Derecho no es la política de la fuerza. Para Josserand, el Derecho moderno -el Derecho de la modernidad- tiende a sustituir el reino de la violencia por el de la justicia. En este orden de ideas, piensa Josserand que el Derecho no es mero asunto de técnica, le guía el fin y un fundamento. Josserand, en unión con otros grandes juristas lioneses, acabaron por construir una red jurídica internacional enormemente influyente en Europa (Bélgica, Italia, Rumanía, Suiza, Inglaterra, república checa; Polonia; pero también en América del Norte (Chicago, Garner…) y en América Latina (prácticamente en todos los países relevantes en el ámbito jurídico: Argentina, Chile, Colombia, México…). También en Japón, donde sus obras fueron objeto de estudio y de difusión académica… El proceso culmina en cierto sentido institucional a través de la creación en 1921 del "Institut de Droit Comparé de Lyon". El Josserand de la primera época era decididamente un autor renovador que contemplaba el Derecho como un Derecho vivo, que se conoce en su ordenación normativa y en su eficacia jurídico-social.

**Palabras clave**

Crisis del Derecho privado del liberalismo de los orígenes; movimiento doctrinal de renovación de la cultura jurídica; crítica de la "Escuela de la Exégesis"; Derecho comparado.

**Abstract**

Prestigious jurist, renovator of the science of Law and man of action for Law as a juridical science and for its elevation in the university institution Louis Josserand (1868-1941). For Josserand, legal science is essentially teleological; it is dominated from one end to the other by the concept of the end. He also makes it very clear that law is not the politics of force. For Josserand, modern law - the law of modernity - tends to replace the reign of violence with that of justice. In this vein, Josserand believes that law is not merely a matter of technique; it is guided by an end and a foundation. Josserand, together with other great jurists from Lyon, ended up building an enormously influential international legal network in Europe (Belgium, Italy, Romania, Switzerland, England, Czech Republic, Poland; but also in North America (Chicago, Garner...) and in Latin America (practically in all relevant countries in the legal field: Argentina, Chile, Colombia, Mexico...). The process culminated in a certain institutional sense with the creation in 1921 of the "Lyon Institute of Comparative Law". The Josserand of the first period was resolutely a renovating author who saw the law as a living law, known in its normative organization and its legal-social effectiveness.

**Keywords**

Crisis of the private law of the liberalism of the origins; doctrinal movement of renewal of the legal culture; critique of the "School of Exegesis"; comparative law.

> *"El jurista debe, sobre todo, insistir en la conclusión a la que cada estudioso inteligente debe llegar al final: que la opinión mantenida por los hombres en una época determinada está condicionada por ese sistema completo de creencias, convicciones, sentimientos o suposiciones, y que, por falta de un nombre mejor, lo llamamos espíritu de una época. Más profundo que las opiniones yace el sentimiento que predetermina a la opinión…"*
>
> Albert Venn Dicey[1]

[1] Dicey, A.V.: *Lecciones sobre la realidad entre el Derecho y la opinión pública en Inglaterra durante el siglo XIX*, trad. M. Salguero e I. Molina Marín, estudio preliminar, "Derecho legislado y opinión pública en las Lecciones de A. V. Dicey", a cargo de Manuel Salguero, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007, pág. 393.

## 1. LOUIS JOSSERAND (1868-1941) EN EL CONTEXTO JURÍDICO Y POLÍTICO SOCIAL DE LA ÉPOCA

Louis Josserand fue un hombre de acción en la innovación de la teoría y en la práctica del Derecho. Buscaba incidir en el propio Derecho, aunque también asentarse como catedrático influyente en su país y en el extranjero. Prestigioso jurista renovador de la ciencia del Derecho y hombre de acción para el Derecho como ciencia jurídica y para su elevación en la institución universitaria Louis Josserand (1868-1941), fue Decano de la Facultad de Derecho de Lyon, el 2 de mayo de 1913, y desde allí trató de que los estudios de Derecho y de sus juristas investigadores adquiriesen el máximo prestigio[2]. Josserand realizó una gran labor de impulso, pero igualmente pudo llevar a cabo una apertura internacional que también aprovechó a todos, incluido a sí mismo, pues pudo consolidar su propia notoriedad a través del fortalecimiento de contactos en el extranjero. Además, se trata de elevar una Facultad de provincias (la Facultad lionesa de Derecho) al máximo rango interno dentro del ranking considerado antes inalcanzable de las universidades parisinas. Pero Josserand no estaba sólo, existiendo un amplio elenco de autores como Paul Pic, Jean Appleton, Emile Bouvier, René Gonnard, Caillemer, Edouard Lambert, Paul Huvelin, Emmanuel Lévy. Todos ellos vinculados a la Facultad de Derecho de Lyon[3]. En todas las grandes materias que fueron investigadas por él dejo un sello determinante, y no sólo en sus dos grandes monografías adjetivadas de "teleología jurídica". Y ello a pesar de las diferencias que lógicamente podían existir respecto a aspectos relativos a sus construcciones técnico-jurídicas[4].

Su punto de partida en la concepción de la ciencia jurídica es la dimensión teleológica intrínseca del Derecho, en el sentido de que el fin crea el Derecho -coincidiendo, en esto y significativamente con Ihering-. El fin perseguido justifica los medios adecuados y pacíficos empleados[5]. En toda decisión jurídica existen unas razones para decidir o actuar. Para Josserand la ciencia jurídica es de orden esencialmente teleológico; está dominada de un extremo a otro por el concepto de fin. Pero coincidiendo, de nuevo, con el Ihering "el Derecho no es un fin en sí mismo, sino el medio solamente para conseguir un fin que le es extrínseco, a saber, la permanencia, conservación y desenvolvimiento de la sociedad". Ahora bien, matiza Josserand, la voluntad y el deseo del hombre no se mueven sino en los límites trazados por los sucesos, por la naturaleza, por el destino. Entiende que, en realidad, las dos leyes de causalidad y finalidad se penetran, se conjugan constantemente una y otra; el mismo acto, apoyándose en el pasado, mira al porvenir. Pero, además, para él, el mundo no es la representación de nuestro pensamiento[6]: "En realidad, se operan cambios incesantes entre el mundo interno y en el mundo exterior, *reaccionan recíprocamente uno sobre otro; pero siempre encontramos la intervención, por mínima que sea, del determinismo, de las causas eficientes y de la ley de la*

[2] Audren, F. y Fillon, C.: "La grandeza de Louis Josserand. Fuerzas y flaquezas de un civilista de provincias en la IIIª República francesa". Conde Naranjo Esteban. Vidas por el Derecho, Universidad Carlos III, pp. 497 - 563, 2012, 9788415455271, págs. 517 y sigs. ("Aspectos de Administrador").

[3] Audren, F. y Fillon, C.: "La grandeza de Louis Josserand. Fuerzas y flaquezas de un civilista de provincias en la IIIª República Francesa", cit., pág.521, con cita de trabajos dedicados a Josserand.

[4] Un ejemplo significativo sobre una materia tal central como el derecho subjetivo es el de una obra ya clásica como la de Dabin, J.: *El derecho subjetivo*, trad. F.J. Osset, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, especialmente, por ejemplo, Capítulo V ("Uso de los derechos subjetivos"), págs. 269 y sigs., 322 y sigs. ("La teoría de Josserand: la finalidad de los derechos y el motivo ilegítimo"), y págs. 325 y sigs. ("Crítica de la teoría de Josserand").

[5] Josserand, L.: *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*. *Teleología jurídica*, trad. E. Sánchez Larios y J. M. Cajica Jr., revisión, edición y estudio preliminar, "Louis Josserand y la renovación jurídica del Derecho privado ante los cambios sociales" (pp. IX-LIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho) 2018, "Introducción", y "Advertencia del Autor", y en particular pág. 5.

[6] Aquí se puede encontrar su discrepancia fundamental con Arthur Schopenhauer, en Schopenhauer, A.: *El mundo como voluntad y representación*, 2 Tomos, trad., Introducción y notas de Pilar López de Santa María, Madrid, Ed. Trotta, 2ª ed., 2016, basado en la idea-fuerza de que "el mundo es el autoconocimiento de la voluntad".

*causalidad".* Precisamente, los móviles pueden definirse como la razones de obrar, estableciendo una necesaria diferencia entre la intención y los móviles[7].

Igualmente deja muy claro que, para él, a diferencia de Ihering, el Derecho no es la política de la fuerza[8]. Lo que sí quiere subrayar Josserand es el elemento de solidaridad y de justicia que forman parte también del Derecho en un régimen democrático. Y lo hace desde el solidarismo orgánico de Fouillé; y con la adhesión al republicanismo liberal de Rousseau[9]. Él está influido -o, más exactamente, inmerso en la ideología jurídica más renovadora de su época-. Para Josserand, el Derecho moderno -el Derecho de la modernidad- tiende a sustituir el reino de la violencia por el de la justicia[10]. En este orden de ideas, piensa Josserand que el Derecho no es mero asunto de técnica, le guía el fin y un fundamento. Coincidiendo por entonces con Georges Ripert, indica que el Derecho está dominado por la Ley moral. Y desde luego lo entiende así con su admirado Hauriou[11].

Con todo, Josserand, en unión con otros grandes juristas lioneses, acabaron por construir una red jurídica internacional enormemente influyente en Europa (Bélgica, Italia, Rumanía, Suiza, Inglaterra, república checa; Polonia; pero también en América del Norte (Chicago, Garner…) y en América Latina (prácticamente en todos los países relevantes en el ámbito jurídico: Argentina, Chile, Colombia, México…). También en Japón, donde sus obras objeto de estudio y de difusión académica… El proceso culmina en cierto sentido institucional a través de la creación en 1921 del

[7] Josserand, L.: *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado. Teleología jurídica*, trad. E. Sánchez Larios y J. M. Cajica Jr., revisión, edición y estudio preliminar, "Louis Josserand y la renovación jurídica del Derecho privado ante los cambios sociales" (pp. IX-LIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2018, págs. 13-14. Más allá del concreto pensamiento de Josserand -el cual no es citado- se encontrarán reflexiones de gran interés en la obra de Atienza, M.y Ruiz Manero, J.: Ilícitos atípicos. Sobre el abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, Madrid, Ed. Trotta, 2000.

[8] Aunque en esto hay una cierta simplificación del pensamiento de Ihering, el cual no reduce el Derecho a la fuerza, sino que la considera como parte integrante de su lógica interna. Al tiempo el Estado ejerce el monopolio de la violencia legítima y el Derecho presenta una intrínseca coactividad específica. Sobre su pensamiento puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: "Ihering, ensayo de explicación", estudio preliminar a la obra clásica de Ihering, R.v.: *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, edición especial completa en un solo volumen, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2ª ed., 2011, págs. XVII-LXXIX; *Ibid.*, "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho, estudio preliminar a la obra clásica de Ihering, R.v.: *El fin en el Derecho, edición especial completa en un solo volumen*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2ª ed., 2011, págs. VII-XLI. Para la consideración clásica del Estado como entidad política y jurídica que ejerce el monopolio de la violencia y del Derecho como instrumento para su ejercicio "legítimo", véase Weber, M.: *Sociología del Derecho, edición y estudio preliminar*, "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología" (pp. IX-CLII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011, Parte II ("Sociología del Estado"), págs. 239-349; y ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

[9] Puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; Monereo Pérez, J.L., y Calvo González, J.: "La teoría jurídica de León Duguit", estudio preliminar a Duguit, L.: *Manual de Derecho Constitucional*, edición y estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Ed. Comares, 2005, págs. XIII-L; y en la propia obra de Duguit, éste hace explícito que su punto de partida es, junto con la crítica de la doctrina individualista, la solidaridad o la interdependencia social, y que -con apoyo en E. Durkheim- el Derecho ha de estar fundado en la solidaridad social (*Ibid.*, págs. 4-12); Duguit, L.: *Soberanía y libertad, edición y estudio preliminar*, "La soberanía en la modernidad: León Duguit y la crisis de la soberanía", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2013.

[10] Josserand, L.: *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado. Teleología jurídica*, trad. E. Sánchez Larios y J. M. Cajica Jr., revisión, edición y estudio preliminar, "Louis Josserand y la renovación jurídica del Derecho privado ante los cambios sociales" (pp. IX-LIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2018, pág. 20.

[11] Josserand, L.: *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado. Teleología jurídica*, trad. E. Sánchez Larios y J. M. Cajica Jr., revisión, edición y estudio preliminar, "Louis Josserand y la renovación jurídica del Derecho privado ante los cambios sociales" (pp. IX-LIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2018, pág. 24.

"*Institut de droit comparé de Lyon*". La constitución del "*Institut de droit comparé de Lyon*" no habría sido posible sin el apoyo institucional que el ya Decano Josserand otorgó esta iniciativa pionera, defendiéndola y haciéndola exitosamente ante el Ministère de l' Instruction Publique. Entre los autores que se pretendió contactar para las actividades del Instituto estaba Roscoe Pound de Harvard University Law School, pero ese contacto parece que fue efímero. Al proyecto estuvo vinculado el profesor español Saldaña. En cuando a la valoración que merece existe la convicción de que en su condición de Decano Josserand buscó deliberadamente obtener una audiencia internacional, una de cuyas finalidades era la de asentar su autoridad y prestigio científico jurídico en la propia Francia[12]), y la expansión de un nuevo modo de entender la ciencia jurídica y el papel del jurista en la sociedad.

Su presencia institucional en la doctrina jurídica fue asentada con sus grandes monografías de lo que denominó "teleología jurídica", pero ciertamente en su momento la obtuvo de manera más determinante después con la publicación de los tres volúmenes del *Cours de droit civil positif français* (1929-1930, publicados por la *Librairie du Recueil Sirey*)*;* una obra que escribió en autoría estricta; nunca incorporó a nadie en vida. La obra rivalizaba por su calidad con la mejor manualística "parisina" de la época, especialmente con sus dos colegas parisinos y principales contrincantes, "Planiol-Ripert" y "Colin-Capitant". Con esta publicación Josserand se consagró en el núcleo más selecto e influyente de la doctrina jurídica[13]; lo cual es determinante ante el dato histórico de que la manualística, que era la quintaesencia doctrinal en la época, desempeñó, desde finales del siglo XIX, un papel determinante en el establecimiento de una jerarquía entre autores y Escuelas científicas[14].

## 2. CRISIS Y RENOVACIÓN EN LA CULTURA JURÍDICA ENTRE LOS DOS SIGLOS: EL CAMBIO DE SIGLO Y EL PRIMER TERCIO DEL SIGLO VEINTE

El clima de su época influye en los individuos y tanto más sin son intelectuales inquietos y comprometidos con su tiempo, como es el caso de Josserand. En su tiempo se hacía visible la ruptura de la idea de seguridad; se producía un replanteamiento de las condiciones ("las reglas de juego") de la "paz burguesa" consagrada en los códigos de Derecho privado y décadas de paz geopolítica[15]. Todo análisis conducía hacia la constatación en los hechos del agotamiento y relativo fracaso de la

[12] Audren, F. y Fillon, C.: "La grandeza de Louis Josserand. Fuerzas y flaquezas de un civilista de provincias en la IIIª República Francesa", cit., págs. 529 y sigs., y la cita en particular en pág. 533.

[13] Audren, F. y Fillon, C.: "La grandeza de Louis Josserand. Fuerzas y flaquezas de un civilista de provincias en la IIIª República Francesa", cit., pág. 543.

[14] Tal como lo mantienen Jestaz, PH.y Jamin, CH.: *La doctrine*, París, Dalloz, 2004, pág. 161.

[15] La crisis se vislumbraba ya en el periodo de entre las dos guerras mundiales, pero tuvo un factor causal determinante de una ruptura de época, que no es otro que la Primera Guerra Mundial y sus terribles consecuencias en todos los órdenes. La guerra tuvo repercusiones globales, destruyendo cuatro imperios y cobrándose millones de vidas. La Primera Guerra Mundial se convirtió en una lucha global que se originó en Europa y acabó un siglo entero de paz. Este conflicto bélico marcó incluso a los Estados victoriosos durante toda una generación, y todavía en el momento presente se sigue viviendo bajo su sombra, acrecentada por el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial, que enlaza con ella y continúa causando una inquietud relevante en nuestra época. Puede consultarse, Stevenson, D.: *1914-1918. Historia de la Primera Guerra Mundial*, Barcelona, Círculo de Lectores, 2013, págs. 49 y sigs., y Cuarta parte ("Legado"), págs. 649 y sigs.

organización jurídico-liberal individualista de la sociedad civil[16]. De ahí el derrumbamiento de los presupuestos ideológico-jurídicos del Derecho privado de la codificación[17].

Esta situación explica la respuesta de renovación doctrinal y la respuesta de los mecanismos de intervención pública "correctores" y "reorientadores" en el plano de la política del Derecho y su plasmación técnico-jurídica. La revisión de la responsabilidad (hacia la responsabilidad objetiva sobre la base de una nueva teoría del riesgo que convive con el pensamiento de Raymond Saleilles; la cuestión de los accidentes laborales y de tráfico[18]; la civilización tecnológica obligaba a una respuesta coherente y reflexiva del Derecho); la defensa de la propiedad común o colectiva[19]; la relativización del dogma de la autonomía privada contractual (constatado el desequilibrio entre las partes contratantes: el arrendamientos de servicios laborales hacia el contrato de trabajo intervenido; la contratación en masa generalizada, la intervención estatal imponiendo límites a la contratación privada, etcétera. En el trasfondo estaba la idea social por contraposición a la idea individualista imperante en los sistemas iusliberales aplicada a los distintos institutos fundamentales del Derecho privado. El Josserand de la primera época era decididamente un autor renovador que contemplaba el Derecho como un Derecho vivo, que se conoce en su ordenación normativa y en su eficacia jurídico-social. Pero que también es objeto de interpretación finalista, evolutiva y adaptadora a los cambios que se van produciendo en la sociedad. Aquí destaca el papel del juez en esa labor de interpretación creadora (Aunque Josserand no lleva a plantear expresamente -ni siquiera en sus inicios- a la Jurisprudencia como fuente del Derecho; debate que estaba muy presente en la época con las elaboraciones de las corrientes realistas como la jurisprudencia de intereses -que entroncaba con el segundo Ihering-, de autores como Ph.Heck,[20], F.

[16] No solo intervienen los reformistas de la talla de Anton Menger u Otto v. Gierke; otros autores liberales como Dicey dejaban constancia en 1905, del desarrollo de la legislación laboral; Dicey le dedicó una extensa Lección VII, sobre "El desarrollo del colectivismo"; *Ibid.*, págs. 211 y sigs., que él vinculaba con el éxito del socialismo reformista en Inglaterra. Las nuevas corrientes negaron la autoridad moral del individualismo y denunciaron el dogma del laissez faire. "El movimiento fabril introdujo leyes socialistas en el derecho inglés, y dio prestigio y autoridad a las ideas del colectivismo. El código laboral existente, que consolida una línea completa de las Factory Acts, es el logro más notable del socialismo inglés… Para él (el estudiante) la historia del movimiento fabril es en sí mismo la prueba suficiente de que las leyes pueden ser las creadoras de la opinión sobre la producción legislativa" (pág. 229). También la Lección VIII ("El periodo del colectivismo", págs. 245 y sigs.). Considera que "La lógica más profunda de los acontecimientos lleva, por tanto, a la extensión y al desarrollo de una legislación que lleva la impronta del colectivismo" (pág. 276). Igualmente, la Lección IX, "La deuda del colectivismo al Benthamismo"; págs. 277 y sigs. Entiende que "La clara oposición entre el liberalismo individualista de 1830 y el socialismo democrático de 1905 encubre la pesada deuda que los socialistas ingleses deben a los reformadores utilitaristas. Los socialistas actuales han heredado del benthamismo un dogma legislativo, un instrumento legislativo y una tendencia legislativa" (pág. 277). La misma idea lúcida en la conclusión de su libro extraordinario (*Ibid.*, pág. 393). Y añadiendo una reflexión igualmente lúcida y secante: "El jurista debe, sobre todo, insistir en la conclusión da la que cada estudioso inteligente debe llegar al final: que la opinión mantenida por los hombres en una época determinada está condicionada por ese sistema completo de creencias, convicciones, sentimientos o suposiciones, y que, por falta de un nombre mejor, lo llamamos el espíritu de una época" (pág. 393).
Su enfoque está marcado por el realismo político y jurídico, de la influencia de los modos de pensar y de la opinión pública en la actividad legislativa y la práctica interpretativa de los jueces. Así llega a afirmar: "La política no es lo mismo que el derecho, pero en la Inglaterra contemporánea, cualquier revolución en las ideas políticas se corresponde con los cambios de opinión sobre la producción jurídica". Y constata el cambio de perspectiva del individualismo al colectivismo (o tendencia socializadora del derecho) (*Ibid.*, pág. 354).

[17] Wieacker, F.: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, Quinta Parte (El derrumbamiento y la derrota del positivismo), págs. 471 y sigs., y págs. 491 y sigs. (el derrumbamiento de la unidad ideal del Derecho privado).

[18] Josserand, L.: "L' automobile et le droit. Conférence faite à l'Automobile Club du Rhone (12 de febrero de 1908), Lyon, 1908.

[19] Josserand, L.: "Essai sur la propieté collective", en *Le Code civil*. 1804-1904. Livre du Centenaire, París, Arthur Rousseau, 1904, reed. Bibliothèque Dalloz, 2004, págs. 357-379.

[20] Heck, PH.: *El problema de la creación del Derecho*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 1999.

Gény -jurista extraordinario y uno de los más relevantes de la doctrina jurídica de la época[21]; Albert Venn Dicey[22] (1835-1922); pero también en Estados Unidos con B.N. Cardozo[23], O. W. Holmes[24], en una tradición que llevaría a Roscoe Pound[25], con su jurisprudencia sociológica…, etcétera.).

La posición de un jurista liberal moderado como Dicey es muy expresiva del ámbito de la época que veía necesaria y casi inevitable para el mantenimiento y estabilidad del orden democrático transitar de los postulados individualistas hacia tendencias más socializadoras o intervencionistas por parte del Estado y del Derecho. En este sentido expresaba que no parece que su sentido vaya hacia el socialismo (lo decía en el año 1905 en el prefacio a su libro clásico). Ahora bien, afirma, que "esto no excluye que se afronten reformas legales y que se modifiquen costumbres y sentimientos que discurran en la orientación que marca el ideal socialista, pero, en todo caso, mirando el interés de toda la nación y no de una determinada clase social". Para reflexionar inmediatamente que en Inglaterra se optó desde el principio por realizar reformas progresivas, rechazando las revoluciones violentas. El liberalismo inglés fue de corte pragmático como, en opinión de Dicey, es propio de la mentalidad del pueblo inglés[26].

Para Dicey el "liberalismo individualista", cualquier que pueda ser la forma que adopte, "hace resaltar y exagera las desigualdades entre las diferentes clases y especialmente entre las diferentes razas del género humano, y así tiende, en efecto, no a eliminar los fundamentos razonables para asegurar a todos los hombres en la medid en que pueda ser posible, una igualdad de derechos, sino para el confiado entusiasmo necesario para llevar a cabo las innovaciones democráticas, incluso las más aceptadas y las más beneficiosas". Según Dicey el poder del individualismo está siendo desplazado por el desarrollo del "colectivismo"[27]. Esta crítica al liberalismo individualista avanza en la dirección más avanzada que liberalismo social que adoptarían autores posteriores como L. T. Hobhouse[28]. También

[21] Gény, F.: *Método de interpretación fuentes en Derecho privado positivo, edición y estudio preliminar, El pensamiento científico-jurídico de Gény: El problema del método* (pp. XVII-LXXXVI), Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

[22] No él, pero si la constatación de lo que denominó "Legislación judicial" (Lección XI, págs. 319 y sigs.).

[23] Cardozo, B.N.: *La naturaleza de la función judicial*, trad. Eduardo Ponssa, revisión y edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

[24] Holmes, O.W.: *The Common Law*, edición y estudio preliminar, "La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del "common law" tradicional: la concepción funcional e instrumental del derecho de Oliver Wendell Holmes" (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020; Monereo Pérez, J. L.: "El iusrealismo de Oliver Wendell Holmes, entre pragmatismo antiformalista y teoría predictiva de la decisión judicial". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 14(1), 2023, 1-60. https://doi.org/10.46661/lexsocial.8865

[25] Pound, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, edición y estudio preliminar, "La jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social" (pp. IX-LXXXII) a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004; *Ibid.*, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. y estudio preliminar (pp. XI-XXXVII) a cargo de José Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

[26] Dicey, A.V.: *Lecciones sobre la realidad entre el Derecho y la opinión pública en Inglaterra durante el siglo XIX*, trad. M. Salguero e I. Molina Marín, estudio preliminar, "Derecho legislado y opinión pública en las Lecciones de A. V. Dicey", a cargo de Manuel Salguero, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007, pág. LIX.

[27] Dicey, A.V.: *Lecciones sobre la realidad entre el Derecho y la opinión pública en Inglaterra durante el siglo XIX*, cit., Lección XII ("Relación entre la opinión legislativa y la opinión pública general), págs. 347 y sigs.

[28] Hobhouse, L.T.: *Liberalismo*, trad. J. Calvo Alfaro, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, (Colección Crítica del Derecho), 2007, es suficiente reparar en sus reflexiones finales en el Capítulo IX, sobre el porvenir del liberalismo. Sobre su pensamiento, además, Monereo Pérez, J.L.: "Los fundamentos del liberalismo social y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse", en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 136, 2007, págs. 711-761.

será el caso de autores como John Dewey[29], y H.J. Laski[30], el cual evolucionó rápidamente hacia el socialismo democrático. En realidad desde finalidades del siglo diecinueve y durante el primer tercio del siglo veinte se asiste a un proceso de revisión del individualismo originario los ideales del liberalismo social, la democracia y, en algunos casos, la defensa de un socialismo democrático. Esto es evidente en la evolución histórico-ideológica del liberalismo en Inglaterra y en Estados Unidos, pero también en otros países continentales como Alemania, Austria, Francia, Italia, España, etcétera[31].

Entiende Dicey que la unión estrecha y demostrable del desarrollo del derecho y ciertas corrientes de opinión, de pensamiento conocidas e influyentes. La relación entre la ley y la opinión en todas partes es extremadamente compleja, mostrando que la opinión respecto a la producción

[29] Dewey, J.: *Liberalismo y acción social y otros ensayos, estudio introductorio*, selección y traducción de J. Miguel Esteban Choquell, Valencia, Edicions Alfons El Magnánim, 1996. Dewey observó críticamente que las doctrinas del "primer liberalismo" -en particular bajo la forma del "laissez-faire"- "pasaron a proporcionar la justificación intelectual del statu quo". Añadiendo que "Puesto que los liberales cometieron el error de no distinguir entre la libertad puramente formal o legal y la libertad sustancial o real de pensamiento y de acción, sus predicciones durante los últimos cien años de historia son un conjunto de desatinos" (*Ibid.*, págs. 77-78). Tras un demoledor análisis críticos del liberalismo individualista, Dewey es contundente en su conclusión: "El único método de acción social con el que el liberalismo puede cumplir sus aspiraciones es la planificación social, llevada a efecto con vistas a la creación de un orden que dirija socialmente los sectores industriales y financiero en beneficio de instituciones que sustenten materialmente la liberación cultural y el desarrollo de los individuos" (*Ibid.*, pág. 92). Entre nosotros el liberalismo y republicanismo social encontró una expresión análoga en autores como Francisco Giner de los Ríos, Nicolás Salmerón y Alonso y Adolfo Posada, y se encarnaría también en otros importantes pensadores, como es el caso de Fernando de los Ríos, el cual transitaría del republicanismo social al socialismo democrático. Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España*. Adolfo Posada, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 174 y sigs. (Los presupuestos de reforma desde el liberalismo político-social avanzado), 231 y sigs. (La revisión de la "constitución liberal del trabajo"; el reformismo jurídico-social como antídoto frente a la cuestión social); *Ibid.*, "El reformismo socio-liberal de Giner de los Ríos. Organicismo y corporativismo social", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 142, 2009, págs. 279-338; Giner de los Ríos, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos*, revisión, edición y estudio preliminar, "El organicismo social de Francisco Giner de los Ríos", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008; Cámara Villar, G. (Ed.): *Fernando de los Ríos y su tiempo, Congreso sobre Fernando de los Ríos*, Granada, Editorial Universidad de Granada-Servicio de Publicaciones, 2000; Salmerón y Alonso, N.: *Trabajos filosóficos y discursos parlamentarios*, edición, y estudio preliminar, "El republicanismo español: Los supuestos básicos del pensamiento político-social del Nicolás Salmerón" (pp. VII-XLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

[30] Consúltese, Monereo Pérez, J.L.: *La filosofía política de Harold J. Laski*, estudio preliminar a Laski, H.J.: *La gramática de la política. Sus instituciones políticas y económicas*, edición y estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. XV-CIV; Monereo Pérez, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J. Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/EL Viejo Topo, 2004.

[31] Véase al respecto una de las obras clásicas sobre la historia del liberalismo, Ruggiero, G.: *Historia del liberalismo europeo*, trad. Carlos González Posada, revisión y edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005. De gran interés es su exposición de la trayectoria intelectual del liberalismo inglés (*Ibid.*, págs. 139 y sigs.), con referencia a Stuart Mill, T.Hill Green y L.T. Hobhouse, el cual este sintetiza y avanza hacia el nuevo liberalismo inglés. Hobhouse indicará que no basta proclamar en nombre la necesaria libertad de fines del individuo iguales derechos ante la ley, sino que es preciso además reconocer una equality of opportunity (igualdad de oportunidades). El mismo Guido de Ruggiero muestra su adhesión al nuevo liberalismo social (*Ibid.*, págs. 341 y sigs., y 385 y sigs.). Hobhouse defiende la instauración de un Estado Social de Derecho -como desarrollo coherente del liberalismo democrático- y un liberalismo social (vinculado al ensamblaje entre la justicia individual y la justicia social); unas propuestas de revisión "desde dentro" que no quedaban muy lejos del llamado "socialismo liberal". También debe destacarse la evolución del liberalismo francés, especialmente a partir de la Tercera República (*Ibid.*, 204 y sigs., aunque aquí el análisis de G. Ruggiero resulta ser insuficiente y menos incisivo, pues, entre otras cuestiones, desconoce la relevancia de la corriente del "solidarismo" social y jurídico en la trayectoria del liberalismo francés). Es importante y también harto significa la exposición de Laski, H.J.: *El liberalismo europeo*, México, D.F., FCE, 1ª ed., 1939; y la del mismo Hobhouse, L.T.: *Liberalismo*, trad. Julio Calvo Alfaro, revisión y estudio preliminar, "Los fundamentos del 'liberalismo social' y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse" (pp. VII-LIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

legislativa es en sí misma, a menudo, el resultado de hechos que de meras especulaciones filosóficas abstractas; y que ningún hecho juega un papel más relevante en la creación de la opinión que las mismas leyes en sí, la producción legislativa. El jurista atento debe, ante todo, insistir en la conclusión a la que cada estudioso inteligente ha de llegar al final, es decir, que la opinión sustentada por las personas en una época histórica definida está fuertemente condicionada por ese sistema completo de mentalidades, creencias, convicciones, sentimientos o suposiciones (incluso prejuicios de todo tipo), y que, por falta de una denominación que sea más adecuada y expresiva, lo llamamos *espíritu de una época.* Más relevante y profundo es constatar que en todas las opiniones subyace el sentimiento que predetermina -en parte, prefigura- a la opinión[32]. El cambio del pretendido *laissez faire* al colectivismo incidió en el modo de pensar de liberales como Dicey, y como ha sido destacado por E.C.S. Wade, Dicey, "manteniendo una posición contraria al colectivismo (porque no fue un radical), era consciente de la necesidad de la reforma social"[33]. En este sentido la defendió tanto por razones de justicia como de oportunidad en interés de la conservación del orden: una reforma correcta y gradual puede, acaso, impedir una revolución drástica del orden establecido.

Y es que estamos ante un mundo profundamente cambiado. El mundo del pasado paulatinamente estaba declive. En el fondo existe una influencia recíproca -no, por consiguiente, determinista- entre los cambios jurídicos y los cambios sociales. En la experiencia histórica, el Derecho no se limita a seguir, sino también a guiar, porque en la práctica se revela como un agente decidió y determinante en la creación de situaciones sociales nuevas a través de normas y reglas igualmente nuevas. En la crisis del sistema liberal individualista se crearon instrumentos legislativos activos que efectuaron reformas económicas y sociales, en parte como respuesta a necesidades sociales sentidas y en parte estimulándolas. También, en la línea de Dicey, siempre se produce una interdependencia de la acción del Estado, la opinión pública y los grupos de intereses que condición los cambios jurídicos[34]. En la experiencia jurídica y política se aprecia que en un sistema democrático de organización del Estado hay gran diversidad de acciones recíprocas entre las transformaciones sociales y los cambios jurídicos. El estímulo puede derivar de fuentes muy distintas. Puede actuar la presión lentamente creciente de tipos y normas nuevos de vida social, que crean una brecha cada vez mayor entre los hechos de la vida y el Derecho, a los cuales este último debe responder finalmente. Puede actuar la demanda súbita e imperiosa de una emergencia nacional para una nueva distribución de los recursos naturales o un nivel más alto de *justicia social*. Puede intervenir la lúcida iniciativa de un pequeño grupo de individuos, que paulatinamente moldea la opinión oficial hasta que el tiempo haya madurado para la acción. Puede producirse una injusticia o una inconsecuencia técnica del sistema legal que pidan una revisión correctora. Puede acontecer que existan nuevos conocimientos científicos que exijan formas nuevas de prueba legal u otro tipo de adaptaciones del sistema jurídico.

Es lo cierto que el Derecho responde también a través de distintos modos. La velocidad y el modo de su respuesta suelen ser proporcionados al grado de la presión social. También es influido por la estructura constitucional. Pero las circunstancias y las personas pueden acelerar o retardar su respuesta. En el campo del Derecho político o cuando se crea una situación nueva, es precisa la acción legislativa. En otros ámbitos, hay una combinación -y a menudo tensión- entre la acción legislativa y la judicial reparadora, en parte determinada por la materia, pero en parte por las actitudes cambiantes

[32] Dicey, A.V.: *Lecciones sobre la realidad entre el Derecho y la opinión pública en Inglaterra durante el siglo XIX*, trad. M. Salguero e I. Molina Marín, estudio preliminar, "Derecho legislado y opinión pública en las Lecciones de A. V. Dicey", a cargo de Manuel Salguero, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007, pág. 393.

[33] Wade, E.C.S.: *Prefacio* (Gonville and Gaius College, Cambridge, 10 de octubre de 1961) a la obra de Dicey, A.V.: *Lecciones sobre la realidad entre el Derecho y la opinión pública en Inglaterra durante el siglo XIX*, trad. M. Salguero e I. Molina Marín, estudio preliminar, "Derecho legislado y opinión pública en las Lecciones de A. V. Dicey", a cargo de Manuel Salguero, Granada, Ed. Comares, 2007, pág. 2.

[34] Friedmann, W.: *El Derecho en una sociedad en transformación* (1959), trad. Florentino M. Torner, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1966, págs. 21 y sigs.

y distintas de los legisladores y los jueces. Todo sistema legal, federal o unitario, tiene ante sí el problema del papel de los jueces en la evolución del Derecho. Cuando Gény, en un libro fundamental que apareció por primera vez en 1899, revisó a casi un siglo de actividad legislativa producida durante la vigencia del Código Civil, comprobó que los tribunales de justicia habían transformado en la práctica el Código a través de una interpretación *creadora* en muchos elementos fundamentales[35].

Resulta harto significativo que, partiendo de premisas muy distintas, los juristas ingleses y norteamericanos llegaron a conclusiones no muy distintas de las de los juristas y legisladores europeos continentales. Dicey, en sus "Lecciones sobre la relación entre Derecho y opinión pública" (publicada por primera vez en 1905, y la segunda en 1914), estudió la tradición de los presupuestos liberales de la filosofía benthamita ante la creciente relevancia de la legislación social y servicios públicos, y los inicios de la sociedad colectivista (sociedad del capitalismo organiza o intervenido) que en el presente se encuentra en pleno auge. En los Estados Unidos, hace más de medio siglo, Roscoe Pound comenzó a analizar el Derecho y los problemas jurídicos desde la perspectiva de los intereses y valores contrapuestos. El estudio, no sólo de los problemas de Derecho constitucional, sino del Derecho consuetudinario, del Derechos laboral, del Derecho penal y de otros ámbitos jurídicos, condujo a Pound, y a los muchos juristas que desarrollaron y modificaron su punto de vista inicial, a entender el Derecho principalmente como un instrumento de ingeniería social en el que los impulsos antagónicos de la política, de los intereses económicos y sociales y de los valores éticos, luchan permanentemente por hacerse admitir contra un fondo de historia, de tradición y de técnica jurídica[36]. En este contexto las resistencias y las presiones en relación con los cambios de la política del Derecho no se pueden infravalorar[37]. En el fondo preside siempre, en toda su amplitud, esa lucha por el Derecho que magistralmente había realzado Ihering[38]. Para Cardozo la lógica y la historia, la costumbre, la utilidad y las normas consagradas de la buena conducta son en realidad las fuerzas que aisladamente o en combinación moldean el proceso del Derecho. Cuál de esas fuerzas domine en cada caso, tiene que depender en gran parte de la importancia o el valor relativo de los intereses sociales que mediante él serán fomentados o perjudicados. El juez en la aplicación de las reglas jurídicas puede trazar una nueva dirección, abrir un nuevo camino por nuevos rumbos; señalar un nuevo punto de partida desde el cual los que vengan detrás de él otros emprenderán su viaje partiendo de la experiencia, el estudio y la reflexión, en una palabra, de la vida misma. Ahí está, sin duda, el punto de contacto entre la tarea del legislador y la del Juez[39].

Antes del inicio de la primer Guerra Mundial la fuerza creciente de los nuevos avances industriales y tecnológicos, de las nuevas filosofías sociales y políticas, habían determinado que los juristas de varios países avanzados afrontasen el Derecho de un modo nuevo, al entenderlo fundamentalmente *como* un instrumento de impulso y renovación evolutiva de la sociedad cambiante. La lógica y las técnicas jurídicas fueron percibidas como elementos centrales, pero no como el factor

[35] Friedmann, W.: *El Derecho en una sociedad en transformación* (1959), trad. Florentino M. Torner, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1966, págs. 40-41.

[36] Pound, R.: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. y estudio preliminar (pp. XXXVII) a cargo de José Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004; *Ibid.*, *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad, edición y estudio preliminar*, "La jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social" (pp. LXXXVI) a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

[37] Friedmann, W.: *El Derecho en una sociedad en transformación* (1959), cit., pág. 42.

[38] Ihering, R.v.: *La lucha por el Derecho, trad. Adolfo Posada*, edición y estudio preliminar, "Ihering y la lucha por el Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008.

[39] Cardozo, B.N.: *La naturaleza de la función judicial*, trad. Eduardo Ponssa, revisión y edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

único o prevalente, de la constante carrera y tensión entre el Derecho y la emergencia de los nuevos problemas sociales[40].

Pero, con esa evolución, en los Estados, modernos Leviatánes, en los sistemas democráticos han respetado un equilibrio -que, como todos, son inestables dependiendo de circunstancias y entornos cambiantes- entre heteronomía pública y autonomía privada; y entre Derecho legal, Derecho convencional -nacido de la autorregulación de los grupos sociales- y relativa discrecionalidad judicial en la interpretación y recreación del marco normativo y de los principios que inspiran los sistemas jurídicos. El Estado, conformado constitucionalmente como Estado Social de Derecho, ha establecido limitaciones a la autonomía privada, a los derechos de propiedad, a la libertad de empresa, a la libertad de contratación (y señaladamente, de contratación laboral garantizando los derechos sociales de desmercantilización, los cuales se han abierto camino a través de constantes dificultades; dificultades que llegan hasta el presente). Con la experiencia histórica que cristaliza en el presente como historia en construcción. El Derecho en un régimen democrático señala el cambio a seguir atendiendo a las nuevas políticas del Derecho[41]. Por supuesto no es correcto que se interprete conforme a los ideales típicos del siglo XIX (ni seguramente de algunos de los imperantes en el pasado siglo XX), de la filosofía de los padres fundadores, de un Bentham o de un Dicey. El valor principal continúa siendo básicamente el mismo: la garantía más plena posible por la comunidad de las condiciones que permitan al individuo convertirse en una persona moral e intelectualmente responsable. Pero los medios por los cuales ha de alcanzarse esa meta no pueden dejar de ser profundamente influidos por las circunstancias sociales en que vivimos. El ideal del bienestar social, es decir, de la responsabilidad de la sociedad por un nivel mínimo de vida y la protección contra las grandes vicisitudes que dejarían al individuo -salvo la pequeña minoría de afortunados- en la indigencia y la degradación, equipada sólo con las libertades teóricas de contrato, de propiedad y de oficio, es ahora casi universalmente aceptado. Ahora bien, bienestar y trabajo, sin responsabilidad ni participación de los individuos, puede conducir a una sociedad completamente regimentada y manipulada. El imperio del Derecho en la democracia tiene, así, que salvaguardar los derechos básicos de participación en el proceso de decisión política. Ha de prestar adecuada protección contra el abuso de los poderes públicos y privados. De ello se ocupó Josserand en sus grandes libros de "teleología jurídica". Debe buscarse el equilibrio en cuestiones que tienen que depender de las condiciones cambiantes de la sociedad. Ciertamente el contenido del imperio del Derecho no pueda ser determinado para todos los tiempos, lugares y todas las circunstancias. Es impensable y desaconsejable que el Derecho estuviera tan petrificado que fuese incapaz de dar respuesta a las exigencias de los cambios evolutivos y mutaciones drásticas de la sociedad contemporánea[42].

El Estado Social de Derecho ha supuesto a través de sus principios y reglas -como ya advertía Josserand y a pesar de sus reticencias en el último período de su vida- una transformación profunda de la función del Estado y de las relaciones de mercado, incluida la intervención pública en la

[40] Friedmann, W.: *El Derecho en una sociedad en transformación* (1959), trad. Florentino M. Torner, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1966, págs. 41-43. En la perspectiva de un autor inequívocamente conservador, se reconocen los límites que a las relaciones de mercado y a la autonomía privada impone la forma política del Estado Social de Derecho: se asumen los principios político-jurídicos que dominan la contratación (limitando la libertad de contratación, redefiniendo la función del contrato, objetivando la responsabilidad, etcétera) y el intervencionismo público en la ordenación económica (normas de orden público económico). Ese autor conservador que se desenvuelve en este discurso, mostrando su generalizada asunción o aceptación básica de sus postulados, es Santos Briz, J.: *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno,* Madrid, Ed. Montecorvo, 1966, especialmente, págs. 15 y sigs.., 51 y sigs., 255 y sigs.

[41] Véase Kelsen, H.: *Esencia y valor de la democracia, edición y estudio preliminar*, "La democracia en el pensamiento de Kelsen" (pp. XI-LX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

[42] Friedmann, W.: *El Derecho en una sociedad en transformación* (1959), trad. Florentino M. Torner, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1966, págs. 511-512.

contratación moderna. El fenómeno se detecta con cierta rapidez a medida en que evolucionaban los acontecimientos y las respuestas conformadoras y no meramente reactivas de los ordenamientos jurídicos antes y después de las dos guerras mundiales[43].

Los cambios jurídicos e ideológico-jurídicos son incomprensibles si no se atienden a las propias transformaciones de las mentalidades y de la ideología en su conjunto. Aparte del carácter limitado del poder hacia el apoyo del ejercicio de las libertades y derechos tradicionales, no hay que olvidar que en el liberalismo de los orígenes existió un conflicto entre liberalismo y democracia. El liberalismo de los orígenes no fue una ideología ni un sistema político institucional democrático, por su dimensión excluyente de carácter clasista (que naturalizaba las desigualdades sociales), racista, de género, de expulsión y negación del fenómeno asociativo en la esfera de las libertades públicas y políticas, etcétera)[44]. Es lo cierto que la experiencia histórica demuestra que el liberalismo pudo convivir con prácticas y formas de gobierno no democráticas, esto es, con formas que no tienen conexión con la democracia o el autogobierno de los miembros integrantes de la comunidad política[45].

[43] La doctrina más lúcida en un largo periodo lo había puesto de manifiesto como el segundo Rudolf von Ihering -uno de los juristas más importante de la historia- y a toda la estela de la doctrina en la cultura germánica, con autores como Otto Friedrich von Gierke, Anton Menger von Wolfensgrün, Franz Ritter von Liszt, Gustav Schmoller, Georg Jellinek, Gustav Radbruch, Hugo Sinzhheimer, Herman Heller, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Alfred Verdross, Karl Renner, Eugen Ehrlich, Otto Kahn Freund, Adolfo Merkl, Otto Kirchheimer, Franz Neumann, Rudolf Smed, H. Kantorowicz, Ph. Heck, Gerhard Leibholz, Karl Larenz, Theodor Geiger, Karl Loewenstein, Wener Flume, Friederich August von Hayek, en una dirección que conduciría actualmente a Robert Alexy; pero también en autores franceses como Alexis de Tocqueville, E. Levi, F. Gény, León Duguit, Maurice Hauriou, Paul Magnaud, L. Josserand, George Gurvitch, Georges Ripert, Paul Durand, Gérard Lyon-Caen, Pierre Laroque; en Italia, Giole Solari, Lodovico Barassi, Santi Romano, G. Chiovenda, Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti, Santi Romano, Emilio Betti, Francesco Messineo, Francesco Ferrara, F. Santoro Passarelli, Giusseppe Capograssi, Norberto Bobbio, para llegar a autores como M. S. Giannini, Giovanni Tarello, Francesco Galgano, L. Ferrajoli, G. Cassese, Nicola Matteucci, Gino Giugni, Gustavo Zagrebelsky, Natali Irti; en Inglaterra con Albert Venn Dicey, L. T. Hobhouse, H.J. Laski, Alfred Thompson Denning, hasta llegar L. H. A. Hart (éste último desde el positivismo); en España con Adolfo Posada, Felipe Clemente de Diego, Fernando de los Ríos, Nicolás Pérez Serrano, Federico de Castro y Bravo, Enrique Gómez Arboleya, Luis Díez del Corral, Manuel García Pelayo, Eduardo García de Enterría, Alejandro Nieto, Fernando Garrido Falla, Joaquín Garrigues Díaz Cañabate, Luis Díez-Picazo, Jaime Guasp Delgado, Antonio Hernández Gil, Antonio Truyol y Serra, José Puig Brutau, Ángel Latorre, Francisco Tomás y Valiente, Manuel Alonso Olea, Juan Antonio Carrillo Salcedo; el realismo jurídico escandinavo con Karl Olivecrona, Alf Ross; en Estados Unidos, John Marshall, el pragmatismo de John Dewey, y la estela de los realistas norteamericanos como Roscoe Pound, Oliver Wendell Holmes, Benjamin N. Cardozo, Karl N. Llewellyn, J. Frank, Ronald Dworkin (éste último desde el positivismo evolucionado)…, y un largo etcétera de brillantes juristas -como es obvio, la lista siempre será incompleta- que inmersos en los procesos de cambios social supieron y han sabido interpretar -con mayor o menor fortuna, pero siempre lúcidamente- las transformaciones del Derecho contemporáneo).

[44] Véase el interesante estudio de Losurdo, D.: *Contra historia del liberalismo*, trad. de Marcia Gasca, rev. J. Miras, Barcelona, Ediciones de Intervención cultural/El Viejo Topo, 2007, págs. 11 y sigs., y 44 y sigs. Pero también los libros clásicos, más condescendientes, de Ruggiero, G.D.: *Historia del liberalismo europeo*, trad. Carlos G. Posada, revisión y edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005, especialmente, págs. 91 y sigs., passsim; Matteucci, N.: *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, trad. J. Ansuátegui Roig y M. Martínez Neira, Presentación de Bartolomé Clavero, Madrid, Ed. Trotta, 1998, págs. 113 y sigs., y 259 y sigs.; y particularmente crítico -"desde dentro" de la ideología republicana liberal- con el "liberalismo individualista", el propio Dewey, J.: *Liberalismo y acción social y otros ensayos*, estudio introductorio, selección y traducción de J. Miguel Esteban Choquell, Valencia, Edicions Alfons El Magnánim, 1996, cuyo ensayo -que da título al conjunto de trabajos recogidos en este libro-, sobre "Liberalismo y acción social", publicado en 1935, puede tenerse como un manifiesto del nuevo liberalismo social (*Ibid.*, págs. 47-71). Véase lo indicado anteriormente sobre la posición de Dewey respecto al papel del Estado y la función del nuevo Derecho.

[45] Ya resulta significativo esto es precisamente lo que señalara Berlin, I.: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza editorial, 1998, págs. 229-230.

Pero los mismos autores liberales se explican: según Benjamín Constant el error de los demócratas residía en la concesión de una ilimitada soberanía popular[46].

Ese es el lado oscuro del liberalismo de los orígenes. Este liberalismo histórico situó la sociedad política en el ámbito de la exterioridad respecto de la sociedad civil, lo cual determina que el Estado asume un papel de garante de las libertades civiles y económicas, siendo su intervención en los demás ámbitos básica meramente subalterno e instrumental: y entre ellas la función del Estado se concibe como garante de los procesos de autonomía individual, sin lo cual no sería posible el funcionamiento de la "sociedad liberal". La materialización de esta exigencia se traducía en la garantía de unos determinas derechos subjetivos y libertades básicas de carácter inviolable. Como se ve era una forma muy singular de limitación del poder estatal, pues más bien se trata de la admisibilidad de una intervención garante y activa respecto de la remoción de los obstáculos que impidieran las libertades económicas y civiles. De ahí que el Estado activamente estableciese una legislación encaminada a derogar formas de intervención en la industria y en el trabajo, en un sentido de creación de un espacio de mercado "libre" de mercancía y de personas que ofertaban su propia fuerza de trabajo[47]. Es así, que el dogma postulado reiteradamente del *laissez-faire,* no fue sinónimo de absoluta abstención en la intervención política y legislativa en los órdenes económicos y sociales, sino más el reflejo de una inequívoca intervención selectiva, que permitía garantizar precisamente la no intromisión del poder público en la esfera de acción de los poderes privados realmente existentes. Esta idea subyace al pensamiento liberal clásico y está en la base de la falacia de la llamada "mano invisible" de un orden espontáneo que conduce hacia la armonía (que nace de una visión simplificadora del pensamiento de Adam Smith)[48]. Pero pese a esa falacia -que no resiste una aguda falsación de la teoría a través de un análisis científico-jurídico[49] y de la historia de la economía política- la idea de la "mano invisible" ha sido fuente de inspiración innegable del orden espontáneo del mercado definido por Hayek[50]. Hayek hace referencia a "la transformación del derecho privado en derecho público a través de la legislación

[46] Constant, B.: *Curso de política constitucional*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006; *Ibid.*, *Principios de política aplicables a todos los gobiernos*, Madrid, Katz Editores, 2010; *Ibid.*, *Escritos políticos*, Madrid, CEPC, 1989, *Ibid.*, "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos", en Águila, R. y Vallespín, F.: *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza editorial, 1998.

[47] El análisis de Karl Polanyi, apoyado sobre los hombros de Karl Marx, es especialmente significativo al respecto. Véase Polanki, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ed. La Piqueta, 1989, passim.

[48] La riqueza de las naciones, trad. C. Rodríguez Braun, Madrid, Alianza editorial, 2011, que debe ser confrontada con su otro libro, Teoría de los sentimientos morales, trad. C. Rodríguez Braun, Madrid, Alianza editorial, 2013. Véase Pena López, J.A. y Sánchez Santos, J.M.: "Los fundamentos morales de la economía: una relectura del problema de Adam Smith", en *Revista de Economía Institucional*, Vol. 9, núm. 16, 2007, págs. 63-87.

[49] Véase, para su aplicación instrumental a tales efectos, Canaris, CL.-W.: *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, trad. D. Brückner y J.L. de Castro, Prólogo de Cándido Paz-Ares, Madrid, Ed. Civitas, 1995, págs. 30 y sigs., y 55 y sigs., y que observa que el esquema básico de Popper se puede emplear también, mutatis mutandi, en la ciencia del Derecho, con importantes salvedades. Esto es así porque para ella también es válido que un enunciado universal puede estar en contradicción con un enunciado básico, por cuanto la negación del enunciado básico contradictorio es deducible de la teoría. Comoquiera que las teorías jurídicas contienen enunciados universales sobre normas jurídicas o conducen a ellos, se han de invocar, en cuanto que básicos, enunciados de un nivel de universalidad más bajo. Éstos han de obtenerse del Derecho vigente; sobre todo, por tanto, de la Ley (pero no exclusivamente). Contradicha la solución que de ella se deduce con la que resulta de la teoría a contrastar, queda esta falsada.

[50] Hayek, F.A.v.: *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza Editorial, 1995; *Ibid.*, Fundamentos de libertad, Madrid, Unión Editorial, 1991; *Ibid.*, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, 3 vols., trad. Luis Reig Albiol, Madrid, Unión Editorial, 1982, 3ª ed., 1994. Interesante, aunque en algunos aspectos hartos discutibles, es la obra de Dupuy, J-P.: *El sacrificio y la envidia. El liberalismo frente a la justicia social (1992),* trad. J. Gutiérrez y C. A. Martins, Barcelona, Ed. Gedisa, 1998, págs. 263 y sigs., con referencia a F. Hayek y a su concepción de la justicia sumergida en la complejidad social; también págs. 327 y sigs., sobre la economía política, o la represión de la muchedumbre. En una perspectiva crítica, Sandel, M.: *El liberalismo y los límites de la justicia*, trad. Mª. L. Luzón, Barcelona, Ed. Gedisa, 2000, passim.

'social'", como un fenómeno de socialización del Derecho emanada del "Estado administrador"[51]. Pero también entiende que existe un exceso de intervencionismo público en el mercado que cuestiona la libertad -además de ser ineficiente para un orden espontáneo- y una errada evolución del ideal democrático en una democracia basada en la "negociación" de intereses grupales[52]. Por lo demás, las relaciones entre Derecho y poder subyacen siempre al fenómeno jurídico en una tensión inevitable, donde se pretende reafirmar la primacía del poder sobre el Derecho, por un lado, y por otro, el sometimiento del poder al orden jurídico[53].

El *topos* del pensamiento liberal de un Estado mínimo, con la consiguiente reducción selectiva de las funciones y tareas del Estado limitado, no puede desconocer esa realidad de un intervencionismo público persistente para garantizar un *laissez-faire* en condiciones especialmente favorables para las clases desposeídas o no propietarias. El Estado se debería limitar a la articulación y protección del marco jurídico e institucional en que los individuos actúan, pues otro tipo de intervenciones más incisivas supondrían un intrusismo en la esfera propia que corresponde a la competencia de los individuos y el ejercicio de sus derechos y libertades. El postulado ideológico de una sociedad civil con una dinámica de funcionamiento armónico sería un fundamento para ese tipo de intervención pública de cobertura de la libre acción de los individuales; pareciendo ignorar el juego de los poderes dominantes -de personas, grupos y clases sociales- en las relaciones de mercado. El establecer una neutralidad del Estado (planteamiento en sí mismo estrictamente ideológico político y jurídico), con la separación de una línea divisoria tajante entre Estado y Sociedad civil, forma parte de la utopía liberal individualista tradicional. Además, en todo ese ideario liberal -y aquí no se puede insistir por obvias razones- está presente un determinado modo de entender la libertad, sobre la base de diferenciar entre libertad negativa y libertad positiva. De nuevo nos encontramos ante ese gran pensador liberal que fue Benjamin Constant, el cual fue el que estableció esa conocida distinción: la libertad de los modernos es la seguridad en el disfrute privado, con la garantía jurídica de sus derechos individuales inviolables por el orden jurídico[54]. El ideal de un autogobierno de la una sociedad de individuos en su conjunto sin interferencias del Estado, relegado a simple condición de garante del individualismo posesivo o propietario, el cual conformaría supuestamente un cuerpo social que actuaría armónicamente[55].

Tuvo que transcurrir mucho tiempo, y después de luchas sociales por los derechos de los excluidos del sistema liberal (comenzando por el ejercicio en condiciones de libertad e igualdad reales, el ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas, y, por supuesto, la consagración de los derechos sociales de desmercantilización relativa de los trabajadores) y de los propios fracasos del orden liberal de los orígenes, para que se produjeran cambios profundos en el proceso de revisión de los esquemas liberales, excluyente y antidemocrático de esas formas históricas de expresión y plasmación del liberalismo. Eso conduciría a una revisión profunda del liberalismo desde la perspectiva

[51] Hayek, F.A.v.: *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Vol. 1, trad. Luis Reig Albiol, Madrid, Unión Editorial, 3ª ed., 1994, págs. 243 y sigs.

[52] Hayek, F.A.v.: *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Vol. 3, trad. Luis Reig Albiol, Madrid, Unión Editorial, 3ª ed., 1994, Capítulo XV ("Proceso político y mercado"), y Capítulo XVI ("La errada evolución del ideal democrático: una recapitulación").

[53] Véanse las agudas reflexiones recogidas en la obra clásica de Geiger, TH.: *Estudios preliminares de sociología del derecho, con una introducción y una bibliografía internacional a la sociología del Derecho* por Paul Trappe, trad. A. Camacho, G.Hirata y R. Orozco, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2001, págs. 311 y sigs. (Sobre las relaciones entre Derecho y Poder).

[54] Constant, B.: "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos", en Águila, R. y Vallespín, F.: *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza editorial, 1998, pág. 139; *Ibid.*, Escritos políticos, Madrid, CEPC, 1989. Esa distinción -matizada- también Berlin, I.: *Cuatro ensayos sobre la libertad,* Madrid, Alianza editorial, 1998, pág. 220-230.

[55] Un planteamiento crítico sobre el individualismo posesivo o propietario, en Macpherson, C.B.: *Teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona, Ed. Fontanella, 1979; Barcellona, P.: *El individualismo propietario*, trad. M. Maresca, Madrid, Ed. Trotta,1996.

interna y externa: internamente debe destacarse la aportación extraordinaria de autores como L. T. Hobhouse (liberalismo social)[56] y H. J. Laski (un liberal social que evolucionó rápidamente hacia el socialismo democrático)[57]. Para ellos la libertad se entiende en sentido positivo, no sólo en el sentido de libre de dominación o de coacción, sino ante todo de participación en condiciones de igualdad, porque sólo se es libre entre iguales (igualdad no sólo jurídico-formal, se entiende), y una de sociedad no radicalmente fragmentada por desigualdades intolerables[58]. Aunque pudiera parecer evidente, en realidad no lo es, se afirma que sin democracia no puede haber libertad; y que la forma democrática del Estado ha obligado al gobierno a prestar atención a las necesidades de las clases subalternas en una forma que resulta imposible bajo cualquier otro régimen político[59]. Al mismo tiempo se postula una ciudadanía activa que lucha por sus derechos: "La verdad -afirma Laski- es que la eficacia de una Declaración de Derechos depende de la decisión con que el pueblo defienda su conservación. Será tan fuerte como sea la aspiración popular de libertad y no más"[60].

Pero algo que influye de manera determinante en el modelo de libertad de contratación y que es el punto de partida antropológico de la ideología liberal tradicional es la afirmación del individualismo. Para el liberalismo la sociedad se convierte en un conjunto inarticulado de individuos libres iguales relacionados entre sí como propietarios de sus propias capacidades y de lo que han adquirido"[61]. El curso de los acontecimientos y las exigencias de mantenimiento del orden político, económico y social pondrían en cuestión el enfoque del liberalismo radical respecto al papel del Estado y pondría en tela de juicio definitivo la pretendida idea ideológica de su neutralidad (que en sentido lato nunca existió como tal). La irrupción del fenómeno de "lo social", de la cuestión social devenida en cuestión directamente política determina una nueva percepción de la sociedad civil quedando visibles la deficiencias y falacias del orden de paz del liberalismo político y jurídico. De tal manera que la misma igualdad social (o, en otras palabras, igualdad jurídico-material) se constituye una precondición de la acción política y jurídica, incluido el ejercicio de la libertad de contratación. Es así que la separación entre lo social y lo político no puede establecerse radicalmente, una vez que ambas dimensiones se entrecruzan, ya que lo social exige una solución política y jurídica. El

[56] Hobhouse, L.T.: *Liberalismo*, trad. J. Calvo Alfaro, edición y estudio preliminar, "Los fundamentos del liberalismo social y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse" (pp.VII-LIV), Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

[57] Sobre estos autores me permito remitir a mis trabajos en la materia, Monereo Pérez, J.L.: *La filosofía política de Harold J. Laski*, estudio preliminar a Laski, H.J.: *La gramática de la política. Sus instituciones políticas y económicas*, edición y estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. XV-CIV; Monereo Pérez, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J. Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/EL Viejo Topo, 2004. El caso de Tocqueville es más matizable en el campo de "lo social": primero porque defendió un liberalismo asociativo, por un lado, y por otro, porque no le fue irrelevante el problema de cierta necesaria intervención en la cuestión social por parte del Estado. Véase para el primer aspecto, Ros, J.M.: *Los dilemas de la democracia liberal. Sociedad civil y democracia en Tocqueville*, Barcelona, Ed. Crítica, 2004, Sauca Cano, J.M.: *La ciencia de la asociación en Tocqueville*, Madrid, CEPC, 1996; Jaume, L.: *Tocqueville. Los orígenes aristocráticos de la libertad. Una biografía intelectual*, trad. Germán Cano, Nere Basare Martínez, Madrid, Ed. Tecnos, 2015; y para el segundo Monereo Pérez, J.L.: "El pensamiento sociopolítico de Tocqueville: igualdad de condiciones y justicia social", estudio preliminar a Tocqueville, A.: *El Antiguo Régimen y la Revolución, versión castellana de la segunda edición francesa*, por R. V. de R., con Anexo, "Fragmentos en favor de una política social", revisión y edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016, págs. IX-LXXVI.

[58] Véase Arendt, H.: *La condición humana*, Barcelona, Ed. Paidós, 1993.

[59] Laski, H.J.: *La libertad en el Estado moderno* (1930), trad. Eduardo Warshaver, Buenos Aires, Ed. Abril, 2ª ed., 1946, págs. 36-37 (De próxima publicación en la Ed. Comares).

[60] Laski, H.J.: *La libertad en el Estado mod*erno (1930), trad. Eduardo Warshaver, Buenos Aires, Ed. Abril, 2ª ed., 1946, pág. 48.

[61] Macpherson, C.B.: *La democracia liberal y su época*, Madrid, Alianza editorial, 1987; *Ibid.*, *Teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona, Ed. Fontanella, 1979. En la perspectiva del individualismo económico como base del orden establecido, Dumont, L.: *Ensayos sobre el individualismo*, Madrid, Alianza editorial, 1987; *Ibid.*, *Homo aequalis: Génesis y apogeo de la ideología económica*, Madrid, Taurus ediciones, 1999.

constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho daba cuenta y afrontaba esta innegable -por no decir inevitable- conexión entre lo social y lo político[62].

¿Cómo no iba a influir este proceso de "politización" de la cuestión social en el liberalismo jurídico y en la teoría de los derechos y de la libertad de contratación? No sólo era una constatación de Josserand en sus más conocidos escritos, sino que percepción muy generalizada en su tiempo (Anton Menger, O. v. Gierke, H. Sinzhheimer, G. Salvioli, Adolfo Posada, Leon Duguit, etcétera). Paradigmáticamente, un autor tan comedido como John Dewey pudo afirmar: "la antigua doctrina de los "derechos naturales", derechos considerados superiores a toda acción legislativa, había recibido un significado definitivamente económico por parte de los tribunales de justicia. Los jueces hacían uso de ellos de cara a deslegitimar cualquier legislación social destinada a proteger una liberta contractual real y no meramente formal. Toda nueva política social era vituperada en nombre de un "decidido individualismo"[63].

Por lo demás, el sufragio universal general (que no lo fue tanto, por sus restricciones hacia la mujer) y no censitario o clasista, implicó la incorporación al espacio político electoral y parlamentario de las grandes masas de los trabajadores y personas encuadradas socialmente en grupos desposeídos (clases subalternas). De este modo, la sociedad fragmentada dividida en clases e intereses antagónicos (que era mucho antes la realidad de la sociedad civil durante la vigencia formal de los sistemas codicísticos de Derecho privado) trasladó a la esfera política el cuadro de las escisiones presentes en el entramado del sistema social. El antagonismo aparece entonces en el mismo corazón del parlamentarismo democrático, y con ello quedó desmentida la ideología liberal de disociar en términos absolutos la representación política de la representación de intereses sociales o de clase. Al tiempo, se desvanecieron los supuestos ideológicos de la pretendida abstención del Estado, que se había sustentado en virtud del espejismo de una sociedad esencialmente "impolítica", separada de la realidad estatal y que debería funcionar bajo los principios del libre mercado y de la libertad de empresa y libre contratación sin interferencias del orden público del Derecho legislado. Se disolvió y quedó desmentida la cosmovisión del Estado como organismo externo que se limitaba a garantizar la autorregulación económica y social de los individuos[64]. Esta revisión produciría una cierta convergencia entre liberalismo y democracia, donde emergían partidos políticos con marcadas ideologías de clase, los cuales evolucionarían hacia los partidos de masas o partidos "atrápalo todo"[65]. La democracia se convertía en democracia de masas, se hablaba de la "era de las masas"[66]; porque se era consciente del impacto creciente del advenimiento de las masas -ciudadanos- a la vida política

[62] Puede consultarse Heller, H.: "¿Estado de Derecho o Dictadura?" (1929), en Heller, H.: *Europa y el fascismo*, trad. F. J. Conde, edición y estudio preliminar, "El fascismo y la crisis política de Europa" (pp. VII-LXIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, págs. 117-135. Sobre el pensamiento de Hermann Heller, véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho*. La teoría política de Hermann Heller, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, espec., Capítulo 1.4 ("Teoría jurídico-social: Homogeneidad social y Estado Social de Derecho"), págs. 67 y sigs.
En una perspectiva más amplia, puede consultarse, Habermas, J.: *Facticidad y validez*, Madrid, Ed. Trotta, 1998; Monereo Pérez, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.

[63] Dewey, J.: *Liberalismo y acción social y otros ensayos*, cit., pág. 77.

[64] Los aspectos fundamentales de esta concepción son descritos y analizados por Macpherson, C.B.: *Teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona, Ed. Fontanella, 1979, págs. 232 y sigs.; y Polanyi, K.: *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ed. La Piqueta, 1989.

[65] Monereo Pérez, J.L.: "Estado y democracia en Otto Kirchheimer", estudio preliminar a Kirchheimer, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

[66] Le Bon, G.: *Psicología de las Multitudes*, edición y estudio preliminar, "La Era de las masas: El pensamiento sociopolítico de Gustave Le Bon" (pp. LXXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; Ortega y Gasset, J.: *La rebelión de las masas, en Obras completas*, vol. II, Madrid, Alianza/Revista de Occidente, 1983; Canetti, E.: *Masa y poder*, trad. Horst Vogel, Madrid, Alianza editorial, 1983;

activa. Con ello, los intereses sociales específicos asumieron una relevancia visible y explícitamente política, por un lado, y por otro, el aumento impresionante de electores supuso una pluralización de la representación política en la lucha por la definición del "bien común". Esto condujo al advenimiento de la democracia de partidos que conferían relevancia político-parlamentaria a los diversos intereses sociales y la pluralidad de ideologías. Esto fue determinante para las clases sociales subalternas o desposeídas a las que antes se les impedía participar el gobierno parlamentario donde se definían las decisiones políticas. Así se produjo con cierta rapidez la ruptura de la concepción de un espacio político armónico por parte de la ideología del liberalismo radical ante la irrupción de los partidos de las clases subalternas. La modernidad liberal restringida quedó hecha añicos a favor de una modernidad ampliada donde se instala una democracia de partidos que expresan la opinión y los intereses de un pueblo fragmentado. La evolución implica la transición/desplazamiento del sistema liberal-representativo a la democracia de masas, en el Estado de partidos el parlamento pierde su carácter originario y se convierte en el espacio donde los representantes de los partidos registran decisiones previamente adoptadas en otro lugar. Así, la democracia de partidos conduce a la formación de la voluntad general de un pueblo fragmentado[67]. En la realidad política y jurídica, el traslado al espacio político-jurídico del conflicto entre intereses reflejaba la tensión subyacente entre al capitalismo con la democracia. Y el sistema de partidos terminará por servir de elemento necesario para la coexistencia del capitalismo organizado y la democracia parlamentaria, amortiguando y disolviendo los conflictos de clases y en general los antagonismos sociales[68]. También quedó hecho añicos el mundo construido y cristalizados en los códigos y sus instituciones fundamentales fueran transmutadas (propiedad, libertad contractual, dogma de la autonomía privada individual, libertad de empresa, etcétera)[69]. La noción de orden público económico y social quedó reconfigurada completamente ante el nuevo marco de interpenetración Estado y Sociedad civil. Se produce, con todo, una cierta *funcionalización político-jurídica del conjunto del Derecho privado,* que no supondría una negación de las libertades económicas y jurídicas en el marco de una economía "social" de mercado[70]. Se materializa una reglamentación de la libertad de contratar; y, en suma, se da lugar a la formación de un Derecho nuevo[71].

---

Sloterdijk, P.: *El desprecio de las masas*. Ensayos sobre las luchas culturales de la sociedad moderna, Valencia, Ed. Pre-Texos, 4ª reimpresión, 2011.

[67] En este sentido, básicamente, Lerbholz, G.: *Teoría y sociología crítica de los partidos*, Barcelona, Ed. Anagrama, 1980, págs. 210-211.

[68] Esto había sido apreciado desde distintos ámbitos y, entre ellos, paradigmáticamente, Schumpeter, J.A.: *Capitalismo, socialismo y democracia*, 2 Vols., trad. J. Díaz García y A. Limeres, Prólogo de J. E. Stiglitz, Barcelona, Ed. Página Indómita, 2015, Segunda Parte, págs. 133 y sigs.

[69] Véase Wieacker, F.: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, Quinta Parte (El derrumbamiento y la derrota del positivismo), págs. 471 y sigs., y págs. 491 y sigs. (el derrumbamiento de la unidad ideal del Derecho privado); Irti, N.: *La edad de las descodificación*, trad. L. Rojo Ajuria, Barcelona, Ed. Bosch, 1992; Tarello, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho*, Introducción de R. Guastini y G. Rebuffa, edición y estudio al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. 43 y sigs. ("Ideología del Siglo XVII sobre la codificación y estructura de los códigos"), 135 y sigs. (sobre los orígenes de doctrinales del Código civil. Código civil y regla del juego burgués) .

[70] Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: "La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía", estudio preliminar a Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XIII-CL, espec., págs. LXXXIII y sigs., ("Constitución Económico-jurídica y Estado Social de Derecho: El orden económico en el sistema democrático-social"), y págs. XCII y sigs. ("Las instituciones jurídicas de la economía en el capitalismo organizado"). Josserand había hecho notar la trascendencia de los cambios económicos para el Derecho. Véase, Josserand, L.: "Un ordre économique nouveau", en D.H. 1937, Chronique, pág. 135; Comment les textes des lois changent de valeur au gré des phénomènes economiques (Estudes Capitant), 1939, pág. 369.

[71] Ripert, G.: Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, cit., págs. 30 y sigs., con referencia a Josserand, no sin cierta connotación crítica ("Un jurista se ha atrevido a crear este barbarismo "la publicitación del contrato", Josserand, L., "La publicisation du contratat", *Estudes Lambert*, 1938, t. III, pág. 143; *Ibid.*, pág. 31; también con cita más respetuosa, Josserand, L., *Traité des transports*, 2ª ed., 1926, nº. 637; *Ibid.*, pág. 32). Ripert observa que el legislador ha tenido que limitar la autonomía privada en el arrendamiento de servicios, por la desigualdad existente entre los

## 3. LA REBELIÓN CONTRA LOS PRESUPUESTOS IDEOLÓGICO-JURÍDICOS Y METODOLÓGICOS DE LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS FRANCESA

Es sabido que la tradición jurídica francesa es de las más importantes y singulares dentro de los sistemas de tradición jurídica romano-canónica o familia romano-germánica[72]. Hay que tener en cuenta que, dentro del sistema de Derecho occidental, "Los Derechos que forman parte de la familia del Derecho francés eran todavía a primeros de siglo los de todo el continente europeo, abarcando todos los países latinos, germánicos y eslavos, así como los islotes griegos, húngaro, finlandés y países bálticos. Sólo quedaban fuera de él los Derechos de Inglaterra e Irlanda"[73].

En la época de la publicación de la magistral obra de Gény, "Método de interpretación y fuentes del derecho privado positivo" (1899)[74], y realizara sus publicaciones pioneras Josserand, era dominante el esquema de pensamiento de la Escuela de la Exégesis, aunque ya había entrado en una fase de relativa decadencia[75]. Esa Escuela sería objeto de disección y crítica por Gény y una pléyade de grandes juristas[76]. La Escuela de la Exégesis hace referencia a los civilistas franceses y belgas que enseñaban e investigaban, en el siglo XIX, el Código de Napoleón con la técnica del comentario artículo por artículo; y que se servían de un determinado método o técnica adecuado ("méthode exégetique" frente al despectivamente denominado "méthode dogmatique") a las exigencias de conservación del nuevo orden liberal burgués[77], el cual quedaría salvaguardado frente

contratantes: "El antiguo arrendamiento de servicios era completamente contractual; el contrato de trabajo moderno es casi enteramente imperativo. Un nuevo derecho se ha creado, derecho que ha tomado asiento en un Código del Trabajo. El Estado gracias a su superior tutela restablece la igualdad entre el patrón omnipotente y el trabajador obligado a aceptar el contrato" (*Ibid.*, pág. 33, con referencia y cita de V. Rouast y Paul Durand, y de este último su conocido ensayo, en cierta medida fundacional, sobre "Le particularisme du droit du travail", en Droit Social, 1945, pág. 298). Véase Monereo Pérez, J.L.: "La organización jurídica del capitalismo (Parte I): Constitución Económica y Estado Social de Derecho", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 10, 2024, 279-333. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/942; "La organización jurídica del capitalismo (parte II): las instituciones jurídicas de la economía", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 11, 2024, 161-224. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/995; Monereo Pérez, J.L.: "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 1, 2021 197-264. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525

[72] En general, David, R.: *Tratado de Derecho civil comparado. Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*, Madrid, Edersa, 1953; David habla ya de "familia romano-germánica" en su obra posterior, David, R.: *Los grandes sistema jurídicos contemporáneos*, Madrid, Ed. Aguilar, 1973, págs.14 y sigs.; Merryman, J.H.: La tradición romano-canónica, México, Ed. FCE, 1971.

[73] David, R.: *Tratado de Derecho civil comparado. Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*, cit., pág. 222. El autor subraya que "la unidad del sistema proviene de tres circunstancias: del origen común y de la análoga estructura de los Derechos que a él están ligados, de la semejanza existente respecto a la teoría general de las fuentes del Derecho admitidas por ellos y, en fin, sobre todo -y es lo esencial- por la comunidad ideológica que los reúne" (*Ibid.*, pág. 223).

[74] Gény, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, edición y estudio preliminar, "El pensamiento científico jurídico de Gény" (pp. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Prólogo originario de Raimundo Saleilles, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

[75] En cuanto a sus postulados, véase Perelman, CH.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. L. Díez-Picazo, Madrid, Ed. Civitas, 1979, págs. 37 y sigs. Sobre la histórica de la Escuela de la Exégesis y las tres fases de evolución histórica (primera fase: 1804-1830. Fundación de la Escuela; segunda fase: 1830-1880. El apogeo de la Escuela; tercera fase: 1880 a 1900. Decadencia de la Escuela y las tentativas de renovación), véase Bonnecase, H.: *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, trad. J.M. Cajica, Puebla, México, Editorial Cajica, 1944, págs. 56 y sigs. Véase también Tarello, G.: "La Escuela de la Exégesis y su difusión en Italia", en *Cultura jurídica y política del derecho*, Introducción de R. Guastini y G. Rebuffa, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. 73 y sigs.

[76] Perelman, CH.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., pág.37.

[77] Véase Tarello, G.: "La Escuela de la Exégesis", en Tarello, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho*, Introducción de R. Guastini y G. Rebuffa, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del

a cualquier situación imprevista[78]. El formalismo de un código "fijo" de normas de conformación del orden social y capaz de responder a cualquier nueva exigencia de regulación social, sería un auténtico instrumento de certeza y de precisión que sólo requeriría de una labor de aclaración y concreción por parte del juez, y no propiamente de labor de interpretación. El sistema del Código permite establecer un orden y es en sí mismo objeto de tratamiento científico-jurídico. Es por ello que este modo de pensar racionalista permite delimitar los cometidos de la ciencia jurídica como exclusiva ciencia del Derecho positivo: el jurista-científico "dimite de su función de legislador" -y también de su labor jurídico-crítica-, limitándose a reproducir el texto o documento legal y sin ostentar ninguna facultad creadora[79]. Éste actuaría sencillamente como un mediador: la "boca" que pronuncia las palabras de la ley escrita. De este modo el respeto a la racionalidad formal garantizaría su pretendida neutralidad política[80] y jurídica[81]: se traduciría en una aplicación del Derecho sin "contaminación" por criterios éticos, ideológicos o políticos del medio ambiente imperante. Dicha Escuela -que fue la ideología jurídica dominante en la Francia del siglo XIX y del período de la codificación- intentó hacer realidad el objetivo propuesto por los ideológicos de la Revolución Francesa, encaminado a reducir el ámbito del Derecho a la ley e incluso, más restrictivamente, el Derecho civil al Código de Napoleón[82]. Ello se tradujo en el plano de la enseñanza orientada desde el poder público hacia una reproducción acrítica y pasiva respecto al sistema del código civil[83]. Su premisa básica consistía en afirmar que los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete y que tan sólo en supuestos excepcionales la ley es insuficiente, presentando por ello lagunas (Laurent). Su actividad es en rigor de "exégesis", debiendo atenerse al

Derecho), 2002, págs. 73 y sigs. Una revisión sistematizadora y crítica de la Escuela de la Exégesis, en Bonnecase, J.J.: L'Ecole de l' Exégèse en droit civil, París, 1924; *Ibid.*, La pensée juridique fraçaise de 1804 à l'heure présente, Burdeos, 1933.

[78] Véase Bonnecase, J.: *La Escuela de la Exégesis en Derecho civil*, México, 1994, págs.140 y sigs. Desde esta perspectiva, la revolución jurídica realizada por la burguesía en el poder tuvo lugar a través de los códigos de Derecho privado, los cuales cristalizaban la constitución jurídico-económica de la sociedad burguesa. En este sentido, Gómez Arboleya, E.: "El racionalismo jurídico y los códigos europeos", en *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, Ed. IEP, 1962, págs. 439 a 534, en particular, págs. 451-452. Véase igualmente Arnaud, A.J.: *Essai d'analyse structurale du Code Civil Français: La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París, LGDI, 1973, passim.; Tarello, G.: *Storia della cultura giuridica moderna*, vol.I, Assolutismo e codificazione del diritto, Bologna, Ed. Il Mulino, 1976; Clavero, B.: "Origen constitucional de la codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica)", en Petit,C.(Coord.): *Derecho privado y Revolución burguesa*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1990, págs. 53 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "La organización jurídica del capitalismo (Parte I): Constitución Económica y Estado Social de Derecho", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 10, 2024, 279-333. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/942; Monereo Pérez, J.L.: "La organización jurídica del capitalismo (parte II): las instituciones jurídicas de la economía", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 11, 2024, 161-224. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/995; Monereo Pérez, J.L.: "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 1, 2021, 197-264. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525

[79] Cfr. Gómez Arboleya, E.: "Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna", cit., pág. 424. Sobre este orden de problemas, Calvo García, M.: *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Ed. Tecnos, 1994, pág.72.

[80] Véase, Altrusser, L.: *Montesquieu: La política y la historia, Barcelona*, Editorial Ariel, 1979, págs.117 y sigs., y passim. Véase igualmente, Lucas, J.de: "Sobre la Ley como instrumento de certeza en la revolución de 1789. El modelo del "Code Napoleón", en *AFD*, núm.6, 1989, págs.129 a 134.

[81] Weber, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. J.Medida Echavarría y otros, México, Ed. FCE, 1979, pág.511; *Ibid.*, *Sociología del Derecho,* edición y estudio preliminar, "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología" (pp. IX-CLII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

[82] Un código civil que fue el resultado transaccional entre dos tradicionales de la doctrina jurídica: la "école du droit naturel moderne y le jansenisme des gens de loi". En este sentido Arnaud, A.J.: *Les origines du Code civil français*, París, Librarie generale de droit et de jurisprudence, 1969. Para una valoración crítica de esta obra, véase Tarello, G.:"A propósito del "Código Napoleónico"", en Cultura jurídica y política del derecho, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), págs. 135 y sigs.

[83] En este sentido Bonnecase, J.J.: *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil*, cit., págs.18 y sigs.

tenor de los textos normativos, aplicándolos al caso concreto. Esa actividad de decisión judicial se conectaba, en relación de dependencia, como una determinada concepción de las fuentes del Derecho, y en efecto dicha Escuela de pensamiento aceptaba una doctrina muy limitada de las fuentes del Derecho ya que en su forma más radical sólo admitía como fuente del Derecho a los textos legales aceptados. Ello suponía en la praxis jurídica que, al menos la forma pura de la Escuela de la Exégesis devaluaba o simplemente desconocía la interpretación en sí del Derecho[84].

Este enfoque era enteramente coherente con la lógica político-legislativa de búsqueda del orden perpetuo propio del primer racionalismo jurídico moderno. Un orden marcado por la pretensión de eternizar las reglas jurídicas del juego burgués[85] (de la burguesía como clase en el poder), quedando en posición subalterna o fuera de esas reglas integrativas de un "cuerpo históricamente cerrado" las clases desheredadas o marginadas, no poseedoras. Para éstas las reglas de juego según el código civil son "estatutariamente" impuestas y consagran la pervivencia del orden y, en suma, el mantenimiento de la posición de los "actores" o agentes económicos y sociales. El código civil francés -como en general los códigos de Derecho privado- más reflejo de la sociedad suponía el intento de organización jurídica del capitalismo conforme a un modelo globalmente beneficioso para las clases dominantes en el poder[86].

Basándose en una lectura rígida del principio de separación o división de poderes se considera que el poder judicial dice el Derecho, pero no lo elabora: debe someterse siempre a la voluntad del legislador histórico, cuya voluntad debe ser estrictamente respetada. El Derecho es un dato, capaz de ser conocido por igual por todos. Es así que el juez limita su función a aplicar estrictamente el Derecho que le es dado. Esa visión legalista (formalismo jurídico legalista), atribuye al Juez una función completamente pasiva e impersonal, en aras de la separación de poderes y de la seguridad jurídica y asimismo para evitar la arbitrariedad y el abuso. De la aplicación judicial del Derecho se predica una exactitud tranquilizante. Una vez que el juez establece o fija los hechos, se formula el silogismo judicial. El proceso de aplicación del Derecho sería así un mecanismo perfecto de relojería, sobre la base de la existencia de un sistema formal completo y coherente, el cual contiene reglas aplicables, individualizables y sin ambigüedad para resolver los casos[87]. En resumen, la doctrina de la Escuela de la Exégesis se resuelve en tres rasgos distintivos fundamentales: primero, el culto al texto de la ley; segundo, el predominio de la intención del legislador sobre el alcance literal (y la función social) de los textos legales en la elaboración del Derecho positivo; tercero, la afirmación de una doctrina jurídica profundamente estatista (que lleva, como regla, a la omnipotencia jurídica del Estado legislador y a la infalibilidad del legislador y en su presencia real en la universalidad de la vida social); cuarto, la creencia simultánea, de sus defensores, en la omnipotencia del legislador y en

[84] En este sentido Aarnio, A.:*Lo racional como razonable*, Madrid, Ed. CEC, Madrid, 1991, pág.133.

[85] Véase Arnaud, A.J.: *Les origines du Code civil français*, París, 1969; *Ibid.*, Essai d'analyse structurale du code civil française. La règle du jeu dans la paix bourgeoise, París, Librairie de droit et de jurisprudence, 1973.

[86] En una perspectiva general, Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (1950), trad. J. Quero Morales, edición y estudio preliminar, "La organización jurídico-económica del capitalismo moderno: El Derecho de la Economía" ("XIII-CL), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. 4 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "La organización jurídica del capitalismo (Parte I): Constitución Económica y Estado Social de Derecho", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 10, 2024, 279-333. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/942

Monereo Pérez, J.L.: "La organización jurídica del capitalismo (parte II): las instituciones jurídicas de la economía", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 11, 2024, 161-224. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/995

Monereo Pérez, J.L.: "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 1, 2021, 197-264. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525

[87] Perelman, CH.: "Droit, logique et épistémologie", en *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, París, Vrin, 1973, págs. 227-229. También Tarello, G.: "La Escuela de la Exégesis", en *Cultura jurídica y política del derecho*, cit., págs. 73 y sigs.

la noción metafísica del Derecho (con el consiguiente elemento contradictorio que supone la mezcla paradójica de espiritualismo cierto y de positivismo puro); y, en fin, quinto, el respeto al argumento de autoridad y a los precedentes[88].

Dicho sistema formal, completo y coherente, sería, pues, un sistema axiomático y formalizado, porque el lenguaje artificial elaborado en la lógica formal o en la aritmética requiere para hacerlo útil la univocidad de los signos y de sus reglas de manejo[89]. Expresión de ese modelo de unidad y complitud (el código entendido como un sistema cerrado por el legislador, regulador y cosificador de todas las relaciones civiles, capaz de resolver cualquier controversia jurídica) es el art.4 del Código de Napoleón, cuando prohíbe al juez rehusar fallar (con la amenaza de ser culpable de denegación de justicia) so pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley, ya que el sistema de Derecho es completo, sin lagunas (y en el caso de que excepcionalmente se produzcan está obligado a llenarlas, motivando en Derecho su decisión[90] a fin de que el juez ejerza ese poder de manera no arbitraria), y también coherente, sin antinomias, y en fin, claro, ya que no presenta ambigüedades que puedan dar origen a legítimas interpretaciones diferentes. Los exégetas más liberales y menos rígidos, con base implícitamente desde luego en la distinción entre laguna de la ley y laguna del ordenamiento jurídico[91], admitían la existencia de lagunas en la ley (lagunas normativas auténtica cuando se carece de una regla decisoria aplicable directamente al caso controvertido), pero no en sistema jurídico general de referencia. La paradoja en esa admisión es manifiesta: la vida es más rica que la ley positiva. Esa prohibición del *non liquet* obligaba al juez, ante el silencio de la ley positiva a resolver mediante un juicio de equidad (cfr. art.9 del proyecto de código civil francés suprimido por el Consejo de Estado)[92]. Este sistema cerrado, apoyado en un método jurídico-formalista, corre un velo de la ignorancia respecto al fenómeno del

[88] Detenidamente, el excelente análisis que realizara Bonnecase, H.: *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, cit., págs.139 a 187. Desde la sociología jurídica, en los términos que de inmediato se verá, es imprescindible el libro de Arnaud, A.J.: *Les origines du Code civil français*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969.

[89] Vid. Perelman, CH.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., págs.39-40.

[90] Sobre la problemática de las lagunas en el Derecho, desde una perspectiva histórico-jurídica, véase Gilissen, J.: "Le problème des lacunes en droit dans l'évolution du droit médieval et moderne", en *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylan, 1968, págs.197 y sigs. También sobre la problemática de las lagunas, Villar Palasí, J.L.: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1975, págs. 67 y sigs.; Betti, E.: *Teoría de la interpretación jurídica*, Santiago de Chile, Ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017; *Ibid.*, *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2018; *Ibid.*, *Teoría general del negociación jurídico*, trad. A. Martín Pérez, revisión, edición y estudio preliminar, "El negocio jurídico como categoría problemática" (pp. XIII-XLIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, espec., Capítulo Sexto ("Interpretación del negocio jurídico), págs. 273 y sigs. Sobre la problemática actual de la interpretación en la aplicación judicial del Derecho, puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: "Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio", estudio preliminar a la obra clásica de De Diego, CL.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016.

[91] En general, sobre la incompletud del orden jurídico y el problema de las lagunas del Derecho, Coing, H.: *Fundamentos de filosofía del Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1976, págs.258 y sigs.; Engisch, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Presentación de Luis García San Miguel, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. 161 y sigs.; *Ibid.*, *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Estudio preliminar (pp. 17-60), Epílogo (pp. 425-445) y traducción de Juan José Gil Cremades, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

[92] Sobre la Escuela de la Exégesis y su vinculación el Código de Napoleón, véase Bobbio, N.: *El positivismo jurídico*, Madrid, Ed. Debate, 1993, págs.79 y sigs., y en particular sobre las relaciones entre el juez y la ley según el artículo 4 del Código civil, véase págs.88 y sigs. De cualquier modo, esta obligación de "fallar", el que el juez tiene que decidir por principio todo litigio que le es sometido, es de vigencia actual en el Estado democrático-constitucional contemporáneo. Se vincula con la función pacificadora del Derecho, que exige, entre otras cosas, que el juez ha de proteger la paz social, resolviendo con su sentencia los conflictos que se le presenten susceptibles de amenazar la paz social. Esto no es propio de los regímenes ultraliberales ni de los regímenes autoritarios. En este sentido Coing, H.: Fundamentos de filosofía del Derecho, Barcelona, Ed. Ariel, 1976, pág.257.

descubrimiento del Derecho en la praxis judicial y a la influencia de los condicionamientos del medio ambiente social en la labor del jurista, es decir, en su comprensión de lo real.

Es lo cierto, que los códigos del Siglo XIX exigían un específico *modelo de jurista.* En efecto, la codificación supone un proceso de tecnificación de la ciencia del Derecho, en virtud del cual era cometido del jurista la realización de una actividad puramente técnica, y en cuanto tal exclusivamente encaminada a elaborar y sistematizar los datos externos y ya preexistentes. Esta visión ideológica del Derecho como técnica de organización neutral a todo contenido se sitúa perfectamente en la lógica del positivismo jurídico formalista. Ello tenía la pretensión ideológica inicial de perpetuar el sistema codificado como reflejo de los equilibrios de poder en términos globalmente favorables para las clases poseedoras[93]. En términos jurídicos (no así en términos sociales y políticos debido a la emergencia de la "cuestión social"), el mundo diseñado por la codificación constitucional burguesa era el mundo de la seguridad. En Europa el período histórico comprende desde la mitad del siglo XIX hasta el inicio de la primera guerra mundial. Ese mundo de la seguridad es el mundo de la codificación, que trata de plasmar los valores del liberalismo individualista.

El proyecto burgués "estático" mostró sus carencias ante la emergencia de nuevos problemas y las exigencias planteadas por el surgimiento de nuevas clases sociales, a cuyo favor no se había establecido el orden de la burguesía. Las reivindicaciones de las clases trabajadoras y la aparición de nuevos grupos sociales determinaron la rápida promulgación de leyes especiales, las cuales presentaban un doble objetivo inicial: conservar la coherencia interna de los códigos de Derecho privado y, al mismo tiempo, responder a las exigencias de regulación social conforme a los cambios del entorno. Es claro que ello se solventaba, en términos formales, con la consideración de los códigos como "Derecho común" de las relaciones intersubjetivas privadas, pero esto no dejaba de ser una claudicación respecto de la pretensión totalizadora que tuvo el racionalismo jurídico de la codificación. Pero hay más: pasados los años, la legislación especial fue apartándose inequívocamente de los parámetros del considerado hasta entonces "Derecho común", dando lugar a "micro-sistemas" de regulación. Introduciendo una lógica de sector o de rama singularizada[94].

Subyace también a ese entendimiento del Derecho una determinada concepción de la *función de la doctrina jurídica*. Ésta en la perspectiva del iuspositivismo formalista tendría limitarse a transformar el conjunto de la legislación vigente en un sistema de Derecho, a elaborar una dogmática jurídica que proporcione al juez y a los juristas un instrumental lo más perfecto posible, que comprenda el conjunto de reglas jurídicas de las que haya que sacar la premisa mayor del silogismo judicial[95]. Sin embargo, a partir de ahora se reafirma con más contundencia que el jurista ha de estar

[93] Monereo Pérez, J.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía*, Estudio preliminar a la obra clásica de Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. de J. Quero Morales, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2001, págs. XIII-CL, en particular págs. XLIV-XLV.

[94] Monereo Pérez, J.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía*, cit., págs. XIII-CL, en particular págs. XLVII-XLIX, passim.; Monereo Pérez, J.L.: "La organización jurídica del capitalismo (Parte I): Constitución Económica y Estado Social de Derecho", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 10, 2024, 279-333. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/942
Monereo Pérez, J.L.: "La organización jurídica del capitalismo (parte II): las instituciones jurídicas de la economía", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 11, 2024, 161-224. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/995; Monereo Pérez, J.L.: "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 1, 2021, 197-264. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525

[95] Perelman, CH.: *La lógica jurídica y la nueva retórica, trad. Díez-Picazo*, Madrid, Civitas, 1979, pág.39, con análisis detenidos de los procedimientos de razonamiento utilizados por el juez para llevar a cabo su misión, consistente en juzgar y motivar sus decisiones (*Ibid.*,págs.40 y sigs.).

comprometido con la justicia[96], debe tener una formación capaz de poder analizar la realidad jurídica en su complejidad e investigar "lo justo objetivo"[97]. F. Gény -como Josserand- se mueve aquí, en este punto, en el campo del idealismo jurídico: si el Derecho es una expresión de la idea de justicia, el campo de la interpretación queda teleológicamente orientado hacia la búsqueda de la solución justa mediante la concreción de la norma positiva en el caso particular. Por ello se podría decir que decidir un caso según derecho positivo significa decidirlo sobre la base de las valoraciones y finalidades útiles conforme a las cuales se ha constituido el orden jurídico mismo. Con todo, aplicar el Derecho significa otorgar vigencia a pensamientos jurídicos, y no sencillamente subsumir bajo conceptos jurídicos generales. De ahí que la fundamentación jurídica de la sentencia no debe traslucir sólo la norma abstracta, sino también la idea jurídica en que descansa la decisión judicial misma[98]. Gény desvelaría las insuficiencias de los métodos puramente lógicos (propios del modelo racionalista positivista de ciencia jurídica) para una correcta administración de justicia. De este modo la actividad del juez es algo más que de servir de mediación entre el sistema positivo y la concreta realidad social del caso controvertido; consiste a la par en la recreación de esa norma abstracta ("encontrada") al caso, ya singularizada dinámicamente como norma del caso en cuestión (como regla jurídico-práctica buscada). Especialmente se conforma un determinado modelo de jurista aplicador del Derecho positivo, que centra su labor en la afirmación del canon de la máxima adhesión a la letra de la norma codificada. La *misión del juez* es la de establecer los hechos de la causa y obtener de los mismos las necesarias consecuencias jurídicas, sin tener poder alguno para colaborar en la creación del Derecho[99]; algo considerado inconcebible en un sistema de Derecho positivo. En tal sentido los juristas de la Escuela de la exégesis centraron sus esfuerzos en acotar ingenuamente[100] la actividad del juez a la fijación de los hechos y a la subsunción de los mismos en los términos inamovibles de la ley aplicable. En la tensión entre libertad y vinculación del juez se concedía un predominio absoluto a esta última. A ésta se le rindió un culto extraordinario, a la que todavía después de la crítica de

[96] Geny, F.: *Science et technique...,* t. II (1915), cit., págs.353 y sigs.

[97] Para esa idea de que es tarea del jurista orientar su actividad hacia el hallazgo de "lo justo objetivo", véase Geny, F.: *L'oeuvre juridique de R. Saleilles*, 1916, pág.63.

[98] En este sentido Coing, H.: *Fundamentos de filosofía del Derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1976, págs.257 y 279.

[99] Para la crítica respecto de la supuesta función pasiva del juez, véase Heck, PH.: *El problema de la creación del Derecho*, trad. de Manuel Entenza (Manuel Sacristán), Prólogo de José Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares, 1999. El problema estriba en que, como ha observado Perelman, la misma obligación de llenar las lagunas de la ley concede al juez por sí sola el derecho de elaborar "normas", si bien no es, como en el Common Law, necesariamente creador de reglas de derecho, pues sus decisiones no constituyen precedentes que otros jueces estén obligados a seguir. Pero ciertamente acaba elaborando reglas de decisión que resuelven el problema concreto que se le ha sometido. cfr. Perelman, CH.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., pág.66.

[100] En realidad se puede calificar de ingenua -aunque ciertamente interesada- la idea de que el juez deriva estrictamente su decisión de la ley, que "subsume" el caso en la norma del código, atribuyendo a la codificación legislativa (en sentido general) la función de fuente exclusiva de toda decisión jurídica. cfr. Hassemer, W.: "Sistema jurídico y codificación: La vinculación del juez a la ley", en Kaufmann, A., Hassemer, W.: *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Editorial Debate, 1992, pág. 202, con planteamiento crítico (Ib., págs.210 y sigs.). En el mismo sentido se ha señalado que en la actualidad nadie puede afirmar en serio, en rigor, que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente (Larenz, K.: Metodología de la ciencia del Derecho, Barcelona, Ariel, 1980). Alexy, en la misma línea de pensamiento, constata que este es uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológico-jurídica contemporánea. La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados (por la vaguedad del lenguaje jurídico, la posibilidad de conflictos de normas, el hecho de que sean posibles casos que necesitan de una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente y la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales). Por lo demás, en algunos de estos supuestos es posible -y a menudo aceptado- que el juez actúe en un campo que, según el principio de división de poderes, parece estar reservado al legislador. cfr. Alexy, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Ed. CEC, 1989, págs. 23-24. La crítica severa al procedimiento tradicional de subsunción puede hallarse también en Aarnio, A.: *Lo racional como razonable*, Madrid, Ed. CEC, Madrid, 1991, pág.44.

Gény se mantuvo en el centro de atención preferente de la doctrina francesa dominante, con la sola excepción de que al lado de la regla general (la ley) se permitió que figuraran otras reglas, como la costumbre y la jurisprudencia[101]. La Escuela de la Exégesis diseñó, y se atuvo, a un particular tipo de razonamiento jurídico: el razonamiento jurídico normativista, conforme "al cual la conclusión jurídica es una conclusión normativa que resulta de la denominación de los hechos mediante nombres, que aparecen en una norma; el dato originario del razonamiento jurídico son las normas"[102]. Con esta doctrina jurídica de la actividad del juez, y en definitiva de su función reproductiva de orden establecido en la ley, la teoría del Derecho ha "disimulado" la "actividad creadora de derecho bajo los rótulos de "interpretación" o de suposición de la "voluntad del legislador"[103]. La práctica judicial muestra que ese modelo de jurista "funcional" acaba participando en la creación del Derecho que sólo ha sido simplemente *disimulada,* y no eliminada en la vida cotidiana del Derecho en acción.

Josserand se insertará en esa misma dirección en prácticamente en toda su rica y extensa obra. Su misma concepción funcional del Derecho le llevó a afirmar el papel activo del juez (y no sólo respecto a la verificación y aprehensión del espíritu de los derechos y de los móviles de los actores jurídicos, sino también de la necesaria ponderación de intereses y fines y criterios de justicia jurídico-materiales)[104]. Los conceptos abiertos y adecuados a la función suponían la pretensión de adaptar las categorías jurídicas a las cambiantes necesidades sociales, lo que comporta -conscientemente- fortalecer el papel del juez (del poder judicial) en ese proceso de adaptación dinámica del orden formal a la realidad jurídica. Precisamente la relevancia de la labor judicial entraba en consonancia con los postulados de la "libre investigación" del juez definido, de manera ciertamente innovadora, por François Gény en su obra clásica[105].

Es de advertir que la reacción o revuelta contra el positivismo jurídico que se produce durante la segunda postguerra mundial termina definitivamente con todo vestigio de los postulados de la Escuela de la Exégesis, en Alemania y Francia, ya seriamente herida por la crítica realizada a finales del siglo XIX por Gény y, en general, por las distintas direcciones de pensamiento realista. En realidad, el Derecho, sobre todo desde el Ihering maduro, se concibe como un medio para la realización de un fin querido por el legislador. Siguiendo su estela otros autores, como Saleilles y Gény, reafirmaron y perfeccionaron esa concepción teleológica y funcional del Derecho. Según Gény (y con ello servía a precisas exigencias de adaptación funcional del orden jurídico las nuevas necesidades de regulación y solución jurídica flexible de los problemas económicos y sociales del capitalismo desarrollado[106])

[101] En este sentido, Carbonnier, J.: *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, trad., y prólogo de L. Díez-Picazo, Madrid, Ed. Tecnos, 1974, págs.82-83.

[102] Tarello, G.: "La Escuela de la Exégesis", cit., pág.78.

[103] Coing, H.: *Fundamentos de filosofía del Derecho*, cit., pág.260.

[104] Como se puede apreciar en Josserand, L.: *Derecho Civil*, 8 tomos, revisada y completada por André Brun, Buenos Aires, trad. Santiago Cunchillón y Manterola, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Bosch y Cía-Editores, 1952 (1ª ed., 1950), También editad en Santiago de Chile, Ed. Metropolitana, 2003.

[105] Gény, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, edición y estudio preliminar, "El pensamiento científico jurídico de Gény" (pp. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Prólogo originario de Raimundo Saleilles, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000. En relación a la conexión de modo de pensar advertida en el texto en Monereo Pérez, J.L.: "Teoría del abuso de derecho: El abuso de los derechos fundamentales", estudio preliminar a Josserand, L.: *El Espíritu de los derechos y su relatividad jurídica*. *Teleología jurídica*, trad. E. Sánchez Larios y J. M. Cajica JR., revisión de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2012, págs. IX-XL., en particular págs. IX-XIII.

[106] En una perspectiva jurídico-general se ha apreciado una cierta antítesis entre seguridad y adaptación. Véase, al respecto, Puig Brutau, J.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Interpretación creadora y arbitrio judicial, Barcelona, Ed. Bosch, S.A., 1951/2, págs.15 y sigs. Reeditada por la misma editorial en 2006, aquí se cita por la primera edición. Pionera, y en muchos aspectos excepcional para su época y tanto más en nuestro país, fue la obra clásica de De Diego, CL.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, edición y estudio preliminar, "Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016.

el Derecho no es enteramente independiente del contexto social y político en 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[107], 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[108]. El juez no está necesariamente forzado a aplicar las indicaciones legislativas dentro de los límites estrictos del sentido literal posible (art.3 del Código civil). Pone en duda el riguroso sometimiento del juez a la ley (pero sin cuestión este principio de sometimiento en un Estado de Derecho[109], sin infravalorar su innegable importancia), es obvio ya, y comúnmente aceptado, que, sin tener que aceptar un voluntarismo judicial inaceptable (el juez tiene que razonar y justificar[110] y asimismo hacer aceptable[111] su decisión dentro de un margen amplio de discrecionalidad, pero que evite la pura arbitrariedad), el juez no es la "boca" que pronuncia las palabras de la ley (Montesquieu, por él sostenida de forma muy matizada)[112] y asume -y esto lo es menos- una función creativa o de recreación permanente de la norma positiva que ha de aplicar. La lógica (especialmente la lógica forma deductiva como modelo decisorio) no determina irremisiblemente la decisión judicial como tal se interponen los juicios de valor en el razonamiento judicial[113]. El dilema trágico de la labor de juez es que al mismo tiempo tiene que respetar la estabilidad relativa del sistema y la flexibilidad requerida por las circunstancias en una sociedad que cambia aceleradamente; debe buscar un equilibrio entre las mismas[114], teniendo en

[107] Destacar que Ihering en su etapa madura reaccionó contra el "culto de la lógica" que quiere transformar la jurisprudencia en una matemática del Derecho. cfr. Ihering, R.Von.: *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. Enrique Príncipe y Satorres, revisión, edición y Estudio Preliminar, "Ihering, ensayo de explicación" (pp. XVII-LXXIXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, edición íntegra en su solo volumen de la obra originaria en cuatro tomos, Granada, Editorial Comares, 1998 (1ª ed.), 2011 (2ª ed.). También Ehrlich, E.: *Die juristische logik*, Tübigen, 1918, págs. 299 y sigs.; *Ibid.*, *El fin en el Derecho*, edición integra en un solo volumen, trad. Diego Abad de Santillán, revisión y estudio preliminar, "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000 (1ª ed.), 2011 (2ª ed); Heck,PH.: *El problema de la creación del Derecho*, trad. Manuel Enteza (Manuel Sacristán), revisión y edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 1999. Asimismo, Simitis, S.: "Die bedetung von system und dogmatik-dargestellt an rechtsgeschäftlichen problemen des massenverkehrs", en *ACP* 172 (1972), pág.132.

[108] Un modo de pensar que sería más tarde desarrollado ampliamente y perfeccionado por autores como Esser, J.: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, Athenäum Verlag, 1970, págs.189 y sigs.; *Ibid.*, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1956), Barcelona, Bosch, 1961. Como ha puesto de relieve Wieacker, fuera del núcleo reducido de la ley susceptible de subsunción, y sobre todo en la integración del Derecho, todos los problemas de aplicación del Derecho son susceptibles de ser formulados como decisiones entre alternativas valorativas. cfr. Wieacker, F.: "Zur topik diskussion in der zeigennössischen deutschen Rechtswissenschaft", en *Xenion. Frestschrift für P.J.Zepos*, Atenas, 1973, pág.407.

[109] Destacar, en un plano general desde la sociología jurídico-crítica, Arnaud, J.J.:"Le médium et le savant. Signification politique de l'interpretation juridique", en *Archives de Philosophie du droit*, XVII, 1972, págs. 165 y sigs., en particular pág. 178.

[110] Alexy, R.: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Ed. CEC, 1989, págs.214 y sigs.

[111] Aarnio, A.: *Lo racional como razonable*, Madrid, Ed. CEC, Madrid, 1991, págs.236 y sigs.

[112] Véase Eisenmann, C.: "L' Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs", en *Mélanges Carré de Malberg*, París, 1933, págs.190 y sigs.; Id.: "La pensée constitucionale de Montesquieu", en *Recueil Sirey du bi-centenaire de l'Esprit des Lois*, París, 1952, págs. 133 y sigs.; Altrusser, L.: *Montesquieu: La política y la historia*, Barcelona, Ed.. Ariel, 1979, espec., págs.117 y sigs., quienes recuerdan que para la concepción de Montesquieu el juez es un hombre cuya función consiste única y exclusivamente en leer y decir la ley. Puede consultarse también Groetuhysen, B.: *Montesquieu. Introducción a la selección de textos*, Ginebra, Colección "Les classiques de la liberté", Trois Collines, 1947.

[113] En análogo sentido, a propósito de la reflexión sobre el pensamiento de MarCormick, Atienza, M.: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Ed. CES, 1991, págs.162-163.

[114] En sentido similar Aarnio, A.: *Lo racional como razonable*, Madrid, Ed. CEC, Madrid, 1991, págs. 32 y 34. Por lo demás, la decisión jurídica pretende establecer un equilibrio entre la letra de la ley y otros factores que influyen en el caso. Hace notar, por otra parte, que cuando en una sociedad es cada vez más frecuente la promulgación de

cuenta que el juez realiza su actividad dentro del sistema oficial de administración de justicia (lo que no tiene que significar, empero, aceptación acrítica del sistema jurídico establecido). Se inscribe aquí Gény en las corrientes de pensamiento neonaturalistas o iusnaturalistas, con base a las reflexiones sobre la problemática de "lo dado", al "dato real". Frente a la Escuela de la Exégesis, Gény trata de "acreditar como razonamiento jurídico ya sea el razonamiento que tiene más bien por conclusión una norma, pero tiene como premisa (una descripción de) hechos históricos, verificados o prescritos". Esta orientación neonaturalista era proclive a introducir en el instrumental propio de los juristas prácticos la técnica de la "naturaleza de las cosas" (que comporta una mayor atención a las reglas interiores que organizan la vida social, "aux principes qui régissent la matière"[115]), la naturaleza del hecho, o a un *"dato",* "constituido con anterioridad a la legislación, que se puede presentar como dato natural o real o institucional-histórico"[116]. Con esta orientación "realista" el jurista traza un puente fácilmente transitable entre la ley y el hecho social objeto de regulación. Su labor es dinámica en cuanto que, ligada a la variabilidad de los hechos, a la cambiante la realidad social[117].

---

disposiciones amplias, la consecuencia inevitable es el desplazamiento del acento del poder hacia los cuerpos que aplican la ley (*Ibid.*, pág.35).

[115] Considera Bobbio, desde una perspectiva jurídico-crítica, que el concepto de naturaleza de la cosa conduce a un tipo de pensamiento inevitablemente orientado hacia el iusnaturalismo. Bobbio, N.: *El positivismo jurídico*, Madrid, Ed. Debate, 1993, pág.183. Según Bobbio el concepto de la naturaleza de la cosa surge de la exigencia de garantizar la objetividad de la regla de Derecho. Ahora bien, el problema es si, en efecto, existe esta relación entre la naturaleza del hecho y la regla. Para él en este concepto subyace lo que en filosofía moral se llama falacia naturalista, o sea, la convicción falsa de poder extraer a partir de la constatación de una cierta realidad (lo cual es un juicio de hecho) una regla de conducta (la cual implica un juicio de valor): el sofisma de la doctrina de la naturaleza de la cosa, como también el del iusnaturalismo, deriva de la pretensión de obtener un juicio de valor a partir de un juicio de hecho. Por otra parte, considera que la naturaleza de la cosa por sí misma no aporta una regla, porque no puede determinar un fin. Todo lo más podrá, una vez propuesto un determinado fin, ofrecer los medios para conseguirlo. Por tanto, la dificultad que presenta la doctrina de la naturaleza de la cosa estriba en que a pesar de que pueda sugerir una cierta relación entre medios y fines, no puede decirse que, aun cuando haya acuerdo sobre el fin, la relación entre el medio y el fin sea única y necesaria (y sea, por consiguiente, posible el acuerdo sobre los medios), y en cualquier caso, tampoco hay certeza de que exista acuerdo sobre el fin deseable (*Ibid.*, págs.185-186). Sin embargo, conviene tener en cuenta también que en sí mismo el carácter de falacia de la denominada "falacia naturalista" (que suele imputarse analíticamente a aquellas concepciones que se inclinan por identificar los conceptos éticos con propiedades empíricas) ha sido seriamente cuestionado, llegándose a afirmar que no se trata de una "falacia" en sentido técnico estricto, más bien cuando se imputa a los naturalistas que incurren en la "falacia naturalista" se quiere decir, en el fondo, que caen en el grave error de confundir (o suscitan a esa confusión) una propiedad con otra o, en otro caso, de intentar definir lo que muy difícilmente puede ser definido. En este sentido Frankena,W.K.: "The Naturalistic Fallacy", en *Theories of Ethics*, ed.,Ph.Foot, Oxford, 1967, págs.50 y sigs.

En el último Radbruch la consideración del valor o deber ser y la consideración del ser ya no aparecen como pretendidos círculos independientes y cerrados cada uno en sí, como antes afirmara desde su dualismo metódico. En esa evolución del pensamiento de Radbruch no se puede dejar de recordar la influencia que en la formación de su último pensamiento tuvo el Derecho inglés, que aproxima al Juez más cerca de la realidad que en el pensamiento continental, al no estar dominado por el positivismo formalista. Cfr. Monereo Pérez, J.L.: *La filosofía de Gustav Radbruch*, Estudio preliminar a la obra de Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho*, Granada, Editorial Comares, 1999.

[116] Tarello, G.: "La Escuela de la Exégesis", cit., pág.78.

[117] Téngase en cuenta que junto a esta concepción del Derecho tuvo un desarrollo extraordinario en la época de entreguerras la sociología jurídica y las corrientes antiformalistas (Eugen Ehrlich, Max Weber, Hermann Kantorowicz, Leon Duguit, Olivier Wendell Holmes y Roscoe Pound, etcétera). La influencia de la libre investigación científica ha sido especialmente destacable en Estados Unidos, algo ya advertido hace tiempo, y subrayado, por Kocourek, A.: "Libre recherche in America", en AA.VV.: *Recueil D'Estudes sur les Sources du Droit en l'honneur de François Gény*, vol.II, París, Librairie du Recueil Sirey, 1934, págs.459 y sigs.; y sobre todo Tarello, G.: *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, el cual subraya las relevantes aportaciones de autores como Roscoe Pound (1870-1964), Oliver Wendel Holmes (1841-1935) y Jerome Frank (1889-1957).

Las direcciones sociológicas ven en el Derecho no sólo el orden directivo formal de la sociedad, sino también la expresión de realidades sociales y políticas. Frente a la concepción formalista y legalista del Derecho se tiende a afirmar desde entonces que el juez debe motivar razonablemente su decisión, teniendo en cuenta que el razonamiento jurídico es un instrumento de justificación de la misma.

Por otra parte, esta visión del papel creador del juez rompe con la absolutividad del "mito de la certeza", que, sin embargo, era fundamental en la tradición de la conciencia y cultura jurídica europea continental[118].

## 4. LOS RASGOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO DE LOUIS JOSSERAND, ENTRE RENOVACIÓN Y TRADICIÓN

En su concepción del Derecho la técnica jurídica ha de estar irrenunciable al servicio del fin, pero sin desconocer la extraordinaria importancia de la técnica jurídica para la ciencia del Derecho y su realización en la práctica. Josserand se sitúa, pues, en esa transición de la visión del positivismo legalista a la concepción funcional del Derecho (Coincidencia en esto con el pensamiento del "segundo Ihering")[119].

La idea del fin penetra en toda la concepción de Josserand de manera que la actuación jurídica legítima debe atenerse a un fin legítimo y no antisocial. Con este enfoque nuestro autor apuesta por una concepción realista y funcionalista del Derecho, no en el sentido del realismo jurídico[120], sino en cuanto dinámico ensamblaje jurídico-social entre la norma, la realidad social y los procesos de interpretación jurídica que atienden a la experiencia jurídica de su conexión compleja y problemática.

Importa realzar el papel de la moral social (no cristiana o católica) en el Derecho y la concepción del derecho como instrumento de solución pacífica de los conflictos, por contraposición a la idea -que la ve en Ihering, quizás sin entenderlo demasiado bien en estos- de que el Derecho no se puede confundir con la fuerza, pues ésta es instrumental a los fines persuasivos que la regla de derecho debe llevar a cabo en la psicología de los destinatarios de cumplir sus mandatos[121]. El papel de la moral no era contemplado igual en Josserand que en autores más tradicionalistas (o conservadores) como George Ripert. Para Josserand todo derecho, objetivo o subjetivo, es de esencia y finalidad sociales;

---

[118] Véanse ya las reservas relativizadoras, pero reafirmando la idea de certeza, en el libro clásico de López de Oñate, FL.: *La certeza del Derecho*, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redin, Introducción de G. Capograssi, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007. El Capítulo X, que pone fin a su obra realzando las conclusiones obtenidas, lleva por título harto significativo, "La certeza como específica eticidad del Derecho", págs. 101-107.

[119] Véase sobre todo las obras de Ihering, R.v.: *El fin en el Derecho*, trad. Diego Abad de Santillán, revisión, edición y estudio preliminar, "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho" (pp.VII-XLI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2ª ed., 2011; *Ibid.*, *La lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, "Ihering y la lucha por el Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008.

[120] No se trata, evidentemente, del realismo jurídico norteamericano y el de tipo escandinavo. Josserand estaría próximo a F. Gény y todo lo más a ciertas direcciones de la jurisprudencia de intereses (Ph. Heck), pero sin llegar a la jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound. Cfr. Pound, R.: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. y estudio preliminar (pp. XXXVII) a cargo de José Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004; *Ibid.*, Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad, edición y estudio preliminar, "La jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social" (pp. LXXXVI) a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004; Ross, A.: *Lógica de las normas, edición y estudio preliminar*, "Al Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

[121] Esta idea -con estereotipo algo reduccionista del pensamiento más lúcido de Ihering- se verifica, por ejemplo, en su conferencia Josserand, L.: "La forcé et le droit", Conferencia pronunciada en la Universidad, Trévoux, 1917 (citada Audren, F. y Fillon, C.: "La grandeza de Louis Josserand. Fuerzas y flaquezas de un civilista de provincias en la IIIª República Francesa", cit., pág. 516, nota 83, que aprecian el reduccionista en una época marcada por la Gran Guerra Mundial, "patriotismo obliga"). R. v. Ihering insiste en que detrás del Derecho están presentes los poderes sociales con facultad normativa creadora y que en la regla jurídica la fuerza (coactividad específica que diría Kelsen) es un elemento constitutivo del fenómeno jurídico.

toda prerrogativa, sea cual sea, es otorgada por la sociedad con un fin social que, por definición, asigna a su titular los límites a partir de los cuales contrae una responsabilidad[122].

Josserand asume un criterio al propio tiempo social y teleológico del Derecho. Pese a las acusaciones de Ripert en la fecha de publicación de las grandes monografías de Josserand, éste no se había contagiado de socialismo jurídico, sino que era típicamente un republicano partidario de una cierta socialización del Derecho privado para atender a los nuevos desafíos planteados por la sociedad contemporánea. Aunque ciertamente el socialismo en la Facultad de Derecho de Lyon encontraba a un exponente cualificado del socialismo jurídico como Emmanuel Lévy, pero la coexistencia en la misma Facultad refleja un clima intelectual, pero no necesariamente una identidad de concepciones sobre la función del Derecho y de las ciencias jurídica. Por otra parte, nada tenía que ver el socialismo jurídico con el marxismo soviético ni con el marxismo ortodoxo que lo había rechazado expresamente por boca de autores tan prestigiosos como Karl Johann Kautsky (1854-1938)[123].

Josserand estaba más próximo al *solidarismo jurídico republicano* que al socialismo jurídico (que fuera la dirección de pensamiento de A. Menger, de E. Levi -colega universitario en la Facultad de Derecho de Lyon-, G. Solari -en su primera época-, G. Salvioli, E. Cimbali, F. Consentini, etcétera). Tampoco era un autor que pudiera encuadrarse dentro del socialismo; pues era como los solidaristas un liberal democrático-social (moderado; y menos radical en sus planteamientos que en el campo del Derecho público había sostenido León Duguit, aunque G. Ripert trató de emparentarlo con él igualmente). Josserand criticaría el inmovilismo jurídico de G. Ripert que poco se compadecía con una realidad social en permanente transformación. El jurista no pueda quedar atrapado en el pasado, debe responder a los dilemas de un presente histórico que la mueve a responder con capacidad innovadora si la realidad social lo exige.

No es de extrañar que originariamente se situara en la órbita de los juristas reformistas que defendían una cierta socialización del Derecho[124]. De ahí su vinculación con autores como Edmond

[122] Audren, F. y Fillon, C.: "La grandeza de Louis Josserand. Fuerzas y flaquezas de un civilista de provincias en la IIIª República Francesa", cit., pág. 537 y sigs., que constata que G. Ripert realizó una crítica despiadada e injusta por ser absolutamente infundada del libro de Josserand sobre los fundamentos intelectuales y técnicos del espíritu de los derechos y el abuso de derecho.

[123] Véase Die Neue Zeit, 2, Jg., 1887, abgedr. MEW 21, 491 y sigs. Pero sobre todo las diferencias con el marxismo de su época quedan puestas de manifiesto en otras obras donde defiende el socialismo democrático y el "Estado democrático del Trabajo", véanse sus dos monografías recogidas, en Menger, A.: *El derecho al producto íntegro del trabajo. El Estado democrático del Trabajo (El Estado Socialista)*, edición y estudio preliminar, "Derechos sociales y Estado democrático social en Anton Menger" (pp. IX-LXXVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004, espec., págs. 385 y sigs., passim; Monereo Pérez, J.L.: *Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España*, estudio preliminar a Menger, A.: *El Derecho Civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998, págs. 7-112; *Ibid.*, *La crisis de la socialdemocracia europea*. Eduard Bernstein y las premisas del socialismo reformista, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012; *Ibid.*, *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1990, espec., págs. 13 y sigs., 79 y sigs., y 191 y sigs., poniendo de relieve, entre otras cuestiones, que el socialismo democrático es polifacético y poliédrico, pues históricamente ha tenido numerosas manifestaciones y distintas formas de concebir la función del sistema jurídico en la sociedad. De interés en toda esta polémica en el interior de las filas del socialismo democrático es el libro de Kautsky, K.: *La doctrina socialista. Réplica al libro de Eduardo Bernstein "Socialismo teórico y socialismo práctico*, trad. Pablo Iglesias y Juan A.Mella, Buenos Aires, Ed. Claridad, 1966; *Ibid.*, *El camino del poder*, trad. Rodolfo García Higuera, México, D. F. Ed. Grijalbo, 1968, espec., págs. 55 y sigs.; Bernstein, E.: *Socialismo evolucionista, edición y estudio preliminar*, "Fundamentos doctrinales del socialismo reformista: Eduard Bernstein", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011. De interés, Rosenberg, A.: *Democracia y socialismo. Aporte a la historia política de los últimos 150 años*, trad. Enmanuel Suda, Buenos Aires, Ed. Claridad, 1966.

[124] Su época estuvo marcada por la crisis del Derecho liberal y la revisión y el reformismo como alternativa a la crisis del Estado de Derecho Liberal. Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., Capítulo II, págs.133 y sigs. (sobre la

Thaller, Raymond Saleilles, Albert Wahl, y Paul Pic (profesor en la Facultad de Derecho de Lyon, y que escribirá investigaciones importantes sobre la legislación industrial -la legislación laboral-, y más ampliamente en materia de Derecho Social. Es el típico republicano progresista y de inquietudes reformistas; tuvo una gran influencia internacional, incluido en nuestro país donde sus obras fueron traducidas)[125], Justin Godart, futuro ministro de trabajo; Édouard Herriot, Émile Bender, Laurent Bonnevay... El programa de autores como Paul Pic era típico del republicanismo solidarista de la época. El solidarismo social republicano estaba presente en la teoría de estos autores y desde luego en el pensamiento de Josserand.

En el pensamiento de Josserand es una idea central, la de la creciente y necesaria socialización moderada del Derecho privado: el desarrollo del derecho apegado a la realidad social en constante evolución y cambio. La misma realidad de un mundo industrial cuyas transformaciones exigían una adaptación permanente del orden jurídico y de los procesos de interpretación llevados a cabo por los operadores jurídicos. Cuestiones de las cuales se ocuparían el propio L. Josserand y R. Salleiles (ya resulta significativo que Raimundo Saleilles fuese el prologista de la obra metodológica más importante de la época, que no es obra que la de Francisco Gény, sobre "Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado positivo"), ambos tuvieron un papel muy destacado y determinante en los debates doctrinales de la época sobre la responsabilidad civil (del lado de la culpa; y de carácter objetivo), defendiendo la responsabilidad objetiva como más adecuada las nuevas realidades contemporáneas[126].

Al menos durante su etapa vital más innovadora, las líneas maestras de su reformismo jurídico son inequívocas: es apreciable su simpatía en los orígenes con los esquemas renovadores del republicanismo solidarista. El presupuesto de la ética jurídica y la moral en el Derecho. El temor sobrevenido hacia la instauración de una suerte de derecho de clase (pensado para las clases trabajadores; los contratantes más débiles) que podría suponer una fractura de la sociedad republicana, le hizo retroceder, en parte, en sus propuestas innovadoras. Ello no obstante, su defensa inequívoca de la necesidad de tutelar a través de la intervención estatal al contratante más débil: señaladamente al trabajador, pero también a los consumidores frente a los abusos del contratante más fuerte que ejerce una función dominante.

Louis Josserand, como se indicó, estaba fuertemente comprometido con el republicanismo reformista y solidarista. Era la época en que desde el orden establecido se trataba de reconducir el conflicto social (la "cuestión social") hacia un orden de paz mejorando la posición de las clases trabajadoras. Distintas ideologías y movimientos sociales en Francia (y en general en Europa), como el socialistas de cátedra (un movimiento ante todo alemán, con G. Schmoller)[127], el solidarismo social (una de las señas de identidad ideológico-jurídicas de la Tercera República, Leon Bourgeois a la cabeza,

crisis del liberalismo clásico y del sistema parlamentario construido bajo ese prisma y asimismo los presupuestos de reforma desde un diverso liberalismo político-social avanzado).

[125] Véase el ensayo Bayon, D. et Frobet, L.: "Lois ouvrières et réformisme social dans l' oeuvre de Paul Pic (1862-1944), en https://cairn.info/revue-le mouvement-social-2002-4-page-53.html. Para la influencia de las distintas corrientes de pensamiento de orientación reformista y neutralizadoras del liberalismo individuales, insistiendo ampliamente sobre el papel que desempeñó el Derecho comparado y las traducciones de estos autores, puede consultarse ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 356 y sigs. (sobre la revisión de la "constitución liberal del trabajo" y la teoría e ideología del liberalismo social reformista), y 471 y sigs. (sobre la recepción del Derecho comparado y extranjero y su utilización "productiva" al servicio de la realización de la política de reforma social).

[126] Puede consultarse, Ewald, F.: *L'État providence*, París, Ed. Grasset, 1986, passim.

[127] Schmoller, G.: *Política social y economía política*, trad. Lorenzo Benito, edición y estudio preliminar, "La Escuela Histórica Nueva en economía y la política de reforma social" (pp. VII-XXXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, Ed. Comares, 2007.

G.L. Duprat[128], y con la fuerte presencia inspiradora de L. Duguit y de E. Durkheim, que fue uno de los grandes padres fundadores de la sociología general y de la sociología jurídica[129]), el socialismo jurídico (presente también en Francia a través sobre todo de E. Lévy, pero cuya base intelectual y de acción se encontraba en Antonio Menger)[130]. Josserand estaba incrustado en ese ámbito reformista de renovación, sin una adscripción precisa más allá del republicanismo jurídico solidarista, y en este clima intelectual defendería la necesidad de acometer un resuelto proceso de adaptación socializadora del derecho privado a través de la intervención sistemática del Estado introduciendo ciertos límites en el orden público económico y social.

En este marco, lo lógico hubiera sido que adoptara un compromiso mucho más decidido respecto a intervencionista en el proceso de protección de los trabajadores en cuanto contratantes más débiles y la transición -siquiera paulatina- del esquema general del arrendamiento de servicios hacia el contrato de trabajo (que es un tipo contractual enmarcado en la categoría más amplia de los contratos normados, esto es, heterorregulados por mor de la legislación estatal). Había defendido la idea de la función social del derecho subjetivo, la responsabilidad objetiva, la propiedad colectiva… Sin embargo, Josserand mostró reservas sobre los mecanismos de introducción de límites de orden público laboral en la regulación de la autonomía privada del arrendamiento de servicios. No cuestionaba la necesidad de proteger a la parte contractual más débil, pero mantenía una concepción liberal y voluntarista del contrato, aun a sabiendas de que en el arrendamiento de servicios entre trabajador y empresario media una desigualdad jurídico-material de origen que constituye un condicionamiento material del ejercicio de la libertad por parte del trabajador (contratante "más débil").

En esto, el elemento de contradicción entre el ideario de un republicanismo abierto a la socialización y las reticencias hacia un republicanismo "social" del contrato resulta evidente, aunque se pueda matizar en mayor o en menor medida. Josserand publicaría una Conferencia pronunciada en la Escuela Francesa de Derecho de Beyrouth, sobre "La protección de los débiles por el Derecho"[131], en la que defiende la necesidad de que la ley debería proteger a los débiles contra la explotación de los fuertes como compromiso humanista y republicano democrático (impregnada de la moralidad republicana) y se desmarca de la posición más conservadora de la doctrina más tradicionalista propia de un liberalismo individualista que a él le resultara ajeno[132]. Sin embargo,

[128] Duprat, G.L.: *La solidaridad social. Sus causas, su evolución y sus consecuencias*, trad. F. Peyrró Carrió, Madrid, Daniel Jorro, Editor, 1913 (de próxima publicación en la editorial Comares).

[129] Para Durkheim el Derecho es un indicador del estado de conciencia colectiva y debe estar asentado sobre la "solidaridad orgánica" en sociedades complejas fragmentadas donde impera una división social del trabajo muy acusada. Véase Monereo Pérez, J.L.: "Razones para actuar: solidaridad orgánica, anomia y cohesión social en el pensamiento de Durkheim", estudio preliminar al libro clásico de Durkheim, E.: *Sociología y filosofía*, versión castellana de J.M. Bolaño (hijo), revisión y edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, (Colección crítica del Derecho), 2006; *Ibid.*, "Cuestión social y reforma moral: Las corporaciones profesionales en Durkheim", estudio preliminar a la obra clásica de Durkheim, E.: *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del Derecho*, trad. Estela Canto, revisión y edición de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, págs. VII-LI.; *Ibid.*, "La filosofía social y jurídica de Durkheim: trabajo, solidaridad y cuestión social", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 131 (2006), págs. 587-648; Chazel, F.: "Émile Durkheim et l' élaboration d'un "programme de recherche" en sociologie du droit", en Chazel, F.y Commaille, J. (Eds.): *Normes juridiques et régulation social, Droit et Societè*, París, LGDJ, 1991.

[130] Monereo Pérez, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, págs. 21 y sigs. ("Los fundamentos doctrinales del derecho social: la contribución del socialismo jurídico"), págs. 79 y sigs. ("La influencia del socialismo jurídico en la cultura jurídica europea entre las dos guerras mundiales"), y 191 y sigs. ("Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora"); *Ibid.*, *La reforma social en España*. Adolfo Posada, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 356 y sigs.

[131] Publicada en Evolutions et Actualitès, conférences de droit civil, Paris, Sirey 1936, pág. 159.

[132] En la perspectiva del liberalismo social la crítica a los postulados y consecuencias sociales y jurídicas del liberalismo individualista habían sido hechas por autores contemporáneos como Dewey, J.: *Liberalismo y acción social y otros ensayos*, estudio introductorio, selección y traducción de J. Miguel Esteban Choquell, Valencia, Edicions Alfons

él arremete con lo que considera la idea de un "contrato dirigido" contrario a la autonomía de la voluntad de los contratantes. Hace referencia a la imposición legislativa de cláusulas que conducen a una suerte de "derecho de clase", de manera que los hombres ya no son iguales ante el contrato[133]. Para él este tipo de intervencionista dirigista en la contratación -incluida la contratación laboral muy especialmente-, supone una fragmentación de la Ley y la reconstitución de un derecho de clase; supone una subordinación de la regla legal a la tiranía de los hechos económicos. Ello entrañaría una pérdida o decadencia de la soberanía del contrato[134]. Pero parece increíble que Josserand no advirtiera que la libertad contractual sólo resulta efectivamente existente -tanto en el plano social como jurídico- precisamente cuando se garantiza legal y judicialmente una igualdad real entre las partes contratantes: y superar esa desigualdad exige la intervención heterónoma de la Ley para equilibrar las posiciones jurídicas de ambas partes contratantes. Y eso no se puede llevar a cabo sino se entiende que en estos casos la idea social (la justicia social, una dimensión de la justicia material) debe limitar la idea individual (justicia contractual)[135], buscando un equilibrio entre ambas. No es la negación del principio de autonomía privada, sino la búsqueda de un equilibrio en la base del contrato que permita alcanzar una mayor igualdad contractual entre la preexistente posición del contratante más fuerte respecto al contratante más débil. No por ello la autonomía de la voluntad deja de tener sentido, sino justamente lo contrario: adquiere su pleno sentido desde la igual libertad real para contratar más allá de un puro sometimiento a un estricto contracto de adhesión impuesto unilateralmente por el contratante más

El Magnánim, 1996. Dewey había señalado críticamente que el liberalismo individualista triunfante desde el siglo XIX había proporcionado una justificación intelectual e ideológica del statu quo de desigualdad social y jurídica imperante. Afirmó, en tal sentido que ello se reflejó en la praxis judicial: "Los jueces hacían uso de ellos de cara a deslegitimar cualquier legislación social destinada a proteger una libertad contractual real y no meramente formal. Toda nueva política social era vituperada en nombre de un "decidido individualismo" (…). Lo verdaderamente trágico era que, aunque estos liberales eran enemigos encarnizados del absolutismo político, el propio credo que formulaban era en sí mismo absolutista" (*Ibid.*, pág. 77). Sin embargo, para Dewey el sistema democrático y el orden jurídico debe estar comprometido con la libertad y la justicia reales, no simplemente formales (*Ibid.*, págs. 78-79). Es más, un liberalismo auténtico tiene que ser social y no oponerse a la necesaria intervención del Estado: reprochaba, en tal sentido a los liberales radicales individualistas, que "no supieron ver que el control social de las fuerzas económicas es igualmente necesario si es que se desea alcanzar fines como la libertad y la igualdad económicas". Observó que "esta comprensión errónea de la individualidad fue la culpable de que la dependencia de los sujetos individuales con respecto a las condiciones sociales cayera en saco roto". (*Ibid.*, págs. 79-81). Para él constituía una falacia oponer individuo y sociedad: "La oposición entre los individuos y la sociedad carece de toda justificación, pero se ha convertido en moneda común. La filosofía del liberalismo individualista no es ajena a esta popularización". La solución para Dewey es recuperar la esencia liberadora y emancipadora del liberalismo frente al "antiguo liberalismo", lo cual conduce a impulsar una nueva organización de la sociedad, de tal manera que "el único método de acción social con el que el liberalismo puede cumplir sus aspiraciones es la planificación social, llevada a efecto con vistas a la creación de un orden que dirija socialmente los sectores industrial y financiero en beneficio de instituciones que sustenten materialmente la liberación cultural y el desarrollo de los individuos" (*Ibid.*, págs. 83-92; y, asimismo, págs. 93 y sigs.).

[133] Josserand, L.: *Le contrat dirigé*, en D.H.1933, Chron., pág. 89. Por el contrario, y en abierto contraste con otros autores que desde el republicanismo social habían defendido sin ambages el desarrollo pleno de la "legislación social", al tratarse de medidas que suman a la tradicionales funciones de gobierno la garantía del pleno ejercicio de los derechos y el disfrute de los servicios públicos sociales; y esta evolución señala un punto de inflexión necesario con respecto a la doctrina del "laissez-faire" del liberalismo individualista, y cumplen, igualmente, un importante papel para la realización de las "potencialidades de control social organizado". Cfr. Dewey, J.: *Liberalismo y acción social y otros ensayos*, estudio introductorio, selección y traducción de J. Miguel Esteban Choquell, Valencia, Edicions Alfons El Magnánim, 1996, pág. 115. Dewey entiende que esta forma de entender el liberalismo "es consciente de que las condiciones sociales pueden limitar y casi impedir el desarrollo de la individualidad" (*Ibid.*, pág. 124); y es que, estima, "la libertad es una noción social y no individual, y ello porque las libertades que un individuo disfruta de facto están en función de la distribución de poderes o de las libertades existentes, y esta distribución es absolutamente idéntica a las correlaciones existentes, sean legales, políticas y, de manera especialmente importante en nuestros días, económicas" (*Ibid.*, pág. 131).

[134] Josserand, L.: *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, en D.H. 1937, Chron. 1; *Ibid.*, Un ordre juridique nouveau, D.H. 1937, Chron., pág. 41.

[135] Para la distinción entre la idea individual y la idea social en el ámbito de los jurídico, véase Solari, G.: *Filosofía del Derecho privado*, 2 vols., trad. de O. Caletti, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1950.

fuerte (el empleador). Pero también, es de señalar, que Josserand sometería a una crítica tenaz el fenómeno de la contratación en masa y la necesidad de defender al ciudadano consumidor…, etcétera.

En otros trabajos de su madurez Josserand se muestra contradictorio, cuando critica el predominio contractual de los más fuertes sobre los más débiles y al mismo tiempo se muestra temeroso de lo que denominaría un dirigismo público de la contratación privada[136]. En esto ve una noción de orden público que responde a un orden jurídico que da cuenta de los cambios en el sistema económico y de sus consecuencias sociales[137]. Pero de un Derecho que no se pliega simplemente a los cambios económicos, sino que trata de ordenar y conformar la realidad. En este sentido cometido de la ciencia jurídica es buscar soluciones a los problemas planteados a través del establecimiento de reglas específicas orden público económico y social.

En fondo, todo esto significa admitir las tensiones que para un republicano liberal y reformista planteaban las respuestas a los dilemas de su tiempo histórico. Una tensión ideológico-jurídica que le hizo asumir en las distintas etapas de su vida ciertas posiciones no siempre coherentes con su espíritu reformista que hubiera conducido igualmente a una defensa permanente y sin fisuras del contratante más débil en la contratación económica, mercantil y laboral. En todo caso, es de significar que en los últimos años también se pronunció favorablemente en este sentido. Así admite el carácter contractual de los contratos de adhesión, pero considera misión del juez y antes del legislador la de establecer mecanismos para una protección de los débiles contra los fuertes[138]. Entonces el "dirigismo" público debe ser un factor de orden y no de anarquía y arbitrariedad en la limitación de la esfera de la voluntad de las partes contratantes. Con esta reserva, Josserand admite como legítimo el control estatal en el ejercicio de los derechos individuales porque es necesario someter a límites razonables y por tanto justificados la libertad de contratación; ningún derecho, ninguna libertad puede ser absolutamente ilimitada, pues encuentra los límites de los derechos de los demás y los principios y valores que informan el ordenamiento jurídico. Lo que no admite es un contrato absolutamente dirigido que neutralice todo papel de la autonomía de la voluntad de los sujetos contratantes[139]. Por lo demás, sus dos grandes obras que calificó de "Teleología jurídica", muestran nítidamente la presencia en su modo de pensar de la idea social y de la justicia social en el ejercicio de los derechos, poderes y actos jurídicos en general. Pero desde la defensa de un equilibrio entre autonomía privada y heteronomía en el intervencionismo estatal, las cuales deben someterse a una ponderación, a un balanceamiento recíproco entre los intereses privados y el interés público (presente en la noción de orden público económico y social).

Por tanto, en su fase madura no encuentra una contradicción entre una intervención legislativa necesaria y correctora de la autonomía privada. Pero muestra cierta ingenuidad en pensar que en el ámbito de la contratación laboral no se acaba creando lo que resultaba necesario e inevitable para la paz social y la reconducción integradora de las clases trabajadores en el sistema de la república democrática, a saber: la formación de un estatuto para las clases trabajadores; un sistema de normas y principios pensados para la tutela y emancipación de los trabajadores dentro de un orden establecido pero convenientemente revisado para garantizar su permanencia y la paz social en el mundo del

[136] Josserand, L.: "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, en *RTD.Civ*. 1937, pág. 1.

[137] Chazal, J.P.: "La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis republicain", spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/7o52iohb7k6srk09nj53n64p6, pág. 7

[138] Josserand, L.: "Introduction à l' étude du droit comparé", *Recuel d'estudes en l'honneur d'E. Lambert*, París, Sirey-LGDJ, 1938, T. III, &. 145, pág. 143; y antes, *Ibid.*, "L' essor moderne du concept contractuel", en *Recuel d'estudes sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, 1934, T. II, pág. 333, y especialmente pág. 346; *Ibid.*, "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats", en *RTD. Civ*., 1937, págs. 1 y sigs.

[139] Josserand, L.: "La 'publicisation' du contrat" , 1938, pág. 158. La apertura hacia una heteronomía contractual justificada y no arbitraria se verifica también en la última edición de su Cours de droit civil, 3ª red., 1939, T.II, nº. 405 bis.

trabajo (evitar que los propios trabajadores se emanciparan a través de sus propios medios de identidad y defensa colectiva por el cauce la revolución). Era necesario resolver la "cuestión social" y para ello era preciso introducir una nueva racionalidad jurídica en la ordenación de las relaciones laborales y en sus instrumentos de formalización contractual: el contrato de trabajo normado (es decir, un tipo contractual sometido al intervencionismo del Estado y a la prefiguración de sus contenidos a través de los convenios y pactos colectivos celebrados entre las organizaciones profesionales de los trabajadores y de los empresarios. He aquí algunas de las bases o pilares presentes y fundantes en los orígenes de los sectores del ordenamiento jurídico que conocemos (y que estaban ya emergiendo en el tiempo de Josserand) Derecho social del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social[140]. Para conseguir un equilibrio entre la racionalidad económica y la racionalidad social presente en la contratación laboral el contrato no podía dejar de ser ya un instrumento de política socio-económica, superando con ellos los viejos prejuicios del liberalismo individualista que imperaba en un Derecho privado gobernado por esquemas reguladores de la paz burguesa, construidos a partir de su centro de gravedad que no eran sino los códigos civiles (los cuales eran las "constituciones reales" del sistema político-jurídico liberal de los orígenes)[141].

En un mayor espectro de posiciones jurídicas de debilidad cabe retener su propia teoría de la responsabilidad objetiva, frente al dominio de la responsabilidad por culpa (que incluía la carga de la prueba en la víctima o persona perjudicada). Frente a ello, Josserand defiende la responsabilidad objetiva en nombre de la justicia, de la equidad y de la seguridad jurídica del más débil. Criterio objetivador que tendría aceptación en los tribunales (señaladamente, en la "Cour de Cassation"), pese a la posición mantenida en contrario por autores de prestigio como Ripert y Capitant, defensores a ultranza de la tesis de la responsabilidad por culpa (un ejemplo está en la tutela del peatón frente al conductor automovilista)[142].

Su reformismo jurídico no es el propio del socialismo jurídico[143], pero sí del solidarismo jurídico, es decir, un republicanismo social moderado que tuvo una enorme influencia en la IIIª República Francesa. Pero en sus últimos años Josserand acentuó su ideología de republicanismo moderado y se mostraba muy atento a que en los ambientes universitarios y judiciales no fuese considerado como un reformista radical ni un pensador próximo al ideario socialista[144]. El ambiente

[140] Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *Los fundamentos doctrinales del derecho social*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, espec., ; *Ibid.*, *La reforma social en España*. Adolfo Posada, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; y para la Seguridad Social, y en general, protección social pública, *Ibid.*, *Los orígenes de la Seguridad Social en España*. José Maluquer y Salvador, Granada, Ed. Comares, 2007; Montoya Melgar, A.: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales en España*, Madrid, Ed. Civitas, 2ª ed., 2009; Palomeque López, M.C.: *Derecho del Trabajo e ideología*, Madrid, Ed. Tecnos, 7ª ed., 2011; De La Villa Gil, L.E.: *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003.

[141] Se ha recordado respecto de la tradición francesa que la verdadera "Constitución" jurídicamente operante no fue la Declaration, sino el Code civil, no en vano denominado con frecuencia la "Constitución de la burguesía" liberal. Cfr. Zagrebelsky, G.: *El derecho dúctil*, trad. M. Gascón, Madrid, Ed. Trotta, 1995, pág. 53; Monereo Pérez, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ed. Civitas, 1996, págs. 27 y sigs.

[142] Audren, F. y Fillon, C.: "La grandeza de Louis Josserand. Fuerzas y flaquezas de un civilista de provincias en la IIIª República Francesa", cit., pág. 552.

[143] Al respecto, in extenso, Monereo Pérez, J.L.: "Reformismo social y socialismo jurídico", estudio preliminar a la obra clásica de Menger, A.: *El Derecho civil y los pobres*, trad. Adolfo Posada, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998, págs. 7-112; *Ibid.*, *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, págs. 12 y sigs., 79 y sigs. (la influencia del socialismo jurídico en la cultura jurídica europea entre las dos Guerras Mundiales), y págs. 191 y sigs. (Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora).

[144] J.P. Chazal pone de relieve su relativo cambio o repliegue ideológico: menos apto para la renovación y siendo consejo de la Corte de Casación francesa incluso asumiendo, en ciertos aspectos, un discurso más conservador del orden establecido. El contexto fue también seguramente influyente en su estado de ánimo y en cierto pesimismo

de la Universidad de Lyon; la compenetración con autores renovadores como Raymond Saleilles, que tuvo un papel muy importante en la renovación jurídica: su teoría de la responsabilidad objetiva; y su vinculación con Gény.

Las bases de la renovación en la ciencia del Derecho y de la metodológica jurídica en el pensamiento de Josserand son las siguientes:

A) Un Derecho no reducido a una estricta técnica, sino gobernado por una finalidad social en sentido amplio, es decir, una concepción funcional del Derecho, apoyada en una base técnico-jurídica que realiza los fines del Derecho aptos para satisfacer las exigencias de regulación de una sociedad democrática en permanente cambio.

B) Un Derecho apegado a una realidad cambiante. La combinación entre racionalidad jurídica y las necesidades de ordenación y dirección de la sociedad contemporánea.

---

y temor. Como apunta, J.P. Chazal, el contexto político y social de la década de 1930 seguramente preocupaba a Josserand, al igual que muchos juristas franceses él temía más que todo el desorden y la inseguridad. Frente a, por un lado, el ascenso del fascismo (en Alemania e Italia, pero también en Francia, donde tenía una particular presencia la Acción Francesa) y, por otro lado, a los proyectos revolucionarios de extrema izquierda y descontento social. Él puede haber sentido la necesidad de moderar la expresión de su fibra social y su necesidad de renovar la ley francesa para adaptarla a las nuevas necesidades de la sociedad. Es probable que el republicanismo moderado de Josserand solo podría estar preocupado por entonces por la llegada al poder del Frente Popular en la primera de 1936 y los movimientos de huelga que siguieron en el periodo. El clima político, la vida económica y social de la década de 1930 ya no es la de los años 1910 y 1920, puede ser que sintiera que su época necesitaba más estabilidad que innovación, especialmente en una tan importante materia como la legislación de los contratos. Puede ser que percibiese que se acercaba una tormenta que podía arrasarlo todo. Contra el escepticismo de Demogue, Josserand se encuentra junto a Saleilles, Gény y Ripert para entender que los principios tradicionales y las construcciones legales deberían servir como remido contra la omnipotencia del legislador y el estabilizador de la ley positiva para evitar que se transforme en la "ley de clase". Véase Chazal, J.P.: "La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis republicain"; pire.scienspo.fr/hdl:/2441/7o52iohb7k6srk09nj53n64p6, págs. 11-12.

En ello había no poco de la impotencia del republicanismo democrático ante los hechos y dilemas del mundo crítico, ya al borde de la segunda guerra mundial. Al final pasaría del republicanismo progresista y renovador -vale decir, reformador- a un republicanismo liberal clásico y más conservador también del lado jurídico. En ese prisma los juristas deberían ser estrictamente respetuosos ante todo con la mitificada seguridad jurídica: ante todo ha de imperar el sueño de una seguridad perdida y un modelo de juez no tanto apto para la libre interpretación científica y creativa como un juez que mira y atiendo a la interpretación de la ley en sus propios términos sin dejarse llevar por paradigmas interpretativos de recreación judicial del Derecho. Todo lo más, el legislador y el juez deben limitarse a contrarrestar el abuso de la fuerza o del poder contractual por los contratantes más fuertes en perjuicio de los más débiles, pero no ir más allá en, lo que estimaba, como una elaboración de un "derecho de clase". Lo cual implicaba un retroceso respecto de su propia concepción de la función de la ciencia jurídica y del papel del jurista y en particular del juez en los procesos de adaptación de las reglas jurídicas a la dinámica de la vida económica y social a través de una primacía del fin en el Derecho y del reclamo de una metodología no estrictamente formalista. Aparte de incurrir en la ilusión jurídica de poder afrontar los dilemas de una sociedad democrática desarrollada sin una transformación jurídico-material del sistema jurídico en un sentido necesariamente intervencionista que a través de reglas heterónomas ordenara y limitara no ya los excesos, sino la autorregulación disfuncional e insuficiente de la autonomía privada contractual.

Es decir, contrario a la construcción francesa más brillante de su tiempo, que, evidentemente, no era otra que la llevada a cabo por F. Gény. Aparte de la propia obra de Gény que se vale por sí misma, para lo que representó su análisis renovador y su construcción sobre la libre investigación científica en el proceso de interpretación judicial de las reglas y principios jurídicos normados, puede consultarse, in extenso Monereo Pérez, J.L.: *El pensamiento científico-jurídico de Gény: El problema del método*, Estudio preliminar a la obra de Gény, F.: *Método de interpretación fuentes en Derecho privado positivo*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XVII-LXXXVI.

C) La importancia del Derecho comparado y del método comparatista y su significación político- jurídica[145]. Para Josserand, el Derecho y el método comparado no era considerado como un elemento erudito o especulativo de la ciencia jurídica, sino una herramienta útil para el perfeccionamiento del propio Derecho nacional, pues permite aprender de las políticas y técnicas jurídicas utilizadas para resolver los problemas que se plantean, por un lado, y por otro, constituye un cauce para la convergencia y aprendizaje muto entre los diversos Derechos nacionales que pueden obedecer a tradicionales y "familias" jurídicas diferentes. Precisamente autores próximos a Josserand, como Paul Pic, concedían un papel extraordinariamente relevante al Derecho comparado[146].

La importancia del derecho comparado se refleja en su *Cours de droit civil positif français*, especialmente en la última edición de 1940. Esto unido a otras virtudes del *Cours de droit civil positif français* contribuyó a su gran influencia en Europa, Latinoamérica (donde sería ampliamente traducido)[147] y en Japón. Pero en sus monografías fundamentales como las dos relativas a la teoría y práctica de los derechos subjetivos[148].

Entre los dos siglos se produce el apogeo del Derecho comparado. Este es un fenómeno generalizado ante el creciente proceso de mundialización e interpenetración de la economía y de las culturas entre los distintos países de la "economía-mundo"[149]; un proceso lento en su cristalización

[145] Véase del propio Josserand, L.: "Conception générale du droit comparé", en Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 juillet 1900. Procès-verbaux des séances et documents, Paris, LGDJ, 2 tomos, 1905, pág. 238, donde señala que el Derecho comparado en relación al legislador contribuye a enriquecer esa elevada misión que le corresponde por naturaleza, a saber: la de revelar la orientación jurídica. De este modo, el Derecho comparado no tiene un carácter erudito sino que constituye un instrumento al servicio de la renovación jurídica y de la articulación de opciones o modelos de regulación jurídica de ciertas cuestiones o problemas sociales que se plantean en toda sociedad civilizada.

[146] Resulta paradigmática la obra Pic, P.: *Traité Élementaire de Législation industrielle. Les Lois Ouvrières*, París, Arthur Rosseau, 1903, 3ª ed., 1909, muy marcada por el solidarismo jurídico. De hecho, el libro se presenta con una cita de Leon Bourgeois, considerado el uno de los grandes inspiradores del solidarismo; Premio Nobel de la Paz en 1920; contribuyó decisivamente a la organización de la Sociedad de Naciones. Sobre su pensamiento: Demko, D.: *León Bourgeois: Philosophe de la solidarité*, París, Éditions Maçonniques de Frances, 2002; Niess, A. y Vaïsse (Dirs.): *León Bourgeois: Du solidarisme à la Société des Nations*, Langress, Dominique Guéniot, 2006.).
De la obra de Paul Pic existe una traducción al castellano, Tratado elemental de legislación industrial, I, trad. de J.J. de Urquiza, Madrid, Ed. Reus, 1941, 1942, publicada en el período de la dictadura franquista, lo que precisamente no favoreció su difusión interna. Sobre la relevancia del Derecho comparado en el reformismo en el cambio de siglo y durante el primer tercio del siglo veinte, puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 356 y sigs. De Paul Pic se ha traducido su obra Estudio crítico de la Ley de Accidentes de Trabajo francesa de 9 de abril de 1898, edición y estudio preliminar de Icíar Alzaga Ruiz, Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2002.

[147] Véase López Medina, D.: *Teoría impura del Derecho*. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana, Prólogo de Duncan Kennedy, Bogotà, Legis-Universidad de los Andes-Universidad Nacional de Colombia, 2004. Llama la atención que el autor incluya dentro de las corrientes del antiformalismo jurídico a dos corrientes jurídicas europeas como la Escuela de la libre investigación científica en el ámbito del Derecho Privado (representada por Gény, Josserand, la primera etapa de la obra de Ripert y Bonnecase; aunque habría que matizar que Josserand estuvo próximo a esa corriente sobre todo en su primera etapa, pero se alejaría solo en cierta medida en una etapa posterior especialmente a partir de las décadas de los veinte y treinta, donde adquirió una posición más institucionalizada en la jerarquía académica, primero, y después incorporándose en la Corte de Casación Francesa), por un lado, y, por otro, el positivismo solidarista de León Duguit en el ámbito del Derecho público. En cualquier caso, como aquí se ha señalado, la recepción de Josserand en Latinoamérica era palpable por las abundantes traducciones que se habían realizado de sus obras fundamentales, incluido su Cours de droit civil positif français.

[148] Josserand, L.: *El espíritu de los derechos y su relatividad*. Teleología jurídica, trad. E. Sánchez Larios y J.M. Cajica JR, revisión de la traducción, edición y estudio preliminar, "Teoría del abuso de Derecho: El abuso de los derechos fundamentales" (pp. IX-XL), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012, espec., la "Segunda Parte", dedicada al "Abuso de los derechos en la legislación y jurisprudencia comparadas", págs. 167-184.

[149] La noción es tributaria de Braudel, F.: *Civilización material, economía y capitalismo*, 3 Tomos, trad. I. Pérez-Villanueva Tovar, Madrid, Alianza Editorial, 1984; Wallerstein, I.: *El capitalismo histórico*, Madrid, Siglo XXI de

histórica[150], que sólo entre finales del siglo XIX y los inicios del siglo permitió una acumulación de experiencias e investigaciones comparadas de las distintas civilizaciones y culturas, incluidas las culturas jurídicas. Precisamente, tuvo una gran relevancia en el auge del moderno Derecho comparado las aportaciones y discusiones mantenidas en el Congreso Mundial de Derecho Comparado de París, 1900, bajo la dirección de los profesores franceses Raymond Saleilles y Édouard Lambert[151]. Este Congreso se celebró en el marco de la Exposición Universal, 15 de abril a 12 de noviembre de 1900. En esa época se estaba gestando un espacio jurídico transnacional en el cual las soberanías nacionales y las doctrinas jurídicas se vieron compelidas a una apertura de sus ordenamientos jurídicos hacia

España Editores, 1988, espec., págs. 21 y sigs.; Conrad, S.: *Historia global. Una nueva visión para el mundo actual*, Barcelona, Ed. Crítica, 2017, quien subraya que la historia global abre un mayor ángulo de visión para contemplar procesos que, durante mucho tiempo, si no han sido indetectables para los sistemas de conocimiento del mundo académico, al menos eran tildados de irrelevantes (*Ibid.*, pág. 19).

[150] Véase Hausberger, B.: *Historia mínima de la globalización temprana*, México D.F., Ed. El Colegio de México-Centro de Estudios Históricos, 2018, que realza que más allá de continuidades en el tiempo, cabe decir que la idea de rupturas radicales en la historia pierde importancia, de manera tendencia, frente a la evolución, en una dialéctica entre continuidades y discontinuidades. En el centro de la discusión se coloca la procesualización del devenir histórico, su dinámica continúa hacia adelante. Aunque a menudo no haya cambios radicales, todo se modifica y se transforma. Y a menudo el inicio de una llamada nueva época no supone una ruptura completa con el pasado. Hay que evitar -nos advierte- el peligro de caer en la trampa de un determinismo teleológico, de una historia que no deja espacio a alternativas y a cambio, es decir, considerar que la historia global ha tenido un desarrollo más o menos lineal y directo hacia la globalización, tal como la conocemos en la coyuntura histórica actual, y descuidar los rodeos, callejones, estancamientos y también las rupturas de los procesos polifacéticos de interacción e interconexión entre civilización y culturas diversas coexistentes. La historia global contribuye precisamente a nuestro entendimiento de los procesos históricos al prestar atención a las relaciones, redes e interacciones que rebasan las fronteras habituales entre Estados, naciones, culturas y civilizaciones (*Ibid.*, págs. 15-16).

[151] Puede consultarse, López Medina, D.: "El nacimiento del Derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: Instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina", en *In. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.Bogotá* (Colombia), núm.26, enero-junio (2015), págs. 117-159. El autor señala que con la expresión "Derecho comparado" se agrupa más bien un conjunto muy amplio y variopinto de actividades y preocupaciones dentro del "espacio transnacional", que pueden ir, por solo menciona un par por ahora desde cómo establecer el derecho interno una ley para resolver un problema o vacío jurídico-político (con ayuda de materiales extranjeros y comparados) hasta proyectos político-sociales más amplios, como el de instaurar en un país o región determinada el ideal normativo del "estado de derecho. Entre los especialistas contemporáneos del Derecho comparado, no obstante, existe la opinión muy extendida que el método moderno por el diálogo y la labor conjunta de juristas mayoritariamente franceses y alemanes bajo la influencia del cosmopolitismo de la "primera globalización" moderna (1870-1914) y de la llamada "belle époque". La doctrina suele fijar el momento crítico de esta elaboración en la celebración del Congreso de Derecho Comparado de París de 1900, evento internacional al que acudió la pléyade científica europea, convocada por Raymond Saleilles y Édouard Lambert (todos ellos muy vinculados a Louis Josserand), a discutir la configuración general, la función y el método del Derecho comparado. Todos estos autores podrían ser agrupados como la generación del novecento y respecto a su labor hay una relevante literatura jurídica especializada (*Ibid.*, págs. 122-6). Véase Aragoneses, A.: *Un jurista del modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Madrid, Ed. Dykinson, 2009. Disponible en: http://e-archivo.uc3m.es//handle/10016/5778; Petit, C.: *Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la belle époque, en La comparazione giuridica tra ottocento e novecento. In memoria di Mario Rotondi*, Antonio Padoa-Schioppa, ed., Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, Milano, 2001, págs. 53-98. *Ibid.*, "Absolutismo jurídico y derecho comparado. Método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Édouard Lambert", en *De la Ilustración al Liberalismo, Symposium en honor al profesor Paolo Grossi, Paolo Cappellini*, Centro de Estudios Constitucionales, CEC, Madrid, 1995, págs. 121-138.
Y en ese congreso participaron personalidades señeras como Anton Menger, Louis Josserand (en la que fue ponente, no se olvide su amistad con Lambert), Tarde, Henry James Sumner Maine, la aportación de Lambert fue muy importante asumiendo un papel práctico de relator. Lambert, E.: *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos (Le gouvernement des juges et la lutte contre la lègislation sociales aux États-Unis, 1921),* Madrid, Ed. Tecnos, 2010; también Petit, C.: "Absolutismo jurídico y derecho comparado. Método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Édouard Lamber", en *De la Ilustración al Liberalismo. Symposioum en honor del profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995; Petit, C.: *Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la belle époque, en La comparazione giuridica tra ottocento e novecento. In memoria di Mario Rotondi,* Antonio Padoa-Schioppa (ed.), Milano, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 2001, págs. 53-98.

un proceso dinámico de influencia de experiencias legislativas comparadas entre distintos derechos extranjeros, sin que todavía se hubiese formado un verdadero Derecho internacional moderno tal como hoy lo conocemos (lo cual comenzó a construirse precisamente a partir del final de la primera guerra mundial, la Gran Guerra, con el Tratado de Versalles que le pone fin oficialmente. Lo cual supondría en sí un impulso decisivo para la edificación y consolidación también científica y universitaria del Derecho comparado como disciplina tomada consolidada).

La utilización del Derecho comparado parece ser la metodología más adecuada para alcanzar los mejores resultados y para obtener los más útiles frutos a fin de comprender y explicar la disciplina actual del empleo público y sus perspectivas de futuro. Ello es tanto más importante cuando se repara en el hecho de que estamos ante una reforma de ciclo largo, y es preciso imaginar el desarrollo social del futuro, y hacerlo, además, en un contexto de globalización y en el marco del proceso de construcción de la Unión Europea. Hay que tener en cuenta que en el espacio de la Unión Europea no existe un único modelo de empleo público; existen modelos nacionales sujetos a tradiciones y culturas jurídicas diferenciadas.

El reclamo del Derecho comparado se vincula al deseo de restituir a la ciencia jurídica a un universalismo, que es su atributo, pero que actualmente viene especialmente realzado y exigido por la creciente interdependencia entre todas las naciones y, en nuestro contexto, entre éstas y la Unión Europea. Según R.v. Ihering el Derecho comparado constituía para los juristas el método del porvenir (*Prefacio* al *Espíritu del Derecho Romano)*[152]. Por otra parte, asiste la convicción de que el aislacionismo nacional siempre ha sido una rémora para la ciencia, incluida la ciencia jurídica. El Derecho ayuda a perfeccionar y unificar o armonizar las legislaciones, pero, de manera quizás más importante, nos hace comprender los puntos de vista ajenos y confrontarlos razonablemente con los nuestros. Pero aparte de ello, es de realzar que el Derecho comparado permite un mejor conocimiento del propio Derecho nacional y las perspectivas de evolución en el futuro. Es, en efecto, un instrumento indispensable para llevar a cabo la renovación de la ciencia jurídica, pues ha de servir para conocer mejor, comprender y profundizar en el propio sistema jurídico de referencia. Por lo demás, cuando los juristas se repliegan sobre su Derecho nacional y desconocen otros ordenamientos jurídicos, corren el riesgo de convertirse en simples técnicos, incapaces de contribuir al desarrollo del Derecho. La comparación hace posible la captación del sentido de los cambios, la inadecuación o insuficiencia de ciertas instituciones y los mecanismos de adaptación necesarios para atender a las realidades sociales cambiantes. El estudio del Derecho comparado permite establecer "modelos normativos" (con base a la delimitación de ciertos rasgos tipológicos de caracterización político-jurídica y jurídico-formal), como técnica que facilita el agrupamiento político-jurídico -clasificador y racionalizador- de diversos ordenamientos nacionales próximos y facilita la captación de la estructura y función de los institutos

[152] En un libro fundamental de Ihering, sin duda infravalorado injustamente por la doctrina científica, podría en juego su categoría como historiador del Derecho. Se trata de la obra de Ihering, R.v.: *Prehistoria de los Indoeuropeos*, traducción y estudio preliminar originario de Adolfo Posada, revisión de J.L. Monereo Pérez, y estudio preliminar, "Ihering, historiador", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008.

jurídicos (Harol Joseph Berman[153], René David[154]; Giovanni Tarello[155]; Alessandro Pizzorusso)[156]. La utilización del paradigma en la ciencia jurídica hace visible los puntos de conexión y las diferencias específicas en el tratamiento de los problemas relevantes (Th. S. Kuhn)[157] a los cuales ha de hacer frente la política del Derecho.

Por otra parte, la comparación y confrontación de los distintos ordenamientos nacionales permite comprender las preocupaciones de política jurídica y las soluciones técnicas que se adoptan; un conocimiento mutuo nada especulativo porque facilita operativamente la adopción de decisiones útiles en los fines y en los medios. El método comparado puede tener la función instrumental al servicio del perfeccionamiento y evolución de cada ordenamiento jurídico nacional. La técnica comparativa actúa en esos dos planos técnicos que conforman el Derecho y toda institución jurídica en particular: el funcional (política Jurídica) y el estructural (técnica jurídica). Por lo demás, el método comparado no es sólo una elección de la doctrina científico-jurídica, ya que en materia sociolaboral suele acudirse a él como *elemento auxiliar en la elaboración legislativa.* Hasta tal punto es así que los textos preparatorios de las grandes reformas sociales (como también en otros ámbitos de lo jurídico) siempre han recogido la experiencia legislativa de los países del entorno cultural, especialmente aquellos más próximos en desarrollo y enfoques reguladores. De este modo se puede decir que el reclamo del derecho comparado ha sido una constante en los procesos de regulación de "lo social" y de la reforma social, y lo ha sido tanto en España como en los demás países desarrollados con Estado social, y en las grandes organizaciones internacionales especializadas en materia social.

En el mundo contemporáneo el Derecho comparado queda elevado a ciencia jurídica, con un componente funcional e instrumental múltiple o poliédrico: a) Por un lado, puede ser utilizado para llevar a cabo reformas legislativas en el Derecho nacional, con lo que asume una típica función de política del Derecho. En esa perspectiva, el Derecho comparado advertiría también que las transposiciones mecánicas descontextualizadas no suelen funcionar en la experiencia histórica. De lo que se trata más bien es que el legislador se inspire en ellas y adapte ciertas instituciones jurídicas extranjeras o incorpore otras nuevas atendiendo a la propia peculiaridad y exigencias del propio Derecho nacional. b) Por otra lado, como fuente de inspiración en la praxis jurídica, esto es, puede utilizarse al servicio de una finalidad interpretativa o de reinterpretación de las reglas jurídicas de un determinado Derecho nacional. Aquí están llamados a actuar no sólo la doctrina científico-jurídica, sino también los jueces que han de aplicar tales reglas. c) Por último, el Derecho comparado como ciencia jurídica diferenciada asumiría la función de un conocimiento mutuo de las distintas tradiciones, culturas o "familias jurídicas", estableciendo los puntos comunes de conexión y convergencia y las diferencias específicas existentes entre ellas. Tales sistemas jurídicos se confrontaría dinámicamente (porque siempre están en evolución, esto es, en "construcción" o "reconstrucción") entre sí, pero atendiendo a la existencia de un universo jurídico internacional global marcado por la existencia de un Derecho Internacional, más o menos desarrollado, que en sí mismo implicaría ciertos punto de

[153] Berman, H.J.: *La tradición jurídica de occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

[154] David, R.: *Tratado de derecho civil comparado. Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparado* (Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative, 1950), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado,1953 (No reeditada); David, R. y Jauffret-Spinosi, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2010. Sobre su pensamiento, Monereo Pérez, J.L. (2021). "René David: el enfoque clásico en la construcción del derecho comparado y del método comparatista". *Anuario coruñés de derecho comparado del trabajo* (ACDCT), Vol. XIII, 185-244. https://acdct.es/wp-content/uploads/2022/09/10-monereo-perez-acdct-xiii-2021.pdf

[155] Tarello, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, "Introducción", passim.

[156] Pizzorusso, A.: *Curso de Derecho comparado, Barcelona*, Ed. Airel, 1987. Véase también Constantinesco, L.-J.: *Tratado de Derecho comparado. Introducción al Derecho comparado*, Madrid, Ed. Tecnos, 1981.

[157] Kuhn, TH.S.: *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Ed. FCE, 1972.

necesaria convergencia (paradigmáticamente, el Derecho Internacional multinivel de garantía de los Derechos Humanos). De este modo, el Derecho comparado como ciencia jurídica permitiría analizar estos procesos de aproximación/convergencia/diferenciación entre sistemas y familias jurídicas. Facilitaría el conocimiento de las culturas jurídicas como vertiente fundamental de la organización de los distintos Estados y ámbitos geopolíticos y jurídicos. El mutuo conocimiento es la antesala y el presupuesto del diálogo entre culturas distintas y, asimismo, contribuye decisivamente a la creación de un espacio para el acuerdo, el aprendizaje mutuo y el perfeccionamiento no sólo de los ordenamientos nacionales, sino también del Derecho Internacional en sus distintas manifestaciones (generales y regionales)[158].

Se ha advertido que el desarrollo del Derecho comparado, debe ser entendido como una reacción en contra de la nacionalización del Derecho que se operó en el siglo XIX que, por lo demás, se volvió necesario y urgente en razón de la expansión actual sin precedentes de las relaciones de todo orden de la vida internacional que fomenta un paralelismo entre los sistemas jurídicos[159]. Para René David y C. Jauffret-Spinosi, el interés del Derecho comparado puede agruparse en tres aspectos. El Derecho comparado es útil en las investigaciones históricas o filosóficas relativas al Derecho, así como conocer mejor y perfeccionar nuestro Derecho nacional; es útil para entender a los pueblos extranjeros y posibilitar un mejor régimen a las relaciones internacionales. Es indispensable para todo intento de armonización, convergencia o de unificación del Derecho[160].

Resulta algo sorprendente, sin embargo, que Josserand no se destacara especialmente por realzar el elemento histórico para la explicación del fenómeno jurídico, pero no lo ignoró completamente como elemento de comprensión de las instituciones y del sistema positivo vigente. Así, en el Prefacio de 1929 a su *Cours de droit civil positif français*, afirmaba "no hemos descrito el pasado más que en la medida en que su conocimiento sea estrictamente indispensable para la comprensión del presente"[161].

D). El papel central de la doctrina jurisprudencial y su labor de interpretación teleológica o finalista y su papel de recreación judicial del derecho para adaptarlo y responder a las exigencias nuevas de la vida social. De ahí su nexo con la construcción (en el más moderada) del papel activo

[158] David, R. y Jauffret-Spinosi, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, espec.,"Introducción", págs.1-20. De gran interés es también la obra más antigua de David, R.: *Tratado de derecho civil comparado. Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparado* (Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative, 1950), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado,1953 (No reeditada). En la percepción histórico del período fundacional de la ciencia del Derecho comparado son harto significativas las aportaciones de Lambert, É.: *Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé*. Le droit comparé et l'enseignement du droit. Congrès international de droit comparé, 1905 (Procès-verbaux des séances et documents, Paris, 1905); *Ibid.*, *La tradición romana sobre sucesiones de formas del testamento ante la historia comparada* (La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative, 1901), trad. Enrique García-Herreros, Madrid, Revista de la Legislación, Madrid, 1903; *Ibid.*, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos (Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, 1921),* Madrid, Ed. Tecnos, 2010.

[159] David, R. y Jauffret-Spinosi, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, espec.,"Introducción", pág. 2.

[160] David, R. y Jauffret-Spinosi, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, espec.,"Introducción", págs.2-3.

[161] Y esto es tanto más sorprendente cuando se repara en su admiración permanente por la figura de R. V. Ihering, que se ocupó a fondo, y con gran brillantez en los resultados alcanzados, de la historia del Derecho. Así, aparte de su magistral obra sobre El Espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo, ya citada, puede consultarse una de sus últimas monografías, Ihering, R.v.: *Prehistoria de los Indoeuropeos*, traducción y estudio preliminar originario de Adolfo Posada, revisión de J.L. Monereo Pérez, y estudio preliminar, "Ihering, historiador", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008.

del juez y la amplitud del margen de interpretación y elasticidad de las normas para conseguir ese resultado. De manera que el juez no es un simple servidor de la norma escrita, sino que tiene un papel creativo relativamente libre porque ha de inspirarse en los principios y valores que informan las reglas y en esos principios y valores cuando las reglas no son capaces de resolver adecuadamente las controversias jurídicas que se plantean en la realidad (lagunas, deficitaria formulación legal, conflicto de normas y de valores…). Josserand, Lambert, Pic (éste hablaba de un "derecho viviente" con referencia a las elaboraciones jurisprudenciales)[162]. Proponían una teoría de la práctica jurisprudencial, prestando especial atención al tratamiento judicial de los hechos y de las controversias que se plantean en la realidad jurídico-social.

El interés de Josserand por mantenerse en contacto permanente con la realidad del Derecho presenta un componente sociológico, pero para él significa sobre todo la permanente atención a la praxis jurisprudencial: "el Derecho que hemos tomado como objeto de nuestro estudio es ante todo el derecho judicial, es decir, el que se realiza: hemos pretendido hacer ciencia, no novela. Es la jurisprudencia la que constituye la materia prima sobre la que deben ejercerse nuestras investigaciones; el derecho es aquél que ella comprende y ordena, no siendo los documentos legislativos más que ciertos materiales cuya ensamblaje y puesta en práctica le son confiados" (Prefacio del *Cours de droit civil positif français*). Esta centralidad de las decisiones judiciales presentaba igualmente la ventaja de hacer el "Cours" más atractivo para los profesionales del Derecho -abogados y jueces- con quienes quería establecer un diálogo permanente, desde los inicios de su carrera universitaria. Además, expresaba abiertamente la ambición de suministrarles una herramienta de trabajo útil y adaptada a sus necesidades de compresión aplicativa del Derecho vigente[163].

Para Josserand, la verdad del Derecho reside en primer lugar y esencialmente en la jurisprudencia. Es claro que el cometido de la ciencia jurídica no es reproductivo, pues se trata de superar la casuística jurisprudencial e interesarla en establecer la piedra angular de la teoría[164]. En su opinión los jueces y tribunales podían llevar a cabo una interpretación flexible, coherente e integradora del Derecho para suplir las deficiencias y lagunas del Derecho legal en vigor en cada momento histórico. No se trataría de sustituir al legislador estatal, sino de realizar una función de interpretación evolutiva, adecuadora o adaptadora del marco normativo vigente a las realidades cambiantes de la vida, de los hechos sociales que se verifican en las controversias jurídicas concretas.

Su aprecio a la doctrina judicial, sus estrechos vínculos con Magistrados de la "Cour de Cassation", le condujo a aceptar la propuesta de incorporarse como Magistrado a la Corte de Casación, abandonando oficialmente la carrera universitaria. Ello se produjo en junio de 1935. El

[162] Eugen Ehrlich (1862-1922) se refirió al "derecho viviente" y al "derecho vivo", aunque para él Derecho se encuentra ante todo en la misma sociedad más que en la legislación y en la misma jurisprudencia. Fue coetáneo de François Gény, encontrándose puntos de aproximación en determinados aspectos, señaladamente, en lo que se refiere a la construcción de la libre investigación científica y en la distinción entre lo "dado" y lo "construido" en el ámbito de lo jurídico. Ehrlich fue un autor muy influyente en su época, ejerció una gran influencia en prácticamente todos los antiformalistas y en las corrientes del pluralismo jurídico, tanto en Europa, como en Estados Unidos (por ejemplo, Roscoe Pound) y latinoamérica.
Una buen acercamiento a su pensamiento en sus textos puede encontrarse en la selección, Ehrlich, E.: *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, traducción, notas y estudios preliminares de J. Gómez, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2005; y sobre su concepción de la ciencia jurídica y la teoría del Derecho, Robles Morchón, G.: *Ley y Derecho vivo: Método jurídico y sociología del Derecho de Eugen Ehrlich*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

[163] Audren, F. y Fillon, C.: "La grandeza de Louis Josserand. Fuerzas y flaquezas de un civilista de provincias en la IIIª República francesa". Conde Naranjo Esteban. Vidas por el Derecho, Universidad Carlos III, pp.497 - 563, 2012, 9788415455271, págs. 545-546.

[164] Audren, F. y Fillon, C.: "La grandeza de Louis Josserand. Fuerzas y flaquezas de un civilista de provincias en la IIIª República Francesa", cit., pág. 537.

ingreso en la Alta Magistratura tuvo también sus inconvenientes. Decisión difícil, que al tiempo pudo acaso hacerle dudar de su conveniencia para los objetivos vocacionales que se había propuesto en su vida como jurista profesional influyente y de prestigio. Y ello se reflejaría perfectamente en un Discurso de 23 de enero de 1936, con ocasión de la ceremonia organizada en su honor, indicando que las Facultades de Derecho no son las únicas dispensadoras de ciencia del derecho; ellas no representan por sí solas todas las fuerzas jurídicas del país; junto a ellas se manifiestan otras fuerzas que, en un nivel diferente, participan en la gran obra, y no es para mí poca satisfacción constatar que en este día y en esta ceremonia la práctica se avecina a la teoría, la jurisprudencia a la doctrina; en aras de la causa, las "hermanas enemigas" se han reconciliado […] Así la familia jurídica está completa…"[165]. Pero el elemento de nostalgia por la vida académica y el contacto más directo con la institución y ante todo con la juventud universitaria se hizo patente en sus últimos años de prestigioso Magistrado. Sin embargo, su muerte no tuvo el eco que una figura de su talla mereciera. Para Dominique Fenouillet[166], la explicación es compleja, en el plano ideológica/intelectual e histórico contextual: "Demasiado progresista en muchos aspectos para su época y la vez demasiado conservador para la nuestra, en cuestiones relativas al derecho de las personas y de familia, el decano Josserand se extinguió el 4 de noviembre de 1941, en una época agitada. En efecto, parece difícil ocultar el contexto de su desaparición. Louis Josserand murió en un momento poco propicio para grandes celebraciones fúnebres, por la simple razón de que en una Francia fragmentada por la ocupación alemana ni las noticias ni los hombres conseguían franquear con facilidad, y menos aun rápidamente, la línea de demarcación". La continuación de su *Cours de droit civil positif français* fue llevada a cabo por André Brun. Pero la Editorial Sirey no quiso publicar el trabajo de actualización de André Brun. Esta cuarta edición realizada por el discípulo de Josserand mora en cambio en Argentina, donde ha sido traducida, al igual que en diversos países de América Latina en los que ha circulado con rapidez, una obra clásica de referencia en el mundo jurídico[167]. La explicación es compleja, pero seguramente tiene que ver con los cálculos de racionalidad económica de la editorial respecto a un *Cours de droit civil positif français* excelente, pero con improbable adquisición generalizada respecto a otros manuales ya más implantados y con autores vivos y en activo en las tareas universitarias. Lamentablemente no siempre las editoriales se mueven por criterios fundamentalmente vinculados a la contribución innovadora efectiva de los juristas a la "cultura jurídica", a la "técnica jurídica" y a la "política del Derecho".

El paradigma que suponen (incluido el título de "Teleología" I y II)[168] sus dos libros sobre el espíritu de los derechos, el abuso del derecho y las motivaciones en los actos jurídicos es inequívoco, pues refleja su concepción funcional del Derecho más allá del positivismo legalista y el formalismo jurídico. Una pretensión de comprender el universo jurídico a través de un orden de fines, no sólo preordenado, sino también dinámico señaladamente a través de la mediación en la vida del Derecho de la interpretación evolutiva y creadora de los jueces y tribunales de justicia. En virtud de estos trabajos no sólo renovaba el Derecho en la perspectiva institucional, sino que también trataba de construir criterios o principios de interpretación del conjunto de las reglas jurídicas para su toma en consideración por los intérpretes del Derecho u operadores jurídicos. En estas obras -como en la

[165] Discurso de 23 de enero de 1936, en Hommage à Louis Josserand, Doyen honoraire de la Faculté de droit de Lyon, Conseiller à la Cour de Cassation, Lyon. Réponse de M. Louis Josserand (el folleto no tiene fecha ni paginación). Cit, Audren, 557, nota 159.

[166] Fenouillet, D.: «Étienne Louis Josserand (1868-1941)». *Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique* (París), 17 (1996): 27-46.

[167] Josserand, L.: *Derecho civil*, completado y revisado por André Brun, trad. Santiago Cunchillos y Materola, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Bosch y Cia, 1950. Cfr. Audren, F. y Fillon, C.: "La grandeza de Louis Josserand. Fuerzas y flaquezas de un civilista de provincias en la IIIª República Francesa", cit., pág. 562.

[168] Precisamente la teleología es una llamada a un orden de fines, una orientación a un fin. Técnicamente, es la rama de la metafísica que se refiere al estudio de los fines o propósitos de algún objeto o algún ser, o bien literalmente, a la doctrina filosófica de las causas finales. Usos más recientes lo definen simplemente como la atribución de una finalidad, u objetivo, a procesos concretos. Véase Picavet, E.: "Conflictos de intenciones y racionalidad de los sistemas de normas", en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2002, págs. 113-147.

misma línea discursiva del conjunto seguida en su *Cours de droit civil positif français*- se realiza una crítica al formalismo jurídico propio del positivismo legalista y del positivismo jurídico[169].

## 5. BIBLIOGRAFÍA


Arnaud, A.J.: *Essai d'analyse structurale du Code Civil Français: La règle du jeu dans la paix bourgeoise,* París, LGDI, 1973.

Atienza, M.y Ruiz Manero, J.: *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso de derecho, el fraude de ley y la desviación de poder,* Madrid, Ed. Trotta, 2000.

Audren, F. y Fillon, C.: "La grandeza de Louis Josserand. Fuerzas y flaquezas de un civilista de provincias en la IIIª República francesa". *Conde Naranjo Esteban. Vidas por el Derecho, Universidad Carlos III,* pp. 497 - 563, 2012, 9788415455271

Berman, H.J.: *La tradición jurídica de occidente,* México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

Bonnecase, H.: *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, trad.J.M.Cajica, Puebla, México, Editorial Cajica, 1944.

Bonnecase, J.J.: *La pensée juridique fraçaise de 1804 à l'heure présente*, Burdeos, 1933.

Fenouillet, D.: «Étienne Louis Josserand (1868-1941)». *Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique* (París), 17, 1996, 27-46.

Holmes, O.W.: *The Common Law*, edición y estudio preliminar, "La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del "common law" tradicional: la concepción funcional e instrumental del derecho de Oliver Wendell Holmes" (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020.

Holmes, O.W.: *La senda del Derecho,* trad. y estudio preliminar, "Holmes: El inicio de una nueva senda jurídica", de J.I. Solar Bayón, Madrid, 2012.

Holmes, O.W.: *La senda del Derecho,* Prólogo de E. A. Russo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975.

Ihering, R.v.: *El fin en el Derecho,* trad. Diego Abad de Santillán, revisión, edición y estudio preliminar, "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho" (pp. VII-XLI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2ª ed., 2011.

Ihering, R.v.: *La lucha por el Derecho,* trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, "Ihering y la lucha por el Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008.

Clavero, B.: "Origen constitucional de la codificación civil en España (entre Francia y Norteamérica)", en Petit, C. (Coord.): *Derecho privado y Revolución burguesa*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1990, págs.53 y sigs.

Chazal, J.P.: "La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis republicain", spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/7o52iohb7k6srk09nj53n64p6, pág. 7

David, R.: *Tratado de Derecho civil comparado. Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*, Madrid, Edersa, 1953.


[169] Véase Josserand, L.: *El espíritu de los derechos y su relatividad*. Teleología jurídica, trad. E. Sánchez Larios y J.M. Cajica JR, revisión, edición y estudio preliminar, "Teoría del abuso de Derecho: El abuso de los derechos fundamentales" (pp. IX-XL), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012.

David, R.: *Los grandes sistema jurídicos contemporáneos*, Madrid, Ed. Aguilar, 1973, págs.14 y sigs.

Duguit, L.: *Soberanía y libertad,* edición y estudio preliminar, "La soberanía en la modernidad: León Duguit y la crisis de la soberanía", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013.

Duguit, L.: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado,* edición crítica y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

Durand, P., Ripert, G., Roblot, R.: *Le Droit fiscal des affaires après la réforme fiscale*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence (Laval, impr. Barnéoud), 1960.

Josserand, L.: *Derecho civil, completado y revisado por André Brun,* trad. Santiago Cunchillos y Materola, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Bosch y Cia, 1950.

Josserand, L.: "Un ordre économique nouveau", en *D.H*. 1937, *Chronique,* pág. 135; *Comment les textes des lois changent de valeur au gré des phénomènes economiques (Estudes Capitant),* 1939.

Dabin, J.: *El derecho subjetivo,* trad. F.J. Osset, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006.

Hobhouse, L.T.: *Liberalismo,* trad. J. Calvo Alfaro, edición y estudio preliminar, "Los fundamentos del liberalismo social y sus límites: Leonard Trelawney Hobhouse" (pp.VII-LIV), Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

Josserand, L.: *El espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología jurídica,* trad. E. Sánchez Larios y J.M. Cajica JR, revisión, edición y estudio preliminar, "Teoría del abuso de Derecho: El abuso de los derechos fundamentales" (pp. IX-XL), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012.

Josserand, L.: *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado. Teleología jurídica,* trad. E. Sánchez Larios y J. M. Cajica Jr., revisión, edición y estudio preliminar, "Louis Josserand y la renovación jurídica del Derecho privado ante los cambios sociales" (pp. IX-LIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2018.

Josserand, L.: "L' automobile et le droit. Conférence faite à l'Automobile Club du Rhone (12 de febrero de 1908), Lyon, 1908.

Josserand, L.: "Essai sur la propieté collective", en *Le Code civil. 1804-1904. Livre du Centenaire,* París, Arthur Rousseau, 1904, reed. Bibliothèque Dalloz, 2004, págs. 357-379.

Josserand, L.: *Sur la reconstitution d' un droit de classe,* en D.H. 1937, Chron. 1; *Ibid., Un ordre juridique nouveau,* D.H. 1937, Chron.

Solari, G.: *Filosofía del Derecho privado,* 2 vols., trad. de O. Caletti, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1950.

Josserand, L.: "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*,* en *RTD.Civ.* 1937.

Josserand, L.: "Introduction à l' étude du droit comparé", *Recuel d' estudes en l' honneur d' E. Lambert*, París, Sirey-LGDJ, 1938, T. III.

Josserand, L.: "L' essor moderne du concept contractuel, en *Recuel d' estudes sur les sources du droit en l' honneur de F. Gény,* 1934, T. II,

Josserand, L.: "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats", en *RTD. Civ.,* 1937, págs. 1 y sigs.

Josserand, L.: "La 'publicisation' du contrat" , 1938, pág. 158.

López de Oñate, FL.: *La certeza del Derecho,* trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redin, Introducción de G. Capograssi, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

Losurdo, D.: *Contra historia del liberalismo,* trad. de Marcia Gasca, rev. J. Miras, Barcelona, Ediciones de Intervención cultural/El Viejo Topo, 2007.

Menger, A.: *El derecho al producto íntegro del trabajo. El Estado democrático del Trabajo (El Estado Socialista),* edición y estudio preliminar, "Derechos sociales y Estado democrático social en Anton Menger" (pp. IX-LXXVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004

Merryman, J.H.: *La tradición romano-canónica*, México, Ed. FCE, 1971.

Monereo Pérez, J.L.: *"Ihering, ensayo de explicación",* estudio preliminar a la obra clásica de Ihering, R.v.: *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo,* edición especial completa en un solo volumen, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2ª ed., 2011.

Monereo Pérez, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

Monereo Pérez, J.L., y Calvo González, J.: "La teoría jurídica de León Duguit", estudio preliminar a Duguit, L.: *Manual de Derecho Constitucional,* edición y estudio preliminar de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005, págs. XIII-L.

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

Monereo Pérez, J.L.: *"El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho,* estudio preliminar a la obra clásica de Ihering, R.v.: *El fin en el Derecho,* edición especial completa en un solo volumen, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2ª ed., 2011, págs. VII-XLI.

Monereo Pérez, J.L.: "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología" (pp. IX-CLII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011, Parte II ("Sociología del Estado"), págs. 239-349.

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

Monereo Pérez, J. L. (2023). "El iusrealismo de Oliver Wendell Holmes, entre pragmatismo antiformalista y teoría predictiva de la decisión judicial". *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *14*(1), 1-60. https://doi.org/10.46661/lexsocial.8865

Monereo Pérez, J.L.: "La organización jurídica del capitalismo (Parte I): Constitución Económica y Estado Social de Derecho", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, *10*, 2024, 279-333. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/942

Monereo Pérez, J.L.: La organización jurídica del capitalismo (parte II): las instituciones jurídicas de la economía, *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, *11*, 2024, 161-224. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/995

Monereo Pérez, J.L.: "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert", *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, *1*, 2021, 197-264. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525

Perelman, CH.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. L. Díez-Picazo, Madrid, Ed. Civitas, 1979.

Pound, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad,* edición y estudio preliminar, "La jurisprudencia sociológica de Roscoe Pound: La teoría del Derecho como ingeniería social" (pp. IX-LXXXII) a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

Pound, R.: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico,* trad. y estudio preliminar (pp. XI-XXXVII) a cargo de José Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

Ripert, G.: De l'Exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines (tesis doctoral), París, A. Rousseau / Université d'Aix-Marseille. Faculté de droit et des sciences économiques, 1902.

Ripert, G.: Étude sur les plus-values indirectes résultant de l'exécution des travaux publics(tesis doctoral), París, A. Rousseau / Université d'Aix-Marseille. Faculté de droit et des sciences économiques, 1904.

Ripert, G.: *Traité général théorique et pratique de droit commercial*, París, Rousseau, Edmond-Eugène Thaller, 1914.

Ripert, G., Roblot, R.: *Traité de droit comercial* (14 ed.), París, LGDJ/ Philippe Delebecque, Michel Germain, 1904. 13ª édition, París, Librairie Génerales de Droit et de Jurisprudence, 1989, actualización de René Roblot (hay varias ediciones posteriores).

Ripert, G.: "Droit naturel et positivisme juridique", Annales de la Faculté de droit d'Aix. Nouvelle série,n° 1 (1918), Marsella, impr. de Barlatier.

Ripert, G.: *Le Droit marítimo,* Saint-Dizier, Impr. des établissements Brulliard, 1922. Varias ediciones actualizadoras a cargo de Rodière.

Planiol, M., Ripert, R., Savatier, R.: *Traité pratique de droit civil français*, I-XIV, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias Jean Boulanger, 1925-1934.

Planiol, M. y RIPERT, G.: *Derecho Civil* (1946), trad. Leonel Pereznieto Castro, México, D.F., Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996.

Ripert, G.: *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, 1-4, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956-1959.

Ripert, G.: *La Règle morale dans les opérations civiles*, París, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1926.

Planiol, M., Ripert, G.: Traité élémentaire de droit civil, conforme au program officiel des Facultés de droit(12 ed.), París, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1932.

Boulanger, J., Planiol, M., Ripert, G.: *Traité élémentaire de droit civil*, París, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1942.

Dicey, A.V.: *Lecciones sobre la realidad entre el Derecho y la opinión pública en Inglaterra durante el siglo XIX,* trad. M. Salguero e I. Molina Marín, estudio preliminar, "Derecho legislado y opinión pública en las Lecciones de A. V. Dicey", a cargo de Manuel Salguero, Granada, Comares (Colección Crítica del Dereco), 2007.

Ripert, G.: *Le Régime démocratique et le droit civil moderne*, París, Libr. Générale de droit et de jurisprudence, 1936.

Ripert, G.: *Précis de droit maritime, París, Dalloz*, 1939.

Ripert, G.: *Cours de droit comercial*, París, les Cours de droit, 1944.

Ripert, G.: *Législation maritime et aérienne comparée*, París, Centre de documentation universitaire, 1944.

Ripert, G.: *Aspectos juridiques du capitalisme moderne*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence; Laval, impr. De Barnéoud frères, 1946.

Ripert, G.: *Le déclin du droit: études sur la législation contemporaine*, París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949.

Ripert, G.: *Les force créatrices du droit*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955.

Ripert, G.: "La Technique Legislative de l´Economie dirigee", en la *revista Tulane Law Review,* Nº. 292 (1954-1955), pp. 292 y sigs.

Ripert, G.: "L´ordre économique et la liberté contractuelle" (1935), en *el Livre Jubilaire Gény*, Tomo II, p. 325.196

Stevenson, D.: *1914-1918. Historia de la Primera Guerra Mundial,* Barcelona, Círculo de Lectores, 2013.

Tarello, G.: "La Escuela de la Exégesis", en Tarello, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho,* Introducción de R. Guastini y G. Rebuffa, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

Monereo Pérez, J.L.: "La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía", Estudio preliminar a Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno,* trad. J. Quero Morales, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

Ripert, G.: "La Technique Legislative de l´Economie dirigee", en la revista Tulane Law Review, Nº. 292 (1954-1955), pp. 292 y sigs.

Ripert, G., Roblot, R.: Valeurs mobilières, effets de commerce, opérations de banque et de bourse, contrats commerciaux, liquidation des biens, suspension provisoire des poursuites(9 ed.), París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1981.

Ripert, G.: *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, trad. José M. Cajica Jr., revisión, edición y estudio preliminar, "Derecho privado y democracia constitucional: Georges Ripert, ¿Paradigma de jurista liberal?", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2021.

Ripert, G.: "Evolución y progreso del Derecho", en VV.AA.: *La crisis del Derecho*, trad. Marcelo Cheret, revisada por Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1953, pp.11-31.

Ripert, G., et Boulanger, J.: *Tratado de derecho Civil según el Tratado de Planiol* (Traité de Droit Civil D'Apres le Traité de Planiol), Editorial La Ley, Buenos Aires, 1988).

Tarello, G.: "A propósito del "Código Napoleónico"", en *Cultura jurídica y política del derecho*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), págs. 135 y sigs.

Tarello,G.: *Storia della cultura giuridica moderna, vol.I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Ed. Il Mulino, 1976.

Weber, M.: *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad.J.Medida Echavarría y otros, México, Ed. FCE, 1979.

Weber, M.: *Sociología del Derecho,* edición y estudio preliminar, "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología" (pp. IX-CLII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001 (Esta edición incluye también la "Sociología del Estado").

Wieacker, F.: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna,* trad. Francisco Fernández Jardón, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.