



TRIBUNAL SUPLENTE DE JUSTICIA
CENTRO DE INFORMACIÓN
DOCUMENTACIÓN JURÍDICA

BIBLIOTECA JURÍDICA

DE

AUTORES ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

VOLUMEN XXXIX



LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF CALIFORNIA
BERKELEY

BIBLIOTECA JURÍDICA
DE
AUTORES ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

ADICIÓN XXXIX

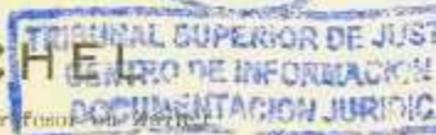
LA LEY Y LA SENTENCIA

ORIENTACIÓN ACERCA DE LA DOCTRINA ACTUAL SOBRE
FUENTES DEL DERECHO Y APLICACIÓN DEL ÚLTIMO

POR

HANS REICHEL

Doctor en Derecho y en Filosofía; Profesor de Derecho



TRADUCCIÓN
DIRECTA DEL ALEMÁN

POR

EMILIO MIÑANA VILLAGRASA



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
BIBLIOTECA



MADRID
EDITORIAL REUS (S. A.)

CAÑIZARES, 3. Duplicado

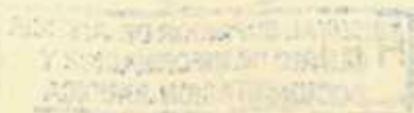
1921

LA LEY Y LA SENTENCIA

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA ACTUAL SOBRE
FINES DEL DERECHO Y APLICACIÓN DEL DERECHO



1928



ES PROPIEDAD

TRADUCCIÓN

EMILIO MIRANA Y LAGARSA



MADRID

EDITORIAL REUS S. A.



TRIBUNAL SUPLENTE DE JUSTICIA
CENTRO DE INFORMACION
DOCUMENTACION JURIDICA

DEDICATORIA

A Eugenio Huber

EL AUTOR.



PRODIGALORUM

72. Europa 2/11

17. 1/11

17. 1/11

Í N D I C E

PRÓLOGO DEL AUTOR

PRIMERA PARTE.—Parte histórica.

OBSERVACIÓN PRELIMINAR.

SECCION 1.^a: El absolutismo de Estado.

Idem 2.^a: El absolutismo legal.

Idem 3.^a: Corrientes opuestas.

Idem 4.^a: La emancipación del juez.

Idem 5.^a: La contrareforma.

Idem 6.^a: El término medio.

SEGUNDA PARTE.—Parte fundamental.

OBSERVACIÓN PRELIMINAR

SECCION PRIMERA: Resoluciones según la ley.

Idem 2.^a: Idem en defecto de ley.

Idem 3.^a: Idem contra la ley.

CONCLUSIÓN

Índice de materias.

INDICE

| | |
|---|---|
| INDICE | 1 |
| INTRODUZIONE | 1 |
| LA SCIENZA E LA LETTERATURA | 1 |
| LA LETTERATURA E LA SCIENZA | 1 |
| LA LETTERATURA E LA FILOSOFIA | 1 |
| LA LETTERATURA E LA STORIA | 1 |
| LA LETTERATURA E LA POLITICA | 1 |
| LA LETTERATURA E LA MORALE | 1 |
| LA LETTERATURA E LA RELIGIONE | 1 |
| LA LETTERATURA E LA SOCIETA | 1 |
| LA LETTERATURA E LA PSICOLOGIA | 1 |
| LA LETTERATURA E LA PEDAGOGIA | 1 |
| LA LETTERATURA E LA CRITICA | 1 |
| LA LETTERATURA E LA LINGUISTICA | 1 |
| LA LETTERATURA E LA FILOSOFIA DELLA LINGUA | 1 |
| LA LETTERATURA E LA FILOSOFIA DELLA LETTERATURA | 1 |
| LA LETTERATURA E LA FILOSOFIA DELLA LETTERATURA (CONTINUAZIONE) | 1 |
| LA LETTERATURA E LA FILOSOFIA DELLA LETTERATURA (FINE) | 1 |

PRÓLOGO DEL AUTOR



La posición del juez con respecto a la ley, es decir, el concepto y los límites de la obediencia del primero a la segunda, es un problema muy estudiado en los últimos tiempos. Las investigaciones y controversias sobre la teoría de las fuentes del Derecho y sobre el método de la aplicación del Derecho, ocupan un lugar considerable entre las publicaciones jurídicas de la actualidad. El denominado movimiento del Derecho libre, es solo una manifestación parcial de una complejidad mucho mayor y más comprensiva de tendencias espirituales. Si se quiere comprender a éstas con exactitud, adoptando una posición imparcial, se debe ante todo apreciar la marcha histórica de estas materias. Realmente, se trata de un trozo de la Historia de la cultura. Solo después de haber echado una mirada retrospectiva a la Historia, nos hallamos convenientemente preparados para, con paso firme, atravesar el campo de las contradictorias opiniones, y para poder asentar los cimientos sobre los que edificaremos nuestro propio convencimiento. Ayudar un poco en esta tarea es la intención que nos ha guiado en el trabajo cuyo resultado a continuación exponemos. Después de lo dicho, no hay que explicar la razón que nos impulsó a dividirlo en dos partes principales: una histórica y otra dogmática.

El trabajo debe su origen a una conferencia dada a personas prácticas en Derecho. A estas, por consiguiente, lo destinamos. El fin que nos proponemos nos induce a presentar el mayor número de ejemplos posibles y comprensibles. Las explicaciones abstractas no servirían a los prácticos.

Las indicaciones bibliográficas se limitan a unas cuantas

selectas. El que desee ampliación de las mismas, consulte a Jung, *Das Problem des natürlichen Rechts* (El problema del Derecho natural) 1912, pág. 330; Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung* (El problema de la producción del Derecho), 1912, Apéndice I; Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (Interpretación legal y jurisprudencia de los intereses), 1914, pág. 1; y a Pattai, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (El combate por la ciencia del Derecho), Viena, 1913. Zurich, verano de 1914.

PRIMERA PARTE

PARTE HISTÓRICA

OBSERVACION PRELIMINAR

El actual movimiento en la ciencia del Derecho es un fenómeno de reacción, un movimiento de combate y de defensa. Se caracteriza como oposición contra un sistema político y un dogma jurídico con dicho sistema relacionado, dominantes en el siglo XIX (1). El mencionado sistema es el que se llama absolutismo legal, basado en el monopolio de la formación del Derecho por el Estado; pero el correlativo jurídico de este sistema es el principio de la codificación, o dogma de la universalidad legal; esto es, la teoría del dominio exclusivo y suficiencia absoluta de la ley sin deficiencias.

Con esto queda indicado el plan de la parte histórica siguiente. Después de haber expuesto brevemente (en la sección primera), en primer término, el precursor histórico del absolutismo legal, es decir, el absolutismo de los príncipes, examinaremos (en la sección segunda), con más detención el origen, la esencia y las consecuencias del absolutismo de la ley. Más adelante mostraremos el movimiento universal de cultura (en la sección tercera), que sucesivamente tiene que producir la oposición a aquel sistema. La reacción, especialmente científico-jurídica contra la omnipotencia legal, que luego exponemos (en la sección cuarta), es solamente reflejo y consecuencia de aquella tendencia universal temporal y espiritual. Pero también esta reacción, como veremos, estaba destinada a traspasar los límites señalados por su objeto; por eso se la opuso la crítica, advirtiendo el mencionado traspaso y exhortando a la discreción (sección quinta). Se señalará finalmente el término medio entre lo nuevo y lo viejo, expresando su concepto (en la sección sexta).

(1) Vid. BARSCH en el *Zentenarschrift zum A. B. G. B.* 1911, Volumen I, pág. 676.

SECCION PRIMERA

El absolutismo de Estado

Cuando nosotros oímos hablar de absolutismo se nos presenta en la mente en primer término el absolutismo político, especialmente el de los Reyes; el sistema de un despotismo más o menos ilustrado, cuyos representantes más visibles y simpáticos para nosotros, son Federico II y José II.

1. La divisa política y jurídicopolítica del Estado absoluto la constituyen las palabras *l'Etat c'est moi* (el Estado soy yo): *suprema lex regis voluntas*; lo que quiere el Rey lo quiere la ley. El Monarca era todo en todo; todos los demás en el Estado, aun los funcionarios políticos, son sólo súbditos. Dentro de la Corporación de los empleados, completamente dependientes, el juez no constituía ninguna categoría sustantiva y peculiar. El juez era un empleado y solo un empleado. No había por qué hablar de garantías de independencia judicial. El juez podía ser nombrado y depuesto al arbitrio del Soberano, como cualquier otro. Aun un Monarca tan progresivo e inteligente como Federico II, ha dado ejemplos arriesgados de esta manera de proceder.

2. Este espíritu absolutista, este espíritu de la tutela paternal, dominó también en la relación del juez con la ley. La última era la voluntad del señor territorial al que se le debía obediencia incondicional (1). El juez era solo el ejecutor de la voluntad del señor territorial, manifestada en la ley. No podía adoptar resoluciones propias; la ley y las órdenes del servicio le decían todo lo que era necesario. Lo que hoy nosotros denominamos interpretación, no era otra cosa que la averiguación de aquello que el legislador (idéntico en esto al monarca) había querido y opinado. Si el juez tenía dudas sobre el sentido de la ley, o si creía encontrar en ella una laguna, debía dirigirse al soberano o a su representante, para buscar allí la interpretación y resolución auténticas (2).

(1) BAYRE, L. R. J. § 3, dice: «Ley es un mandato del superior, [que] prescribe a los súbditos lo que conviene, en las cosas que atañen al bien común».

(2) Vid SPIEGEL: *Gesetz und Recht*, 1913, pág. 64, 100 y s. (sobre el *référé législatif*). Sobre el *Codez Theresianus*, vid. WURZEL: *Das juristische Denken*, 1904, pág. 21.

3. La obra de Beccaria sobre el delito y la pena, obra tan inspirada en el progreso y la libertad de su tiempo, nos enseña con gran claridad cómo las mencionadas ideas habían echado profundas raíces en la ciencia de aquella época. La facultad de interpretar la ley—se dice allí—no puede corresponderle al juez, pues si se le otorgase se convertiría en legislador. Muy peligroso es que el llamado espíritu de la ley se deje a la opinión del que la aplica, pues esto deja un campo demasiado vasto al juez. La mejor ley es aquella que necesita menos de la interpretación. Cuanto de mayor interpretación sea susceptible una ley, más infracciones se cometerán. Los daños que puedan originarse por la estricta observancia de la letra de la ley, son de poca importancia comparados con los causados por la interpretación, pues es más soportable el despotismo de una ley que las voluntades soberanas de innumerables jueces. Hasta la ciencia se pone en peligro, porque esta opone opinión a opinión y extravía las inteligencias. «¡Felices las naciones en las cuales las leyes no son objeto de una ciencia!»

4. El más importante monumento legislativo de este espíritu de obediencia absoluta, de esta tutela benevolente, tanto para el individuo como para el juez, es el Derecho territorial general prusiano de 1794, además de ser el mayor legado de la civilización de Federico el Grande y la más grande producción legislativa del siglo XVIII. Un Código excelente, sensato en muchos puntos, conteniendo tendencias progresivas, con justicia apreciado y alabado. No sin fundamento se le estimó mucho durante un siglo completo. Pero ya el gran contenido de este Código muestra que no era una ley apropiada y destinada a exaltar la personalidad de jueces independientes y responsables. El antiguo espíritu prusiano de obediencia tan apreciado y ensalzado, muestra por todas partes el cabo de vara de la época de Federico. Se le quita cuidadosamente al juez toda resolución independiente para que no yerre el camino; se le prescribe todo, hasta el más insignificante detalle. No debe dudar; pero si realmente le acomete alguna duda, no debe recurrir al propio juicio ni, como lo prescribe la ordenanza criminal penal, escuchar los consejos de las personas versadas en Derecho, sino que más bien el juez se dirigirá a la comisión legislativa, la cual le ordenará cómo debe ser interpretada la ley (1). En una palabra: el Derecho

(1) Vid. Introd. §§ 6, 47 y 50. Otras citas en HEDERMANN: *Werden und Wachsen im bürgerlichen Recht*, 1913, 8.

territorial general prusiano es el acto legislativo más grandioso del absolutismo. Las ventajas, así como los inconvenientes de esta forma de gobierno, no se pueden estudiar tan clásicamente en ningún monumento literario como en esta ley.

5. La obra legal clásica del absolutismo es prusiana; pero la tierra clásica del absolutismo es la antigua Austria, el país de Metternich. «El empleado no tenía allí otro ideal que agradar y obedecer a sus superiores. Por eso no consideraba como un estorbo, sino por el contrario, como un beneficio, muy bien acogido, para su actividad, el que le fuese prescrita la conducta que habían de observar con precisión y en todos sus detalles. A este efecto, se dirigía para recibir instrucciones a la Corte tan pronto tenía alguna duda; pues se trataba del servicio imperial, respecto al cual era la opinión dominante, no que el empleado por sí mismo buscara el mejor medio de cumplirlo, salvo cuando se le interrogaba, sino que esto era incumbencia de la superioridad» (1). La ley era la voluntad del Monarca. El que se atreviese a criticarla corría el peligro de ser juzgado reo de lesa majestad (2).

Esta situación fundamental política era la predominante hasta mediados del siglo XIX. Fué un milagro si las consecuencias de la manera de pensar de este siglo no han llegado hasta la actualidad. La más importante de ellas es la representación, tan arraigada, de un legislador imaginado con personalidad, cuya voluntad, incorporada en la ley, debía obedecer incondicionalmente todo empleado y aun todo juez. Cuanto de bueno y de grande se hallaba en esta concepción, ¿quién lo va a negar? Pero si se justifica aun la situación de las cosas y de los tiempos, si más bien encierra en sí misma maliciosas parcialidades y peligrosos errores, esto es ciertamente, otra cuestión muy distinta.

(1) SPIEGEL, ob. cit. pág. 20.

(2) PAVTAY: *Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1913, pág. 15.

SECCION SEGUNDA

El absolutismo legal

Basta con lo dicho acerca de los tiempos pasados de absolutismo de los Monarcas. De un modo inmediato, a la verdad, poco tenemos que meditar acerca de este absolutismo. El siglo XIX, especialmente el año 1848, ha acabado con el absolutismo de los Reyes. De aquí en adelante no tenemos que preocuparnos de los príncipes autócratas, sino más bien tener a la vista el absolutismo de la moderna ley constitucional. Pero este absolutismo legal de los últimos decenios tiene tan poca relación con el monárquico, que más bien como fundamento del primero, nos ofrece una rotunda negación del último. El sistema de la omnipotencia legal es descendiente directo de aquel movimiento que se utilizó como defensa contra el absolutismo monárquico y le cavó la sepultura: el liberalismo constitucional. Pero sus últimas raíces ideales las encuentra este sistema ya en la filosofía política del siglo XVIII, especialmente en la teoría de la división de los poderes de Montesquieu.

1. En uno de los más famosos capítulos de su *Espíritu de las leyes* (libro XI, cap. 6.º) expone Montesquieu la siguiente doctrina (1). En todo Estado existen en suma tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Estos tres poderes, no sólo deben ser teóricamente distinguidos con precisión, sino que deben también prácticamente ser separados cuidadosa y permanentemente para conseguir la libertad de los ciudadanos. Toda intromisión de uno de estos poderes en la esfera de poder del otro debe ser cuidadosamente evitada. El poder legislativo ha de dictar leyes; es decir, formar normas abstractas, obligatorias en general, por las cuales han de regirse todos, y especialmente las autoridades ejecutivas. Dicho poder crea el Derecho, pero no lo aplica, ni ejecuta por sí mismo ningún precepto. La ejecución es materia propia del ejecutivo, el cual, por su parte, se ha de abstener de toda inmixción en la esfera legislativa, así como de toda influencia sobre la facultad

(1) Si esta teoría debe o no su origen al mismo MONTESQUIEU no es de interés aquí el averiguarlo.

de juzgar. La judicatura, por fin, ha de aplicar la ley a cada caso individual, transformar el mandato legislativo abstracto en una decisión concreta sobre relaciones concretas de vida. El juez es la voz de la ley que se hace viva por su medio. Dice en concreto lo que la ley ha prescrito en abstracto. Al juez no le corresponde el producir Derecho en contra. Si lo hiciese invadiría la prerrogativa del poder legislativo; y esto no le corresponde al juez, como tampoco a los funcionarios ejecutivos.

Esta teoría, expuesta y teóricamente publicada ya en el siglo XVIII (1), tiene, en lo esencial solamente, su realización práctica a mediados del siglo XIX (1848).

El moderno Estado constitucional ha emprendido la tarea de llevar a la realidad la teoría de la división de los poderes. La facultad legislativa corresponde a la Corona y al Parlamento; el Poder ejecutivo le compete, en tanto no se organizan Cuerpos administrativos independientes, a la Corona solamente, por medio de sus ministros responsables. El poder judicial, en cambio, se ejerce por medio de jueces independientes, sólo sometidos a la ley. Jueces independientes, porque solamente están sometidos a la ley, pero también son jueces dependientes, porque son súbditos de la ley sin reserva ni excepción; y la ley escrita, constitucionalmente llegada a serlo, constituye la única norma de su conducta en el cargo. La ley es la expresión suprema de la voluntad del Estado, el Derecho, la voluntad del mismo Estado. La ley, por consiguiente, es el verdadero y exclusivo señor en el Estado. (Ideal de la Nomocracia, del Estado legal).

2. Esta doctrina quería ser antiabsoluta: es dudoso si lo era verdaderamente. Ciertamente es que el absolutismo del monarca estaba roto, pero su lugar lo ocupa la omnipotencia ilimitada de la ley constitucional. *Le roi est mort, vive le roi!* Además, si esta doctrina era o no realmente tan liberal como se mostraba, es cosa en que las dudas están justificadas. Indudablemente, significa la ley constitucional una emancipación de la voluntad cortesana, y, por lo tanto, una considerable protección para el individuo; pero sostener que en la simple forma de la ley se halla una garantía material contra

(1) También el principio *nulla poena sine lege* debe, si no su origen, por lo menos su fuerza política convincente, a las luces filosóficas. Especialmente lo ha combatido con gran energía ANSELMO FEUERBACH. Vid. RUMPF, D. R. Z. 1913, 773.

toda clase de opresión injusta, es afirmación no confirmada por la Historia. No necesitamos más para convencernos que pensar en ciertas democracias de los tiempos antiguos y modernos, para ver que la tiranía de una mayoría puede ser tan opresora como el capricho de un déspota.

Pero la libertad individual no nos interesa aquí. Nosotros preguntamos solamente: ¿En qué situación se halla la libertad del juez? Para esta libertad el liberalismo populachero no tuvo la menor atención. Cierzo es que se libertó al juez de la opresión de la justicia de gabinete y de los Reales decretos; se le liberó de las autoridades administrativas; hasta se le concedió la facultad de declarar nulas en cada litigio las ordenanzas de las autoridades administrativas; pero en esto solo no puede consistir la libertad del juez. Unicamente es, en realidad, libre el juez en quien se deposita la confianza y a quien se le otorga cierta esfera de acción en la cual ejerza su arbitrio, dentro de la cual pueda obrar con arreglo a lo que le dicten los sentimientos del deber y de la responsabilidad. Pero en este punto el liberalismo ha fracasado completamente; se ha mostrado de tiempo en tiempo más iliberal que el sistema político despótico. Celosamente codiciosos de los derechos acabados de conquistar, los nuevos órganos instituidos para legislar han hecho de sus prerrogativas un uso excesivo. Todo quedó preso en las redes de una ley; allí donde ha sido posible, se le ha cercenado la libertad de movimiento al juez; recelosa y desconfiadamente se le ha secuestrado su arbitrio. Apenas si en los tiempos del despotismo más sombrío dominó tanta desconfianza con respecto al libre arbitrio judicial como en los Estados constitucionales liberales del siglo XIX. «Tú eres libre ¡oh juez! Solamente debes observar un millón de artículos legales» (1).

Es difícil de comprender, a la verdad, la razón por la cual el liberalismo ha mirado tan desfavorablemente la judicatura. Pues si hay un ciudadano en cuya mano la libertad de sus conciudadanos se halla bien guardada, es el juez independiente, que lo sea de los de arriba y de los de abajo, de los de la derecha y de los de la izquierda. Sólo históricamente se comprende de hecho aquella desconfianza. No es el juez, sino el empleado de Estado pagado, que está en el juez, el sospechoso; el empleado quien, a pesar de toda la independencia jurídica, personalmente, sin embargo, no se le consideraba con

(1) BERADT, *Der Richter*, p. 11.

energías suficientes para permanecer siempre firme contra las influencias «de arriba». Que era el empleado y no el juez el que se tenía a la vista, lo muestra claramente el hecho de que al mismo tiempo se proclamaba la institución del Jurado en Inglaterra y Francia y se le otorgaba el arbitrio negado al juez ordinario. La estimación que las masas profesan aún hoy al Jurado (1) no estriba, como se ha dicho, en que los Jurados no son juristas, sino en que no son empleados.

3. De la concepción fundamental característica del Derecho político liberal se infiere una enérgica demanda en pro del órgano legislativo. Se suele denominar a este principio el de la codificación. Exige que, en cuanto sea posible para la técnica legislatora, se abarquen dentro del articulado legal todos los fenómenos imaginables de la vida; pero exige también al mismo tiempo que se destruyan todas las demás fuentes del Derecho, especialmente el consuetudinario. Así se originó la renovada demanda de obras legislativas que comprendiesen, regulándolas en su totalidad, amplios materiales, demanda que durante decenios fué rechazada por la escuela histórica, pero en manifiesta relación con las ideas, orientadas en sentido político, del Derecho natural. Nadie pondrá en tela de juicio que esta tendencia encierra mucho bueno y grandioso. A ella debemos los grandes hechos legislativos de la segunda mitad del siglo XIX, desde el Código general de comercio alemán hasta el Código civil, la Ordenanza de procedimiento civil austriaca y el Código civil suizo.

4. Pero había que hacer algo más con el juez. El moderno constitucionalismo ha procurado el enlace más estrecho posible de aquél con la ley escrita. Ha hallado realmente el medio de asegurar esta fidelidad legal del juez por toda clase de medios pequeños, pero con eficacia psicológica. Los dos más importantes son los siguientes:

a) En primer término, la obligación de fundamentar las resoluciones judiciales. Las modernas Constituciones han establecido el principio de que el juez debe basar sus resoluciones (las más impor-

(1) Esta estimación sólo puede descansar en consideraciones políticas, pues respecto a la inutilidad jurídica del Jurado se hallan de acuerdo las personas técnicas. (Vid. A. HELLWIG, *Psychologie der Urteilsfindung*, 1914, 38). Pero también los argumentos políticos son muy quebradizos. Véase la aplastante crítica de MEILI, en su obra *Der Zivil- und Strafprozess des Kantons-Zürich I*, (1882), págs. 14 y s.

tantes por lo menos), con los fundamentos legales de la decisión (considerandos). En esta exigencia de fundamentar por escrito (1) con textos legales sus resoluciones, justificándolas, poniéndolas de acuerdo con la ley, se encuentra una ligadura psicológica extraordinariamente eficaz que une al juez con la ley. Este es el verdadero motivo de la aludida exigencia. Un psicólogo italiano ha expuesto esto de una manera convincente (2). Los fundamentos de la resolución judicial tienen por objeto, no sólo convencer a las partes, sino más bien fiscalizar al juez con respecto a su fidelidad legal, impidiendo sentencias inspiradas en una vaga equidad o en el capricho.

Cuán adecuada y, en muchos respectos, cuán imprescindible es la exigencia de fundamentar los fallos, para encaminar al juez siempre hacia la ley, se ve claramente en el veredicto de los jurados, quienes, como se sabe, no necesitan fundar su resolución. No se alejarían con tanta frecuencia, ni tanto, de la ley y del Derecho conscientemente, como de hecho ocurre, si estuvieran obligados a fundamentar sus veredictos (3).

b) En segundo lugar, debemos mencionar la institución de los recursos (de revisión, apelación, casación). El recurso en general es admisible por falta de aplicación o aplicación indebida de una norma legal (violación de la ley). Para probar esto se establece un tribunal superior (tribunal imperial, supremo, federal, de casación), cuyos miembros, no sólo por su inteligencia, sino por su edad, son sometidos a una selección severa, y cuya tarea propia y especial es vigilar para que se cumpla el postulado de observancia de la ley. La instancia de revisión central, dado el propósito y forma de su establecimiento, es la guardadora propia de la ley. Todo juez tiene el deseo, comprensible, de dictar, en lo posible, fallos firmes contra la revisión, que no puedan casarse. Y si quiere esto, tiene que estar de acuerdo con la ley, o, más aún, con la interpretación que el tribunal supremo da a las leyes.

5. En Alemania y Austria la práctica jurídica se ha acomodado,

(1) En ciertos cantones de Suiza, p. ej. en el de Zurich, se usa también el fundamento oral, con deliberación pública. El resultado de la experiencia no es favorable a esta forma oral.

(2) VAOCA: *Sulla importanza psicologica della motivazione nelle sentenze dei giudici*; *Psiche*, 1912, págs. 862 y s.

(3) De un modo insuperable lo manifiesta así HENRY BERGSON, en *l'Opinion*, 1913, pág. 501.

sin resistencia, sin malhumor, a la presión impuesta. El juez, educado desde la época de los Estados absolutos en el servicio obediente, trasladó su respeto, que hasta entonces había ofrecido a la *voluntas regis*, sin salvedades, a la *voluntas legis*. El juez vió en la ley una inspiración divina. Se colocó, con respecto a ella, en aquella incommovible ortodoxia en que se colocó el luteranismo respecto a la Sagrada Escritura (1).

La práctica jurídica pudo, incondicionalmente, someterse, pero la Ciencia jurídica por lo menos, ¿no ha opuesto sus reparos contra este fuerte encadenamiento legal del juez, acaso demasiado fuerte? ¿La Ciencia —también la Ciencia jurídica— y su doctrina es ya libre!

Aquí hacemos ahora una notable observación: La vieja escuela jurídica histórica no era de ningún modo una adoradora de la ley escrita; más bien glorificaba el desenvolvimiento orgánico del Derecho consuetudinario, advertía los inconvenientes de la codificación y se entusiasmaba por el desenvolvimiento del Derecho por la Ciencia. Recordemos el trabajo de Savigny sobre la labor de nuestro tiempo (1814) en la legislación y la Ciencia jurídica, en donde se encuentra una sincera crítica (que traspasa el objeto jurídico) acerca de los Códigos civiles particulares que entonces, precisamente, acababan de publicarse; y recordemos también el clásico libro de Puchta sobre el Derecho consuetudinario. Este último era propiamente el niño mimado de la escuela histórica.

Pero esta escuela fué completamente infiel a sus ideales. En vez de trabajar en pro del desenvolvimiento según los tiempos del Derecho obtenido—en el sentido de formación de un *usus modernus* del nuevo tiempo—, se sumió en estudios propios de un anticuario detallista (2), desenterró textos amarillentos y tuvo la inaudita pretensión de que aquellos restos fragmentarios de una civilización ex-

(1) Vid. WEBER: *Die philosophische Scholastik des deutschen Protestantismus im Zeitalter der Orthodoxie*, 1913. Acerca del parentesco entre la ortodoxia legal y la creencia en las Escrituras ha escrito, de un modo muy convincente en especial RADBRUCH, *Archiv für Sozialwissenschaft*, 1906, pág. 366. Véase también v. ASTERK, *Münchener Allg. Zeitung*, 1908, pág. 124.

(2) El autor emplea aquí la palabra *Micrologie*, que pudiera traducirse por *micrología*, neologismo significativo del estudio de las pequeñas insignificantes. —N. del T.

traña, hace mucho tiempo enterrada, debían servir de normas reguladoras de la vida jurídica alemana del siglo XIX. Este modo de ver las cosas contrario a la Historia, tal como lo ha tenido la escuela jurídica histórica, no se había todavía conocido en la Historia del Derecho. Solamente un doctrinario desahuciado era capaz de descender a tales abismos (1).

Se ha sostenido que la escuela histórica ha predominado hasta fines del siglo XIX. Esta afirmación es equivocada. No la pura y genuina escuela histórica, sino más bien una sucesora de la misma: la escuela jurídica positivista, tuvo en los últimos decenios la supremacía.

Denominó a esta escuela jurídica positivista, no sólo por alusión a aquella dirección espiritual filosófica de igual nombre, que en el último decenio del siglo XIX se ha extendido considerablemente, y que muestra cierto parentesco con esta teoría jurídica, sino, y ante todo, porque tiene a bien volver a lo que se pretende, que es lo único positivo del Derecho; esto es: a la ley escrita que impresiona los sentidos.

El dogma de esta escuela jurídica era lo denominado positivo en todo Derecho. No hay—se sostenía—otro Derecho que el positivo. Pero Derecho positivo es solamente aquel que el Estado proclama y prescribe (2) como Derecho. La forma de esta proclamación es la ley. Se admite en teoría que junto a la ley hay un Derecho consuetudinario; pero en la práctica se olvida con frecuencia. Para todo problema, fuere cual fuere, tiene la ley dispuesta una solución. La ley no tiene lagunas. No hay ninguna cuestión jurídica sobre la cual no haya dado la ley una respuesta con una sola significación. La tarea de la ciencia jurídica (y por cierto la tarea única de dicha ciencia mientras no sea Historia del Derecho), es investigar el sentido de la ley, o como también se ha dicho, investigar la voluntad legislativa. Averiguar la justicia y congruencia de los resultados no es la labor propia del juez; la jurisprudencia no es la Política, y las consideraciones políticas debe dejarlas el juez al legislador, especialmente al Parlamento. El jurista debe detenerse en el Derecho que le

(1) Véase a este efecto a LANDSBERG: *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, II, pág. 222.

(2) La denominada teoría del imperativo no tiene ninguna relación con este punto de vista. Véase a REICHEL, en el *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, 1914, pág. 397.

suministran. Toda especulación y sutil ratiocinio sobre el Derecho, conduce a la infecunda Metafísica; los tiempos de la Filosofía han pasado, y el Derecho natural felizmente ha desaparecido.

Las obras científicas culminantes de esta tendencia consisten en el *Tratado sobre las Pandectas*, de Windscheid, el *Tratado del Derecho penal*, de Binding (1) y en el libro crítico de Bergbohms sobre Jurisprudencia y Filosofía jurídica (1896). Obras brillantes, en muchos aspectos insuperables, llenas de sagacidad e ingenio; obras de las que la ciencia jurídica alemana puede estar orgullosa; pero en absoluto, en su tendencia y disposición fundamentales, hijos engendrados por el espíritu positivista de los tiempos.

Esta ciencia jurídica positivista fué aquélla contra la cual ya en 1847 un osado pensador se revolvió con profundo descontento, negando a aquélla en redondo, el carácter y el valor científicos (2). La parcialidad y exageraciones de Kirchmann han sido como tales, demasiado conocidas y vituperadas (3); pero lo verdadero y justo que su libro contiene no se ha comprendido quizá, o no se ha querido comprender. Así es, que sigue siendo un predicador en el desierto. Tenía más que significación biográfica, simbólica, el que este hombre amargado, y que había pasado por duras pruebas, volviese constantemente la espalda a la Jurisprudencia «sin valor» y pasase exclusivamente el resto de sus días en los aires más puros de la investigación filosófica.

6. El nombre de Windscheid nos sugiere una observación incidental.

Windscheid era romanista. También el principal jurisconsulto de Austria, el insigne José Unger era romanista. Los más renombrados jurisconsultos suizos, durante varios decenios, lo fueron igualmente. La misma Francia, decididamente emprendió el estudio de la ciencia romanista. No hay que maravillarse si se lanzó la pregunta de si en la dirección del pensamiento que acaba de describir-

(1) No obsta a esta afirmación el que BINDING en su obra haya consagrado ciertos párrafos a una teoría liberal de la interpretación de la ley. Vid. el *Handbuch des Strafrechts*, I, 1888, §§ 96 y s.

(2) Véanse V. KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1847; y sobre esta obra: STERNBERG, *Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft*, 1908.

(3) Relativamente la mejor crítica la escribió F. J. STAHL, *Rechtswissenschaft oder Volksbewusstsein?*, 1848.

se, o por lo menos en la forma y manera en que precisamente el Derecho romano, por su peculiar manera de ser, debía de ser estudiado, tenía dicho Derecho algún interés. Polemistas modernos han contestado afirmativamente a esta pregunta. Casualmente se ha designado, en resumen, a la Jurisprudencia constructiva de Windscheid con el nombre de *Pandectología*, y a la reacción moderna se la ha caracterizado como «movimiento que nos liberta de Roma». Aún ha llegado un autor a sostener que el movimiento de Derecho libre es una reacción germánica contra el romanismo «matemáticamente concebido» (1). Nunca será bastante combatida esta concepción. El Derecho romano, y especialmente las obras de los juristas romanos clásicos, no son ni mucho menos escolásticas, constructivas, ricas en conceptos o como quiera llamarse. Por el contrario, precisamente la Historia del Derecho romano nos ha proporcionado el modelo de un «rey judicial» al que hoy todavía miramos admirados: la figura del pretor.

Los juristas romanos empero, no tenían nada de ciegos adoradores de la ley, sino que más bien, el modo liberal, y que sin embargo no tenía nada de caprichoso, con que ellos, al emitir sus dictámenes, acomodaban la ley a las necesidades del tráfico y de la buena fe, rellenaban las lagunas legales *ex bono et æquo*, suavizaban sus durezas introduciendo la *exceptio doli*, nos ofrece precisamente el modo más simbólico de una jurisprudencia realmente práctica y sincera (2). El que contradiga esto muestra con ello solamente que él puede haber oído a un colega pandectista de cierto estilo, pero que no ha leído él mismo nunca con inteligencia las Pandectas. Pero la tradición de la jurisprudencia romana en la forma del libro jurídico justiniano, no obliga a la escolástica extraña a la vida. Los fragmentos del Digesto no son artículos de un Código. El que, sin embargo, como a tales los considere, les da una fuerza que no poseen. Esto se ha visto muy claro en otros tiempos. Los comentaristas medioevales estaban muy lejos de interpretar el *Corpus Juris* sin tener en cuenta las necesidades de los tiempos. No obstante su creencia autoritaria, fuertemente impresa, interpretaban el libro jurídico más que con los auxilios de la dialéctica escolásti-

(1) ROGGE, *Zur Kritik des Rechts*, 1911, pág. 5.

(2) KIPP; *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*, tercera edición, 1909, páginas 4 y sig. KISS; *Archiv für bürgerliches Recht*, 1912, 214 y siguientes; EHRLICH, *Sociologie des Rechts*, 1918, pág. 197.

ca, en el sentido que demandaban el tiempo y las necesidades. Es generalmente conocido cuanto se hallaba en la masa de la sangre en los siglos XVII y XVIII el *usus modernus pandectarum*. Desde luego la escuela histórica no admitió esta manera de manejar con amplitud de criterio las fuentes. Esto no depende de las últimas; la distinta situación de las cosas tiene su fundamento en otros factores. Y realmente, ¿es que acaso los jurisconsultos no romanistas, los germanistas, criminalistas, procesalistas y publicistas siguen otro método que los romanistas? De ningún modo; lo repito: las Pandectas no tienen ninguna relación con la Pandectología, y otro tanto puede decirse de las conferencias dadas sobre aquellas. Sostengo, por el contrario, que una conferencia o lección sobre las Pandectas, bien entendida, correspondiendo al fin didáctico, es en muchos aspectos lo más libre científicamente de lo que puede darse en la Jurisprudencia.

Precisamente los jurisconsultos que han adoptado la tendencia del Derecho libre debían ser los más dispuestos a admitirlo. Ya una ligera ojeada sobre el articulado del Código civil alemán debe enseñarnos que en todas partes en que se adoptó el estilo de Windscheid en la Jurisprudencia constructiva articulada, se pasa del Derecho de las Pandectas al Código civil, como si se huyese del fuego y se metiese uno en las brasas (1).

De lo expuesto se infiere que se puede sostener con firmeza que los fundamentos de aquella Jurisprudencia lógicamente deductiva, tal como se intenta designarla, no se halla en el Romanismo, sino más bien en otros principios, especialmente en el dogma de la universalidad legal del Derecho político constitucional.

7. Las consecuencias de la aludida dirección mental fueron en parte buenas, y en parte peligrosas.

a) Consecuencias ventajosas: Por la formación de las leyes

(1) No se debían haber suprimido en Alemania las lecciones sobre las Pandectas, y Suiza no debe seguir este mal ejemplo. Las citadas lecciones son para la Ciencia jurídica lo que el contrapunto para la música y los estudios de antigüedades para las artes plásticas. No existen mejores cimientos para las respectivas enseñanzas.

En pro de volver a la enseñanza de las Pandectas se ha manifestado WENGER en *Das juristische Studium*, 1912, pág. 15; en favor de su conservación en Austria, MAUCZA, *Allgemein Gerichts-Zeitung*, 1918, página 442.

acomodadas a los tiempos, y en parte realmente sobresalientes (recuérdense la Ordenanza alemana sobre el cambio, el Código de comercio alemán, el Código civil sajón, el Derecho de obligaciones suizo, la Ordenanza imperial de concursos y la Ordenanza procesal civil austriaca), se dió a la Ciencia jurídica y a la jurisprudencia de los tribunales, un fundamento más digno de confianza que el Derecho consuetudinario, hasta entonces predominante. Por este procedimiento, el Derecho ha llegado a ser más claro, más visible.

También el trabajo de los jueces fué aligerado esencialmente. No hay justicia más cómoda y más fácil de administrar que la que tiene por norma la absoluta fidelidad legal; por lo menos, cuando las leyes son buenas. El juez solamente necesitaba conocer bien a la ley y saberla manejar; con esto quedaba cumplida su tarea. No necesitaba sumirse en profundas meditaciones; el legislador, este «gran sociólogo», pensaba por él. Era esta una división del trabajo que a muchos les parecía muy natural.

Otra ventaja estriba en la desaparición casi absoluta de los errores judiciales y del libre arbitrio de los jueces. El caballo guiado por la rienda va por el camino recto y no se desvía de él. Es aun para el juez poco inteligente, una guía segura la ley claramente escrita, y para el de carácter impetuoso, una barrera firme.

b) Pero frente a estas ventajas, aun cuando sean reales, se ofrecen desventajas y dificultades de mayor peso.

La función puramente intelectual del juez desciende de categoría. El juez, y el mismo jurisconsulto, se convierte en un autómatas que aplica lo general a lo particular y hace deducciones. No se le pregunta si el resultado de su labor es justo y equitativo, sino solamente si es conforme a la ley. Si esta es dura, se muestra precisamente buen jurisconsulto aquel que con más dureza la aplica. Así la jurisprudencia de los tribunales corre el peligro de mostrar cómo los jueces han perdido el cerebro, falto de funcionar, al mismo tiempo que el corazón y el alma. Se convierte aquélla en formulismo y escolástica petrificados. Se aprecian más los éxitos constructivos formales y las elegantes deducciones de los resultados útiles.

Todo esto era un grave peligro para el carácter del juez, para su personalidad y humanitarismo, leal. Por el sistema de seguir el canal legal paso a paso, el juez, hablo de la mayoría de ellos, pierde en sustancialidad y en energía. Aquel a quien se le trazó cuidadosamente cada paso, aquel a quien se priva de la resolución libre pro-

pia, a la postre termina por verse atrofiado en su energía mental, pierde la iniciativa, el gusto de la resolución, la intrepidez. Llega a convertirse en pedante y burócrata percioso que se ha acostumbrado a trabajar cada vez más según el patrón F. Una vez más se confirma el antiguo adagio: El que es tratado como incapaz, corre el grave riesgo de llegar a serlo y a obrar como verdadero incapacitado (1).

Pero todavía existe un peligro mayor, la observancia detallista y a la letra de una ley, a menudo muy casuística, es adecuada para embotar poco a poco el sentido jurídico originario del que aplica la última. Cuando el juez se contenta y ha de contentarse con que su sentencia sea un medio para seguir la ley, pierde lentamente la agudeza de sentido para el problema de determinar si su resolución está también justificada en su interior, de suerte que pueda considerarla justa ante su conciencia. Nada hay peor para la práctica del Derecho que ahogar y matar el sentimiento jurídico (2).

No todos, sin embargo, se dejan ahogar. Cuando se quiere ahogar a la naturaleza, ésta vuelve por sus furores para hacer valer sus derechos. Y si esto no ocurre por los caminos derechos, ocurrirá por los torcidos. Así sucedió también con respecto al juez sometido a la ley. Cuando una norma es demasiado estricta se buscan subterfugios para doblegarla. Esto ocurre en la enseñanza y se manifiesta en el servicio militar y administrativo; pero también hay ejemplos en la práctica jurídica. Muchos, precisamente los jueces mejores e interiormente los más hábiles, miran la inmensa multitud de leyes como una terrible cadena y como una losa que ahoga la conciencia. Como una cadena que, a menudo, impide alcanzar todo resultado recto y justo. Y así, toman caminos de encrucijada. Surgió de esta suerte aquel método, que un nuevo polemista ha denominado *criptosociológico*. Sobre el vocablo, que me parece errado, no he de discutir; las cosas pasan de esta suerte: primeramente pregunta el juez a su sentido jurídico, y obtiene un resultado que le parece justo, y después interroga a la ley. Si ésta coincide con aquel resultado, bien; pero si no ocurre así, entonces, o la ley no está expuesta

(1) Excelentemente trata este punto F. W. FOERSTER, *Staatsbürgerliche Erziehung*, 1914, pag. 66 y en *Süddeutsche Monatshefte*, 1914, páginas 249 y 267. Vid. STAMPM, *Freirechtsbewegung*, 1911, págs. 15 y 29.

(2) Vid. KIRCHMANN, ob. cit., pag. 6; SPIEGEL, *Gesetz und Recht*, 1913, pag. 69.

con libertad, o se comprueba que existe una laguna, o se adopta una resolución contraria a la ley, hay oposición jurídica y se retuerce el Derecho; más bien el caso mismo, la situación de hecho tanto tiempo oprimida y retorcida, llega a la resolución satisfactoria, se muestra como tal y como derivada de la misma ley. En Lógica se denomina tal procedimiento un sofisma; pero en Ética se le suele llamar la moral de los jesuitas, que justifica el medio por el fin (1).

Expondremos, para aclarar la materia, algunos ejemplos, en parte conocidos por todos.

La Ordenanza procesal civil alemana prescribe que los procedimientos sean orales; estos se preparan por medio de proposiciones escritas. Muchos abogados se limitan a leer en el acto del juicio muchas proposiciones. Es evidente que esto es convertir en farsa el procedimiento oral. Pero aun pasemos por esto. Se llega a la mentira sobre el procedimiento oral cuando en ciertas grandes ciudades los abogados se limitan a la petición de que el Tribunal considere como leídas las proposiciones escritas y los documentos aportados, y a pesar de ello, en el acta de la sesión se hace constar que se ha procedido oralmente. Esto es una inexactitud (2). Leer en una vista las actas, compuestas de cientos de folios y que se han leído íntegramente: esto lo declararía increíble públicamente un juez profesional.

En una ciudad alemana vivía un juez algo vulgar, en el que veían muchos compañeros de cargo el ideal de un juez realmente popular. A su nuevo secretario le saludó un día con estas palabras: «Usted debe ser un señor muy instruido, puesto que conoce usted seguramente la Ordenanza procesal penal, interior y exteriormente. Con tal sabiduría, no le puedo servir; pero puede usted aprender de mí dos cosas: primera, cómo se puede proceder mejor que según la Ordenanza procesal, y segunda, cómo se dispone un acta, en la cual mi procedimiento se armoniza con la Ordenanza procesal.»

Un ferrocarril había producido daños por unas chispas. A la Empresa y a sus empleados no les cabía ninguna culpa. La equidad exigía que el perjudicado recibiese una indemnización; pero no existía entonces ley de responsabilidad para el caso, porque la vigente únicamente concedía indemnización por culpa del que perju-

(1) Vid. STAMPE, *Die Freirechtsbevegung*, 1911, págs. 19 y siguientes; WILDHAGEN: en *Rieserfestschrift*, 1913, pág. 356.

(2) Vid. BERADT, *Der Richter*, pág. 67.

dicó. ¿Qué hizo entonces el juez bávaro para dictar una sentencia justa? Estableció simplemente el principio de que la Empresa había obrado culposamente; pero como la Empresa era un ferrocarril, era una culpa aquilina. Y por esta causa, había que juzgar al ferrocarril. El verdadero fundamento de la resolución era evidentemente otro; pero en el pretendido (la culpa), el mismo juez difícilmente hubiera creído.

SECCION TERCERA

CORRIENTES OPUESTAS

A fines del siglo XIX aparece un movimiento contrario. Se comprendió que el absolutismo de la ley sin lagunas no bastaba en todos los casos, y se consideraron muy peligrosos los cañinos tortuosos por los cuales se había tratado de escapar de este dominio. Esto convenció de la necesidad de llevar a cabo una revisión crítica de la posición del juez respecto de la ley, y eventualmente, emprender una reforma fundamental.

Las últimas raíces de esta corriente opuesta se encuentran en fenómenos que no solamente conciernen a la ciencia jurídica y a la práctica del Derecho, sino que más bien ofrecen un trozo de historia de la civilización en general (1). La inteligencia de la ley, de la tarea del juez y de su posición respecto a la ley, no son cosas aisladas; más bien dependen en alto grado de consideraciones generales de cultura, éticas, sociales y políticas.

Sólo puedo llamar aquí la atención sobre las causas esenciales más sobresalientes.

1. En primer término mencionaremos el individualismo y subjetivismo crecientes de la última época. Los principios del siglo XIX fueron tiempos autoritarios. La autoridad del Príncipe, la del Estado, la de la Iglesia, la de la moralidad objetiva, la del orden social establecido, dominaron el pensamiento y la acción del hombre. La

(1) Vid. Hæck, *Gesetzgebung und Interessenjurisprudenz*, 1914, en donde, pág. 308, se expone lo que debe ser la tendencia de una ciencia puramente jurídica.

encarnación filosófica más grandiosa de la idea autoritaria se encuentra en el sistema de Hegel; su realización práctica más grande en la constitución eclesiástica monárquica de Pío IX. El dogma de la infalibilidad era un triunfo de la autoridad. Pero contra esta idea autoritaria se levantó el individualismo moderno. Pensadores como Spencer y Nietzsche, poetas como Ibsen y Tolstoi, le predicaron, y masas cada vez mayores lo acogieron con entusiasmo. La creencia en dogmas autoritarios disminuyó en todos los órdenes; el respeto a las instituciones políticas disminuye asimismo por la crítica democrática y por las maquinaciones socialistas; el antiguo y severo orden moral recibe golpe tras golpe, cada vez más sensibles. La consecuencia fué la crítica de las autoridades. El individuo no quiso ya obedecer ciegamente; quiso ver el fundamento y el objeto de su obediencia. Con todo esto sufrió también menoscabo la autoridad de la ley. La idea de la santidad legal en muchos lugares ha desaparecido.

2. Acompañan a este espíritu individualista transformaciones en la Constitución política. Un espíritu democrático domina actualmente en esferas muy amplias, aun en las monarquías. Es una consecuencia lógica de la facultad cooperadora que las modernas Constituciones otorgan al pueblo en la legislación. El nimbo de «por la gracia de Dios» ha perdido desde entonces gran parte de su antiguo esplendor; el lugar de la Majestad es ocupado muy a menudo por la mayoría (un equivalente discutible) (1). Se criticaron con gran amplitud las leyes políticas de las instituciones del Estado. Junto a la voluntad del último, ganó cada vez más importancia la denominada opinión pública. Su lengua es la Prensa. Ésta se considera abogada de los intereses populares frente al Estado y al Gobierno, casi aun más que el Parlamento. La Prensa especial, con frecuencia acecha a la justicia. A los artículos más apreciados de la Prensa diaria corresponde la crítica de sentencias que se pretende son injustas y de las leyes que se estiman inconvenientes.

3. En los últimos decenios se ha desenvuelto el Estado en grado siempre creciente, hacia un Estado de cultura y bienestar. Los ideales manchesterianos del Estado únicamente jurídico (el Estado guardian) se han abandonado; se ha vuelto más bien al pensamiento del Estado-inspector. La intervención del Estado penetra en esfe-

(1) Vid. F. W. FOERSTER, *Staatshürgerliche Erziehung*, segunda edición, 1914, pág. 18.

ras de la vida cada vez más amplias, de suerte que se ha podido formar como palabra-reclamo la de «Intervencionismo» (1).

En conexión inmediata con esta ampliación de los fines del Estado se encuentra aquel fenómeno que se ha descrito ingeniosamente como «hipertrofia legal» (2). Un verdadero diluvio de leyes y reglamentos ha caído sobre nuestras cabezas.

Se creyó que con la panacea legal se podía curar todo y a todo el mundo, y así se ha cogido la manivela de la legislación muy frecuentemente para casos en los cuales no había ni pretexto para ello. La consecuencia desdichada era una forma legisladora demasiado apresurada e impremeditada. A esto hay que añadir que el Estado actual utiliza la forma legal para todos los fines imaginables, y regula con ella problemas cuyo contenido ético y significación fundamental es sumamente escaso. No lo es en cambio el número de leyes sobre bagatelas que se han dictado en los últimos tiempos.

Es evidente que por esta práctica el Estado no ha elevado el respeto a sus leyes. Preceptos legales de vida corta, de hoy a mañana desechados, leyes imponentes por su extensión más que por su peso, no son adecuadas para procurarlas autoridad especial. La excesiva reglamentación no es medio adecuado para que los Gobiernos ganen especial respeto. La intensidad de la autoridad política no se desarrolla por la extensión de la esfera activa. Si quieres hacerte valer, no te prodigues, es adagio que tiene aquí también su aplicación. De un modo inimitable se ha dicho: la espada que diariamente se utiliza como hacha para cortar leñas, aparece después embotada cuando estalla la guerra (3).

4. Pero no solamente han cambiado fundamentalmente las circunstancias políticas, sino también las sociales. Dirijamos nuestra

(1) BERNATZIK, *Rechtsstaat und Kulturstaat*, 1912; ROSENTHAL, *Wandlungen der Staatsaufgaben in der letzten Geschichtsperiode*, Discurso rectoral, Jena, 1913.

(2) Vid. EGGENSCHWYLER, *Die Hypertrophie des Staates und die Ohnmacht des Gesetzgebers*, *Schweiz Juristen-Zeitung*, 1912, pág. 337.

(3) Vid. v. LAUS, *Zum Problem des freien Ermessens*, en el *Zitelmannfestschrift*, 1913, pág. 49: «El que tiene que manejar diez mil artículos, y esto diariamente y a menudo, respecto al problema jurídico más sencillo, no puede valerse de ninguno de ellos, y en su consecuencia perderá todo aprecio hacia la ley...» Es excelente lo que dice F. W. FOERSTER (ob. cit., págs. 23, 27, 30, 32, 44, 49 y sig.) sobre la «furia de prescripciones legales».

mirada sobre el desarrollo y repentino cambio de todas las circunstancias económicas y generales de la vida, condicionadas por la potente industrialización. Las sociales han experimentado, bajo estas influencias, un cambio profundo. Las clases antes dominadoras han pasado a ocupar un lugar secundario; nuevas capas populares se han elevado. Organizaciones poderosas se esfuerzan por adquirir valor. Cada día aporta nuevas formas y nuevas necesidades. Con estas nuevas necesidades y exigencias no podía ir al paso la pesada ley. Apenas dictada, con frecuencia ya era anticuada y se demandaba una nueva. Cuanto más casuística y estrecha era una de ellas, tanto más pronto corría esa suerte. Así ocurría que en el último decenio la ley se hallaba frecuentemente retrasada con respecto al tiempo, no correspondiendo ya a las necesidades de hecho. Pero el juez que, fundado en tal ley, fiel a su deber, juzgase, tenía que dejar que le dijese o que su resolución es injusta o que está fuera de la realidad. Especialmente se escuchaba el reproche de que la ley, redactada abstractamente, no se acomoda suficientemente a las circunstancias de la vida, cada vez más complejas y con más matices, y que impide al mismo tiempo al juez dictar la resolución concreta que la índole especial del caso exigía.

5. El desenvolvimiento de la técnica y de la industria, a que acaba de aludirse, así como el del tráfico y comercio mundiales, han contribuido al mismo tiempo a formar un modo de pensar que solemos describir como industrialización, comercialización, en cierta conexión también como americanismo (1).

El pensamiento actual está fuertemente impregnado de negocio y utilitarismo; los puntos de vista de conveniencia y éxito ocupan un lugar secundario. Como la máquina representa la encarnación de la adecuación del medio con el fin, así el Estado y el Derecho, viniendo esferas de gran influencia, deben ser considerados desde el punto de vista de la utilidad que prestan (2). No se acoje ya como antes la ley en vigor con la sumisión del creyente, sino que antes se

(1) Vid. PILOTY en *Rheinische Zeitschrift*, 1914, pág. 220; por otra parte, MOLLWO, en *Hieserfestschrift*, 1913 pág. 458 (?).

(2) EGGENSCHWYLER (ob. cit. p. 340) dice: «Para los modernos directores de muchedumbres obreras el Estado es siempre un mal necesario, una empresa de negocios como otra, cuyos derechos sólo deben medirse por la bondad de sus servicios...»

Vid. STAMMLER, *Theorie de Rechtswissenschaft*, 1911, pág. 700.

pregunta: ¿Qué hará? ¿qué fomentará? ¿para qué servirá? Consideraciones de economía pública y privada se agitan, frecuentemente con indiscreción; en primer término, el denominado ideal social, exige con más imperio que antes que se le oiga. De cómo se ha extendido este modo de pensar, aun entre las asociaciones de juriconsultos, da idea, acaso más que otra cosa, el lanzar una ojeada a las tendencias de la denominada escuela del Derecho penal moderna o sociológica. Aun el castigo, antes predominante en absoluto, considerado desde el punto de vista ético, es mirado por los representantes de esta escuela especialmente por el fin que se propone y la utilidad que se consigue. El Derecho penal debe convertirse en un «Derecho de combate contra el delito».

6. Mencionemos aún otra característica de nuestro tiempo, característica famosa, que debe ser observada en esta conexión. Tal es la del esfuerzo hacia la realidad y sinceridad. En este modo de pensar tiene una parte que no se puede desconocer el hecho de que en nuestra época se halle predominando en nuestro pensamiento, en alto grado, el estudio de las ciencias naturales (1). Este modo de pensar utilitario, dirigido a la verdad seca, pugna con el trabajo; con la sutileza escolástica, las deducciones formales vacías, las ficciones contrarias a la verdad. Nuestro tiempo tiene una sensibilidad exquisita para lo ilegítimo y lo contrario a la sinceridad; y lo condena en absoluto. Considerada desde este punto de vista la actividad acostumbrada del jurista, y, por cierto, tanto la del abogado como la del juez, no debía parecer a muchos completamente digna de aplauso. La ficción jurídica tenía que suscitar, especialmente, una censura sin rebozo. Con aguda ironía se ha dicho: si un juez establece que el legislador o una parte ha querido evidentemente esto o aquello, hay que admitir que esto no lo han querido evidentemente. Y piénsese ahora cuán a menudo el juez, por la letra de la ley, se ha creído obligado a recurrir a la escapatoria de tal ficción para poder evitar un resultado completamente funesto.

7. Pero no solamente desde el campo de las Ciencias naturales, sino también del de la del espíritu vienen hacia aquí voces críticas e impulsos positivos.

Tenemos que recordar ahora una corriente científica espiritua-

(1) A la verdad tampoco faltan las sombras. Precisamente el inestimable pensamiento del naturalista ha contribuido mucho a debilitar el juicio ético.

lista, la significación de cuyo programa no ha sido puesta aún bastante de relieve. Nos referimos a la desviación en el siglo XIX del intelectualismo y logicismo parcialmente dominante, por efecto de la Filosofía alemana clásica. Esta tendencia se opuso recientemente a una corriente más voluntaria que, en parte, recibe matices muy diversos (Schopenhauer, Hartmann, Darwin, Nietzsche, Wundt, Windelband, Rickert, Husserl y otros), cuya concepción fundamental común empero consiste en lo siguiente: lo decisivo y determinante en la vida humana no es el intelecto, sino el querer (y el sentir). El hombre no es solamente una máquina pensante. También el pensamiento (aun el científico), está entremezclado en todas partes con elementos volitivos. Junto a los juicios se hallan las censuras, junto a lo inestimado lo estimado, el pensamiento emocional (sensibilizado). A la esfera del último pertenece también especialmente el pensamiento jurídico (1).

8. En cierta conexión con esta revolución del pensamiento filosófico se halla una renovación (largo tiempo malamente descuidada) de la Ética y Filosofía jurídica, especialmente cierta tendencia a la renovación conforme a los tiempos de la idea utilizable del antiguo Derecho natural. El pensamiento filosófico, nuevamente despierto, se puso a la defensa contra el yermo del positivismo. La Filosofía se hallaba cansada del mero registrar y hacer constar hechos; quería que se estableciesen principios fundamentales y puntos de vista que sirviesen de norma y no quería retener más tiempo la crítica de la esencia de dichos puntos de vista. Se pidió una crítica del Derecho positivo hecha desde mayor altura. En este respecto hay que nombrar ante todo a Rodolfo Stammler. La teoría de este escritor sobre el Derecho justo (*Richtigen Recht*, 1902) pertenece, en todo caso, a la aludida esfera del pensamiento jurídico en tanto en cuanto ha agudizado la vista para el problema.

¿Cuándo está fundada en la realidad una ley (o una resolución judicial), es adecuada en su contenido, justa? Este problema fué indebidamente relegado a segundo término durante largo tiempo. El positivismo inclina al fatalismo; admite lo dado porque existe, pero el problema de si lo existente, medido con una norma ultra-empírica, es bueno y es justo, o lo aparta sin resolverlo o lo resuelve con el recurso tan fácil como deficiente de que lo empíricamente dado

(1) Vid. H. MAIRE, *Psychologie des emotionalen Denkens*, 1908; LASK, *Die Lehre vom Urtheil*, 1913.

por serlo históricamente, es también la norma de lo justo. En especial la antigua escuela jurídica-histórica ha pecado gravemente en este respecto.

En los últimos tiempos, repito, se ha empezado a pensar de otro modo. Precisamente el sentido histórico no se ha desarrollado muy fuerte en la actualidad; en algunas partes es hasta peligrosamente débil. Pero por eso caracteriza a nuestro tiempo, independiente de una inclinación no siempre favorable hacia la crítica, un evidente e innegable fortalecimiento del sentimiento jurídico, de la conciencia justa social. Esto es una ejecutoria de gloria para nuestro tiempo. Contra las leyes y las sentencias injustas acaso no se ha reaccionado en ningún tiempo tan sensiblemente como en el nuestro.

9. Y ahora, por fin, aún una palabra sobre la misma judicatura. Esta se caracteriza por un espíritu conservador tradicional. La actividad judicial, que preferentemente espera el desarrollo de un litigio y lo juzga, fomenta este rasgo característico, quizá más aún que su educación burocrática y la disciplina obediente del cargo. Durante largo tiempo permaneció el juez como inmovible ante la nueva tendencia; pero finalmente tampoco ha podido escapar a ella. La continuada crítica demoleadora de las sentencias judiciales «ajenas a las necesidades de la realidad» y en muchos lugares también el intento de poner en tela de juicio el problema antes aladido de la independencia judicial, han conducido al juez a recordar lo que debe a sí mismo y a la dignidad de su cargo. Así surge un movimiento que pertenece a los fenómenos propios del próximo pasado; me refiero a las formaciones de asociaciones de jueces acaecidas en Austria y en el Imperio alemán (1). Se ha querido ver en estas organizaciones una expresión de tendencias democráticas, una imitación de las asociaciones gremiales constituidas para el auxilio mutuo de los asociados.

Dudo muchísimo de que esto sea exacto. En todo caso, en un Estado absolutista no se hubiese tolerado tal cosa contraria a la dominación o señorío; hubiese sido también difícil que en ese supuesto se le ocurriese tal atrevimiento a ningún juez. Las asociaciones judiciales modernas están muy lejos de suponer algo contrario a la autoridad política; se limitan a la defensa de lo que estiman que son sus derechos reconocidos y justos. Sería un error muy grave

(1) Vid. la agitación fundamental de los jueces austriacos en BERKHARD, *Der Richter*, 1909, pág. 29.

sospechar de la lealtad de tales corporaciones. Más bien son la expresión de la diferente manera de considerar la esencia de la judicatura según los tiempos. Su comparación con las asociaciones gremiales peca de equivocada. El fin principal y propio de las asociaciones judiciales no estriba en la obtención de soluciones favorables en problemas relativos a la categoría y a los sueldos; su fin principal es más bien, originariamente, la defensa contra los ataques injustos a la judicatura y a las restricciones indebidas a su independencia (1). El juez se apoya en el juez contra una acentuación demasiado parcial de su carácter de empleado. Con razón, las asociaciones judiciales han puesto en primera línea llevar a su programa las leyes judiciales pragmáticas, de servicio especial para los jueces. Aun cuando las asociaciones judiciales en sus comunicaciones se quejan ante las autoridades administrativas de las ofensas infringidas a los jueces, aun entonces, no alegan en primer lugar motivos materiales, como la manía de títulos y condecoraciones, sino más bien una causa más profunda, esto es, el deseo de que la elevada función del juez sea reconocida en su exterioridad como de igual valor que la de los empleados administrativos. También pueden ser movidos por el anhelo de obtener, en mayor grado que hasta ahora, el libre arbitrio de que disfrutaban los funcionarios administrativos (2).

(1) REICHEL, *Recht und Wirtschaft*, 1912, pág. 2.

(2) W. JELLINECK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, 1913, pág. 7, dice: «El juez es más libre que el empleado administrativo, en cuanto aquél obedece solamente a la ley, no a las autoridades superiores a él. En cambio, el empleado administrativo es más libre que el juez porque obra con más frecuencia que éste, según su libre arbitrio.» Vid. también BOASSON, *de rechter tegenover de vrijheid der administratie*, Gronningen, 1911.

SECCION CUARTA

LA EMANCIPACIÓN DEL JUEZ

En lo que antecede se han esbozado los movimientos más importantes sociales espirituales, que llevaban consigo una revisión de la teoría hasta entonces existente, acerca de la suficiencia total de la ley.

Después de haber preparado así el suelo, pudo ya arrojarse una nueva y abundante semilla. Una literatura muy variada se ocupó en seguida en los nuevos problemas.

No puede pedírseos que en este lugar demos notas bibliográficas completas. Sólo mencionaremos brevemente las publicaciones más notables. Desde luego se comprende que acerca de la contestación a la pregunta: qué publicaciones sean más notables, habrá diversidad de opiniones. Según el gusto de cada cual se estimará que se ha considerado demasiado importante a una y poco a otra; pero esto no puede evitarse.

I. Mencionemos en primer término a una serie de autores que comunmente son considerados como «precursores de la escuela del Derecho libre».

1. El primero entre estos por orden cronológico, fué Rodolfo Ihering. Este significado escritor, mantuvo al principio la teoría tradicional. Su *Espíritu del Derecho romano* (1), obra en la cual, aun los más enconados adversarios encuentran muestras de gran ingenio, constituye para la Jurisprudencia interpretativa, para la dirección «del Derecho para el derecho», el último gran monumento duradero por largo tiempo. Es de advertir que el mismo Ihering ha sido más tarde infiel a esta tendencia. Así como el tránsito de la concepción jurídica del Derecho natural a la concepción histórica se ve con mayor claridad en Fichte, así el de la vieja a la nueva concepción de la ley, se puede seguir mejor que nadie en Ihering. Es testimonio de gran movilidad espiritual y de carácter franco el que Ihering en

(1) *Geist des Römischen Rechts*, 4.^a y 5.^a edic. de 1881 a 1891. Hay versión española por ENRIQUE PALACIOS Y SATORRAS, Madrid, 1891, 4 tomos en 4.^o.—N. del T.

sus últimos años reconociese que era una falsa apariencia el sueño de su juventud, y que se haya esforzado seriamente por conseguir una nueva orientación de la ciencia jurídica. Ihering fué el primero que se atrevió a burlarse de los elevados conceptos jurídicos, a destronar a sus ídolos tonantes. Y no se detuvo en esta actitud negativa: su espíritu totalmente positivo buscó más bien un fundamento también positivo a la ciencia jurídica, y lo halló en la conexión con el fin del Derecho (1). «El fin es el creador de todo el Derecho». Con esta frase, que hace época, ha reanudado inequívocamente la relación con el Derecho natural y ha adquirido al mismo tiempo el título, si no de fundador, por lo menos el del precursor más importante de la moderna ciencia jurídica-teleológica. Pero, a la verdad, su famosa obra *El fin en el Derecho* es, tanto exterior como interiormente, incompleta, y últimamente no ha resultado satisfactoria. Ihering fué un hijo de su tiempo, y no pudo, con todo su genio personal, contrarrestar los defectos de su educación juvenil. Carecía de instrucción filosófica fundamental. Filósofos de profesión han puesto esto de relieve repetidamente. Especialmente su Ética carecía de cimientos profundos. Y ¿cómo se va a cultivar la Filosofía jurídica sino sobre el fundamento de la Ética? Quedó empantanada la Ética de Ihering en un mezquino utilitarismo. La Filosofía jurídica de este escritor es una brillante tecnología del Derecho; en cambio, su base moral se apoya en terreno movedizo. Nunca ha traspasado los límites marcados por la protección de los bienes y de los intereses (al servicio del egoísmo social). Ihering, aun el Ihering del *Fin del Derecho*, era y continúa siendo, en el sentido filosófico de esta palabra, un positivista. Con decir esto quedan suficientemente determinados sus límites. Sólo de lejos pudo contemplar la tierra prometida. Pero por eso no queremos rebajarle un ápice la fama que merece, por ser uno de los primeros y de los que con mayor entusiasmo ha tenido el anhelo, durante toda su vida, hacia aquella tierra, y por haber inspirado dicho anhelo a miles que eran menos grandes que él.

2. Tiene cierto parentesco espiritual con Ihering el delicado Dernburg, digno de estimación. Por todos sus escritos, y sobre todo por su obra principal el Derecho privado prusiano (*des Preussische Privatrecht*), merece una gran consideración; no sólo por su efi-

(1) *Der Zweck im Recht*, 3.^a edic., 2 volúmenes, 1884-1886. Hay traducción española: (*El fin en el Derecho*), por L. RODRÍGUEZ. Madrid, (s. a.), en 4.^o.—N. del T.

ciencia utilitaria, sino también, y esto es de más peso, por la justicia social. Nunca, ni aun en los casos más graves, ha titubeado Dernburg en ayudar a vencer a esta justicia contra el seco sentido literal (de la ley), y muchas de sus decisiones son de sentido más acentuado de «Derecho libre» que las que hubiesen emitido muchos de los apóstoles del último. La insuficiencia de la ley escrita fué de pocos tan bien conocida como de él; y, así pues, precisamente Dernburg ha predicado otra vez con especial energía el principio del antiguo Derecho natural según el cual, junto a la ley, ha de reconocerse también como fuente jurídica la naturaleza de las cosas, tan calumniada. Tampoco podía faltar —añadía— la luz de la Filosofía. Se puede estimar dudoso que realmente Dernburg haya poseído gran talento filosófico:

3. Más atrevido y más progresivo que Dernburg se nos ofrece José Kohler. Educado en el ambiente más libre del Derecho franco-renano, conforme a su temperamento fogoso, poco inclinado al encadenamiento pedantesco, tomó desde su juventud el camino que conduce a la aplicación libre de la ley, tanto teórica como prácticamente. En su manual sobre interpretación legal (Grünhut, 13, 1 y siguientes) (1) se hallan con bastante claridad expuestas todas las ideas que después han proclamado los modernos mantenedores del Derecho libre, por lo menos en su principio fundamental. Las leyes son interpretadas, no según la probable «voluntad del Legislador», sino más bien según la naturaleza de la cosa y las necesidades del estado de la cultura. Si éste cambia, debe cambiar correlativamente la interpretación de la misma ley. La interpretación legal es un caso de acomodación, una parte de la política cultural. Desde luego se comprende, que Kohler acogió ya al principio con cálido interés, el denominado movimiento en pro del Derecho libre y que se ha manifestado de acuerdo en todo lo esencial con las opiniones de los mantenedores de dicho movimiento (2). Indudablemente que, en

(1) Vid. también el anuario de *IURIS* (*IURIS Jahrbücher*) 25, página 262 y sig., (sobre la fuerza engendradora de Derecho de la Jurisprudencia) *Analogie* y la doctrina interpretativa de KOHLER es la de WACH COSS. *Handbuch des Zivilprozesses*, I (1885), 254 y sig.

(2) Cons. el *GOLDHAMMER'S Archiv*, 60, 186, en el que se dice: «Es evidente que lo que quiere la nueva escuela de los prácticos no es otra cosa que la admisión y la ejecución en la práctica de todo lo que yo hace años, he enseñado; pero esto, los prácticos no quisieron reconocer»

cierto sentido, se puede designar a Kohler como el primer partidario de la aludida tendencia. Sin embargo, con la doctrina sostenida por muchos escritores modernos, según la cual el juez puede, dadas ciertas circunstancias, dictar su resolución, en contra de la ley no se halla identificado Kohler. Este afirma más bien (y ya ha hecho alusión a ello en su publicación sobre la sentencia de Porcia) que el juez debe en cada caso dado, apreciando la probabilidad de la justicia, escudriñar, en cierto modo (de arriba abajo), la ley; debe dictar buenas sentencias con malos fundamentos. No trato de averiguar si Kohler en la actualidad mantiene todavía esta opinión; lo dudo mucho.

4. En varios trabajos (1) Erich Danz se ha referido a la insuficiencia de la ley escrita y a la imperiosa necesidad de tener en cuenta, al lado de la ley, al Derecho consuetudinario, tal como lo entiende el pueblo y se muestra en los usos de la práctica diaria de las gentes. No tratamos aquí de investigar si es acertada o no su identificación de los usos con el Derecho consuetudinario; lo indudable es que Danz ha vuelto a indicar enérgicamente la necesidad de atender de nuevo al problema del Derecho consuetudinario. Además, Danz, en los últimos tiempos ha puesto de relieve, en grado siempre creciente, la función final de la ley y la necesidad de derivar su interpretación de su fin (2).

5. Rodolfo Stammler (3), enlazándolo con el proceso mental,

lo, porque no podían separarse del canon de WINDSCHIED y solían enseñar más comentarios que trabajos científicos. No obstante, puedo esperar que lo dicho sea reconocido en la actualidad.»

(1) *Auslegung der Rechtsgeschäfte*, tercera edic., 1911; *Laienverständnis und Rechtsprechung*, 1898; *Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz*, 1908; *Einführung in die Rechtsprechung*, 1912; *Richterrecht*, 1912.

(2) Vid. la necrología de NIEDNER, en *Schweiz. Jur. Ztg.*, 1914-15, pág. 180. Guardau cierta semejanza con las opiniones de DANZ las de KORNELO, *Soziale Machtverhältnisse*, 1911 (a este propósito REICHEL, Lit. C. Bl., 1911, pág. 989). Vid. también ROLIN, *Prolegomènes à la science du droit*, 1908 (cons. a REICHEL, *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 140, 201).

(3) *Die Methode der geschichtlichen Rechtslehre*, 1888; *die Lehre vom richtigen Recht*, 1902; (a este propósito vid. REICHEL, en *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 124, 232); *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911.

kantiano, sometió el método de la teoría jurídica-histórica a una severa crítica; volvió más bien al Derecho natural, y justificó esta concepción anti-histórica, retrotrayéndose a un procedimiento de crítica formal, cuyo método abstraigo conscientemente del contenido peculiar, históricamente condicionado, de la voluntad jurídica. Con agudeza axiomática, señaló la profunda diferencia existente entre el Derecho legal y el Derecho justo. Puso de relieve, no sólo la necesidad de comprobar si todo el Derecho legal era justo, sino que indicó también al juez que interpretase el Derecho legal, en lo posible, en un sentido tal, que su resolución se hallase de acuerdo con los principios fundamentales del Derecho justo. Stammler se ha opuesto a la teoría denominada del Derecho libre (obra citada en la nota anterior, pág. 46); la causa fundamental de la acción según los sentimientos, sostenida en primer término por muchos partidarios del Derecho libre, no podía realmente armonizar con su concepción fundamental, intelectualmente ordenada. Asimismo, sería muy equivocado creer que los escritos de Stammler no han ejercido una influencia fuertemente co-determinante sobre la corriente espiritual actualmente dominante. Ya antes se indicó que la crítica legal de Stammler ha contribuido de un modo notable al refinamiento de la conciencia de lo justo. Pero por otra parte, sólo se necesita pasar revista a cada una de las decisiones dictadas por el mismo Stammler, en la Práctica de su Derecho justo («*Praxis*» de su *Richtigen Rechts*), para reconocer que muchas de ellas, en lo que se refieren a espíritu liberal ante el texto de la ley, no pueden ser superadas por las dictadas por los partidarios del Derecho libre. En realidad, observamos nosotros que, a menudo, estos últimos, que creen en principio estar muy alejados de las opiniones de Stammler, sin embargo, en cuanto a los resultados coinciden completamente con las mismas (1).

6. El año 1885 se publicó un discurso rectoral en Leipzig por Oscar Bülow, que es uno de los trabajos más importantes de los que se han publicado acerca de la relación del juez con la ley (2). La médula de este discurso consiste, en combatir el dogma de que

(1) BRÜTT, en su *Kunst der Rechtsanwendung*, 1907 (consúltase al efecto a REICHEL, Lit. C. Bl., 1907, 1536) intentó una síntesis de las opiniones de KOHLER y STAMMLER.

(2) *Gesetz und Richteramt*, 1885. Las opiniones de BÜLOW han ejercido gran influencia sobre la Filosofía jurídica de WUNDT.

la ley abstracta por sí sola sea suficiente para ordenar la vida jurídica de un modo definitivo. Por el contrario, como puso de relieve Bülow, se necesita siempre que el precepto general contenido en la ley sea concretado por la respectiva función del juez referente a cada caso individual.

No sólo el legislador, sino también el juez, tiene, por consiguiente, una actividad creadora jurídica; la producción jurídica la comparten ambos, de tal suerte que el legislador suministra el proyecto y el plano, mientras que el juez ejecuta aquél y edifica conforme a éste. No sólo la ley, sino ésta y la judicatura conjuntamente, suministran al pueblo su derecho. Con esto, el dogma de Montesquieu se destruye en sus cimientos. Ciertamente es que el juez ha de considerarse incondicionalmente obligado por el orden general de la ley; Bülow rechaza las pretensiones de ciertos partidarios del Derecho libre (1).

7. En digna oposición al mencionado discurso rectoral, se muestra el delicado discurso cancilleresco de Gustavo Rümelin, sobre los juicios acerca del valor y las resoluciones de la voluntad (2) (1895). Completamente errónea — dice este escritor polígrafo — es la opinión que sostiene que el juez, al aplicar la ley, sólo realiza una actividad intelectual deductiva, y que es, por lo tanto, un mero autómatas deductivo. En un sinnúmero de casos, y precisamente en los más importantes, más bien el juez emite apreciaciones respecto de las cuales recurre menos a su cerebro que a su corazón, es decir, a sus apreciaciones éticas. ¿Qué sea defecto importante de una cosa comprada? ¿Cuál sea un fundamento importante para la rescisión de un contrato? ¿Una negligencia grave de los deberes? ¿Qué es lo que pugna contra la buena fe, contra las buenas costumbres? Todo esto son conceptos acerca del valor de las cosas que no se pueden obtener por simple razonamiento (3).

(1) *Recht*, 1906, p. 769.

(2) *Werthurtheile und Willensentscheidungen*. Vid. *Juristische Begriffsbildung*, 1878.

(3) Va demasiado lejos RIZLER (*venire contra factum proprium*, 1912) cuando dice, en la pág. 125: «Lo que en la violenta discusión entablada por los partidarios del Derecho libre, sobre el conocimiento metódico, ha resultado de valor permanente, ha sido ya anticipado sin debate en este discurso. Por el contrario, toda una serie de puntos importantes no los explica en el último.»

8. Análogas tendencias se manifiestan en el discurso rectoral de Basilea, magistral, claro y positivo, de Carlos Wieland (1). Influído, como Rümelin y otros, por la filosofía cultural de Windelband y Rickert, se inclina Wieland, con graves palabras, contra aquel mejoramiento de la escuela histórica, que describe como falso historicismo. La tesis planteada con acentuación, la comprensión científica de un Derecho, se infiere sólo de su historia (2), se muestra como no demostrada e indemostrable. La Filosofía de la Historia enseña más bien precisamente lo contrario. Una descripción histórico-científica presupone ya un patrón de valor ultra-histórico; pues sin este patrón falta toda regla de elección. Es, por consiguiente, un círculo vicioso querer formar el patrón que sirva para juzgar un Derecho derivándole de su misma historia. Frente a este método, falsamente histórico, se preferirá un «método crítico» de la ciencia jurídica, que proceda según normas rectas ético-teológicas.

II. Y vamos ahora a los que propiamente deben ser considerados partidarios del Derecho libre. La escuela del Derecho libre es el puesto más avanzado de aquel importante movimiento. No todos los que se han adherido a él pertenecen a dicha escuela; los que antes hemos mencionado, excluyendo acaso a Kohler, están lejos de admitir los postulados de ésta.

Corresponde decir en este lugar algo sobre la denominación de la misma. Se formó la palabra *freirechtliche* (de Derecho libre, liberal jurídica), como calificativo aplicado a la tendencia (y a la escuela), a imagen de otra *freireligiöse* (liberal religiosa), que califica a cierta tendencia religiosa. Sin embargo, no se puede decir que la manera de derivarla sea de buen gusto. *Freireligios*, es libre pensador, el que piensa libremente en la esfera religiosa. Pero, ¿qué o quién es *freirechtlich*? (Liberal jurídico). Y en conclusión, ¿qué es *freirecht*? (Derecho libre). Puedo imaginarme una «invención jurídica libre», una «ciencia jurídica libre» (Ehrlich), esto es, una jurisprudencia y ciencia jurídica que se libere de ciertas ligaduras, quizá de las de la ley. Esto tiene sentido. Pero bajo un Derecho libre puede cada cual pensar lo que quiera; y sea lo que sea la expresión Derecho libre, tendencia jurídica libre, se ha connaturalizado con nosotros y fuera imprudente no contar con este hecho.

(1) *Historische und kritische Rechtswissenschaft*, 1910.

(2) GIERKE. *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, 1903, pág. 7.

1. Como primer partidario de esta escuela, por orden cronológico, debe ser mencionado el austriaco Eugenio Ehrlich (1). Fué el primero que sometió a una crítica fundamental y sincera el dogma de la ley sin deficiencias. En aquello sobre lo cual la ley no contiene ningún precepto, ni puede éste ser derivado por medio de la interpretación, allí existe precisamente —dice Ehrlich— una laguna que hay que llenar por consideraciones *ex bono et aequo*

2. Semejantes opiniones expresaron muy pronto después en Francia Gény (2) y Lambert (3). Es un error creer que la ley y el Derecho consuetudinario sean fundamentos completamente suficientes para dictar toda clase de resoluciones judiciales. Al lado de aquéllos y en una esfera mucho más amplia, se encuentra el libre pensamiento científico, que nos invita a resolver cada caso jurídico según la naturaleza de las cosas, según la justicia y las conveniencias sociales.

Aquí estará en su lugar una observación incidental sobre el juez francés y su situación con respecto a la ley. El juez francés, sobre todo el del Tribunal de casación de París, se halla en una situación respecto a la ley mucho más libre que sus colegas alemán y austriaco. Fué a este efecto decisivo el espíritu liberal del Código civil. Apenas se puede concebir una mayor oposición que la existente entre el Derecho general territorial prusiano, por una parte, y el Código civil francés, por otra. Allí donde la ley prusiana ha tejido al juez una red finísima de innumerables preceptos casuísticos que le aprisionan, se limitó el Código francés a unas pocas reglas generales lapidarias, dejando todo lo demás confiadamente al arbitrio del juez. Es evidente que, dada esta diferencia de conducta, se formó en Francia la judicatura consciente, muy distinta de la que fué posible engendrar por el sistema de Federico (4).

(1) *Lücken im Recht*, 1888; *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903.

(2) *Méthode d'interprétation et sources en droit*, 1899 (con prólogo clásico de Salicrú); *Science et technique en droit privé positif*, 1914. Influidó por Gény: *Méthode positive de l'interprétation juridique*, 1907, por EYCKEN.

(3) *La fonction du droit civil comparé*, 1905.

(4) Ha logrado cierta fama el juez francés MAGNAUD con sus sentencias salomónicas, inspiradas en la equidad. Considerarle como el tipo del juez francés, sería cosa, a la verdad, sumamente trastocada, y

3. Se hubiese conocido si en Alemania se hubiese puesto atención especial en el modelo francés. Pero esto ocurrió solamente en casos aislados. Aun en la jurisprudencia del Senado renano del Tribunal imperial hay pocas huellas de haberse seguido tal modelo. Por el contrario, al juez alemán se le mostró el modelo inglés. El verbo de esta concepción fué Franz Adickes. Ya siendo referendario nuevo había publicado este escritor sus primicias como tal, en las que manifestaba que, al lado de la ley y de la costumbre, había que considerar como tercera fuente jurídica de igual valor que aquellas dos, la naturaleza de las cosas (1). Pero esta naturaleza es solamente una expresión objetivamente concebida, para significar el sentimiento jurídico subjetivo del juez. El ideal de este sentimiento jurídico, que libremente gobierna, lo vió Adickes más tarde encarnado en la jurisprudencia del juez inglés, y no se cansó de ponderar el procedimiento judicial británico como un modelo digno de imitación para el alemán (2). Decía repetidas veces que juzgar es más que asunto propio del entendimiento, cosa propia del corazón y del carácter.

Así, pues, en primer término hay que formar y educar personalidades judiciales libres y rectas, reyes judiciales, según el modelo inglés. Si el juez inglés realmente se complace en poseer el imperio pretoriano que Adickes le adjudica, o si más bien está ligado por los prejuicios y por la fuerza del precedente, mucho mayor en Inglaterra que en el Continente, son problemas que en este momento no hemos de examinar (3).

4. Ya Adickes transportó predominantemente el punto a debatir al dominio del Derecho público, esto es, del Derecho procesal

difficil que lo admitiesen sus perspicaces [compatriotas. Jueces aislados de la clase de MAGNAUD los hay, por lo demás, en todos los países.

(1) *Zur Lehre von der Rechtsquellen*, 1872. Vid. ВИСНОВЪ, *Die Natur der Sache als Rechtsquelle*, 1895. Análogas opiniones expresa SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, 1876; *Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften*, 1908.

(2) *Stellung und Tätigkeit des Richters*, 1906; *Grundlinien durchgreifender Justizreform*, 1906.

(3) Vid. MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *das Imperium des Richters*, 1906; GERLAND, *die englische Gerichtsverfassung*, 1910; REICHEL, *Lit. C. Bl.*, 1910, 685; KISS, *Archiv für bürgerliches Recht*, 1913, pág. 265; HIRSCHFELD, *D. J. Z.*, 1914, pág. 162.

judicial. Puntos de vista jurídico-políticos desarrolló Spiegel (1). La teoría interpretativa del Derecho común, es para él una «herencia del Estado absoluto» de la obediencia del súbdito anterior a la revolución alemana de 1848. Quien sea su partidario, lo es al mismo tiempo del absolutismo del Estado. Esta concepción no la considera ya Spiegel como de política actual.

5. Forman un grupo especial, cerrado, dentro de la escuela del Derecho libre, los representantes de la denominada jurisprudencia de los intereses. Ante todo hay que mencionar a Stampe (2), Heck (3) y Müller-Erzbach (4). Con diversas desviaciones del método constructivo, ven estos autores el principio regulador de la jurisprudencia en la apreciación de los intereses típicos de los contendientes, entre los cuales hay que incluir también el Derecho defensor del Estado. La facultad de dictar una resolución aun contra la ley, se admite solamente en caso de necesidad extrema (cuando ocurra una calamidad social), y sólo con limitaciones y cautelas especiales. Pero entonces debe aquélla francamente manifestarse como tal. Encubrirla con el manto de una interpretación restrictiva o con subterfugios análogos es condenado como procedimiento hipócrita (5).

6. Predominantemente, bajo la influencia de Windelband y Rickert (6) ha hecho Max Rumpf la tentativa en diversos trabajos (7) de un método de aplicación del Derecho. Lo insostenible de la opinión corriente, según la cual el juez no es otra cosa que una máquina de

(1) *Gesetz und Recht*, 1913.

(2) *Unsere Rechts- und Begriffsbildung*, 1907; *die Freirechtsbewegung*, 1911; *Grundriss der Wertbewegungslehre*, 1912 (a este propósito REICHEL en *Lit. C. Bl.*, 1913, p. 530).

(3) *Das Problem des Rechtsgewinnung*, 1912; *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914; vid. *D. J. Z.*, 1905, p. 1.140.

(4) *Gefühl oder Vernunft als Rechtsquelle*, 1913; *die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zuseck des Gesetzes* 1913.

(5) Análogos razonamientos se hallan en WESTENDORFER, *Arch. civ. P.*, 110 (1913), 219 y ss. Vid. también HUCK, *Gesetzesauslegung*, p. 284.

(6) WINDELBAND, *Geschichte und Naturwissenschaft*, 3.ª edición, 1904; RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 1899.

(7) *Gesetz und Richter*, 1906 (a este propósito REICHEL, *Rhein Zeitschrift*, 1909, 154). *Der Strafrichter* I, 1912, II, 1913. La crítica, con éxito personal efectuada, del Dr. PРЕННИНОВА (*Schweiz. Jur. Zeit.*, 1913, p. 128), no puedo admitirla como apreciación objetiva.

inferir consecuencias y deducciones, ha sido puesta de relieve por el aludido escritor. La regla de interpretación y el arte constructivo (o comentador) usuales—añade—se han manifestado en parte como hipócritas y en parte como inútiles. El juez es algo más que un juzgador en el sentido de la lógica intelectualista: es un crítico; emite apreciaciones y adopta resoluciones voluntarias (Rümelin). Para cumplir su misión, no le basta una disciplina cerebral y educación intelectual, sino que lo principal es cultura de la voluntad, ojo y tacto prácticos, personalidad. Las personalidades judiciales, en el sentido que da a estas palabras Adickes, son las que se necesitan (1).

7. También se observa la gran influencia de Windelband y Rickert en la obra de Staffel (2). Todas las normas jurídicas descansan en apreciaciones. Toda apreciación o estimación se refiere en su fondo a una relación de medio a fin. La importancia de las normas jurídicas se hallará por medio del fin predominante y por el examen o prueba de los medios utilizables para la consecución de este fin. El juez está ligado por la estimación de los fines que el legislador (histórico) llevó a cabo; y esto aun cuando con el transcurso de los tiempos se haya menoscabado su sentido; le está prohibida una interpretación legal que corrija a la ley.

8. Con múltiples conexiones con Schopenhauer, Erich Jung no sólo ha combatido enérgicamente el dogma de la ley sin lagunas o deficiencias, sino también ha sometido a crítica el problema del positivismo jurídico, y ante todo ha sometido a un análisis concienzudo el concepto y la esencia del «Principio del Derecho natural» (3) Junto al Derecho escrito—dice—hay también otro no escrito, y el último es tan positivo como el primero. Derecho vigente es aquel que tiene a su favor el convencimiento social de su justicia. Por consiguiente, Derecho vigente y Derecho justo son en el fondo conceptos idénticos. Un «Derecho» que, en general, es considerado

(1) Análogas opiniones, aunque fundadas menos profundamente y expuestas con menor claridad, sostiene WURZEL en su *das juristische Denken*, 1904.

(2) *Die Stellung des Richters gegenüber dem Gesetz*, Deutsche Richter Zeitung, 1911 (p. 724).

(3) *Die logische Geschlossenheit des Rechts*, 1900; *Positives Recht*, 1907 (a este propósito vid. RICHTEL, Kr. V. J. Schr., 3. cont., vol. 12, p. 437) *das Problem des natürlichen Rechts*, 1912 (vid. RICHTEL, Lit. C. Bl. 1912, 1650).

como injusto, ha perdido por eso mismo su carácter positivo. Por eso, confiesa Jung que en principio vuelve a la idea directriz del antiguo Derecho natural (1), si bien en un sentido totalmente distinto que Stamler.

9. Entre los filósofos profesionales que se han ocupado en el problema de que tratamos, deben mencionarse Oscar Kraus y Emilio Lask.

En diversos trabajos de escasa extensión, pero sustanciosos (2), ha llamado la atención Kraus sobre la doctrina de Aristóteles, e intentado demostrar que los métodos interpretativos desarrollados por ciertos partidarios del Derecho libre, ya habían sido expuestos en términos generales en las obras del gran Estagirita (3). Por lo demás, Kraus vuelve a tomar diversos puntos de vista que han sido hechos valer por utilitaristas como Bentham, Mill y Ihering. La ley es para él un medio para el fin del bien social y fomento de la cultura. Como tal medio hay que comprenderlo e interpretarlo. Si esta interpretación es imposible y la resolución que hay que adoptar según la ley es manifiesta y gravemente injusta, en caso de necesidad puede adoptarse una resolución en contra de la ley; en tal supuesto, se entiende que el legislador, si hubiese estado presente, hubiese adoptado la misma resolución contraria a la ley.

Lask (4), expresamente señala la estructura teleológica de todo Derecho; la imposibilidad de comprensión científica con los medios de la lógica de las ciencias naturales. La totalidad de objetos accesibles al Derecho está recubierta, en cierto modo, por el pensamiento jurídico «con un tejido teleológico». Lo lógico en el Derecho no puede ser comprendido de otro modo que por su compenetración con lo práctico. El Derecho y la ley no coinciden. La ley es, como el Derecho consuetudinario, la práctica judicial, etc., sólo uno de los datos, por los cuales la jurisprudencia, por medio de una labor previa, en parte creadora, debe obtener el Derecho positivo vigente.

III. Con lo que ahora voy a exponer, cierro la lista. Que es in-

(1) Cons. también a PIREION en *Osterrreich. Zentralblatt für Notariat*, 1910, p. 98.

(2) Vid. especialmente GRÜNHUTS *Zeitschrift*, 32, 613.

(3) Cons. también a KISS, en el *Archiv. für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 1910, p. 536 y ss.

(4) *Rechtsphilosophie*, 1905 (en la *Heideisberg Festgabe* para KUNO FISCHER).

completa, ya lo he manifestado antes. Muchos notarán la falta de nombres que les son queridos. Pero no es la tarea que me he impuesto la de suministrar una bibliografía. No puedo tampoco entrar en los detalles de esta materia. Mi intención ha sido únicamente dar un breve bosquejo de los puntos de vista principales (1).

1. En los detalles hay gran variedad de opiniones, como muestra una ojeada retrospectiva. Coincidencias de opinión que aproximen casi no existen más que en la negación. En lo positivo se bifurcan los caminos, y en parte también los objetos. Como lazo de unión sólo pueden ser considerados propiamente dos puntos de vista, especialmente en el aspecto negativo, el rechazar la suficiencia absoluta de la ley y la teoría de interpretación constructiva, elaborada sobre el cimiento de dicha suficiencia; pero en el aspecto positivo la demanda de un regulador de límites más favorable al juez entre el poder de la ley y el del cargo judicial, y en relación con esto el postulado de una aproximación de la actividad del juez y las del legislador y de la autoridad administrativa.

Hasta qué punto los autores antes indicados se quieran o no incluir entre los partidarios del Derecho libre, depende del límite que se señale a este concepto tan vago. Como esta limitación aún no ha sido acometida nunca con éxito, puede discutirse si éste o aquél escritor deben o no ser objeto de la aludida inclusión, lo que a la postre no tiene otra significación que la meramente terminológica. Por lo demás, quede consignado que la mayor parte de los autores antes mencionados oponen expresamente reparos contra la inclusión de sus personas entre los partidarios del Derecho libre.

(1) Sólo poseen significación transitoria los escritos de polémica del abogado ERNEST FUCHS. En lo que se distingue este escritor es en descubrir defectos reales o supuestos; que en tales casos no consigue su propósito sino por el empleo de grandes rodeos estriba en la naturaleza de los casos. Para la labor positiva de edificar, la naturaleza de aquel escritor de combate, con aptitudes exclusivamente críticas, no era adecuada. Más adelante hablaremos del programa que en 1906 se publicó bajo el pseudónimo de GRAUS FLAVINS. Dentro del marco de una exposición histórica, a mi juicio, no tiene gran importancia. Lo esencial del proceso histórico es desconocido cuando uno se deja inducir a dar una importancia decisiva a fenómenos de índole ocasional. Así, no se le ocurrirá a ningún historiador serio atribuir como causa de la guerra de los treinta años el haber arrojado por las ventanas del salón en que se reunía la Dieta a dos consejeros austriacos.

2. Si el problema de si alguien es uno de los expresados partidarios ofrece sus dificultades, es en cambio en absoluto evidente a qué tendencia pertenece cada uno dentro de la doctrina del Derecho libre. Para separar en grandes grupos a los partidarios de esta doctrina, los cuales parcialmente sostienen grandes discusiones entre sí, se han repetido los términos opuestos de partidarios del Derecho libre, «radicales» y «moderados». Pero acerca de esto parece que no se ha puesto suficientemente en claro en qué causa fundamental se ve el radicalismo. Con gran facilidad se trueca la forma con la cosa. Algunos de los partidarios del Derecho libre han adoptado un tono violento (1), y a éstos desde luego se les ha denominado «radicales». Pero, ¿es que no van quizá en la materia misma mucho más allá que aquellos pretendidos radicales otros investigadores que, apartándose del estrépito del debate, trabajan silenciosamente y formulan sus demandas científicamente, sin pretensiones? El radicalismo no puede ser cosa que dependa de la fortaleza de la voz.

3. Por lo demás, en los últimos tiempos la designación «Derecho libre» ha perdido en general algo de terreno. Los autores más modernos prefieren designar su método como «sociológico» (2). El nombre de «escuela del Derecho libre» parece, por consiguiente, poco a poco, que va a ser sustituido por la denominación «escuela jurídica sociológica». Creemos, pues, que será útil decir algo acerca de este término.

Sociología, o Ciencia social, es la doctrina acerca del hombre asociado, del hombre en su coexistencia social (3).

La expresión «Ciencia social» es lingüísticamente correcta y además inteligible. La parte más importante, y científicamente más de-

(1) Cuánto se ha perjudicado con ello el mismo asunto ha sido puesto de relieve excelentemente. Vid. ROGGEN, *Zur Kritik des Rechts*, 1911, p. 2.

(2) El origen histórico de esta denominación es de fecha antigua. Llega hasta ANTON MEXNER y aún más atrás.

(3) Se discute sobre la definición. Pero sólo por esto negar la existencia, por caminos tortuosos, de esta ciencia, que aspira a elevarse, es un doctrinarismo malicioso. Excelentemente lo expone SZUNER en GRÖNHUT, Vol. 40 (1913), 147. Para la definición de la Sociología, vid. SINZHEIMER, *Die soziologische Methode*, 1909, p. 13; KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Sociologie*, 1911; KIELSEN, en el *Archiv für Sozialwissenschaft*, 34, 1912, p. 601 y ss.

sarrollada, de esta Ciencia social, es la Economía política (Economía social). Por su naturaleza es el Derecho también uno de los fenómenos de la vida social (1). Su objeto es ordenar la vida social de un modo determinado. Así, pues, quien quiera entender el derecho fundamentalmente, apreciar rectamente la función de una proposición jurídica, debe tener en cuenta también las circunstancias y necesidades de hecho de la vida social. Pero, a este propósito, debe conocerlas, y, en caso de necesidad, estudiarlas. Así, pues, el jurista debe ser, al mismo tiempo, un «sociólogo». Debe, por lo expuesto, ser claro lo que es la Jurisprudencia sociológica: una ciencia jurídica que ha de tener también en cuenta los resultados de la Ciencia social (2). Pero no se habla solamente de una Jurisprudencia sociológica; se habla también de un método sociológico del Derecho, y especialmente de la jurisprudencia. Esta idea es oscura. La Sociología no es un método, sino una Ciencia. Como tal tiene un método. Este último podemos, en particular, definirlo como queramos; pero en todo caso es fundamentalmente distinto del método del Derecho; pues la Sociología tiene que llevar a cabo su labor con hechos, el Derecho, por el contrario, con normas, con apreciaciones acerca del valor, o de la vigencia. Por consiguiente, tanto los objetos como el modo de pensar de ambos, son absolutamente distintos en su esencia.

(1) Vid. EARLICH, *Sociologie des Rechts*, 1913.

(2) En este sentido encierran p. ej. los §§ 157 y 343 del Código civil alemán un contenido sociológico, puesto que los usos de la práctica, a que los mismos se refieren, son un hecho sociológico.

En este sentido relativo se usa también la palabra, cuando una escuela moderna de Derecho penal se denomina sociológica. En igual sentido la 31ª asamblea de juristas alemanes (Viena, 1913), ha pedido que se dé a los juristas una instrucción sociológica, un postulado por lo demás al cual la Universidad de Zurich hace ya años se ha referido y ha tenido en cuenta, por medio de un curso permanente relativo a «los fundamentos sociológicos de las ciencias políticas». —Tomamos el siguiente párrafo de la carta de un sociólogo: «O la Jurisprudencia es el conocimiento completo del Derecho, de su esencia, de su origen, de su desenvolvimiento, de las leyes de su desarrollo, etc., y entonces es la Sociología la que ha de resolver estos problemas, para los juristas imprescindiblemente necesarios; o es la Jurisprudencia la enseñanza del Derecho vigente y de la posibilidad de aplicarlo en cada caso especial de la vida, y entonces la Sociología no es indudablemente ya necesaria, pero en tal supuesto el jurista es exclusivamente un técnico jurídico».

La Sociología ha de determinar la existencia de hechos, la Jurisprudencia juzgar acciones (1). Así, pues, un método sociológico para la Jurisprudencia es precisamente una cosa tan adecuada como un método geográfico para la técnica de la maquinaria, o, para aludir a Espinosa, como un método geométrico para la Moral. El zapatero necesita la horma, y no puede servirse del microscopio del inspector de carnes.

De lo expuesto se infiere que la denominación «Método sociológico» es poco feliz. El método de la Jurisprudencia puede únicamente ser (para decirlo de una vez), teleológico. Solamente como material empírico, al determinar el fin y el medio de la coexistencia social, utiliza los resultados de la Sociología. La sociología (y especialmente la Economía social), es igualmente que la Psicología y la Ciencia histórica, una ciencia auxiliar indispensable de la Jurisprudencia; pero un método sociológico de la Jurisprudencia es una cosa imposible; precisamente tan imposible como lo sería un método histórico o psicológico de la Jurisprudencia.

SECCION QUINTA

LA CONTRARREFORMA

No podía menos de presentarse una oposición contra la nueva tendencia. Ya por causas externas, algunos partidarios del Derecho libre han adoptado en estos tiempos un tono de polemistas que en la literatura jurídica hasta ahora no era usual, tono al cual un autor austriaco (Pallai), lo ha denominado con acierto *böotisch* (2). Pero contribuyen también a dicha oposición fundamentos reales, internos. Como la Historia enseña, suele, generalmente, toda reforma, muchas veces para su gloria, provocar una contrarreforma (reacción).

(1) Vid. STAMMLER, *Theorie*, p. 738; KELSEN y KANTOROWICZ, *obc. cit.*

(2) La palabra *böotisch* derivada de *Boot* (bota, embarcación), significaría lo que es propio del lenguaje rudo de los marineros; para buscar el equivalente castellano, diríamos más bien tono o modo de ser de verdulera. —N. del T.

I. Una serie de esclarecidos teóricos y prácticos del Derecho aceptaron el reto lanzado por la escuela del Derecho libre y opusieron una enérgica defensa contra la misma. Deben mencionarse especialmente Stier-Somlo, Oertmann, Düringer, Vierhaus (1). Ninguno de estos autores puede ser calificado de reaccionario. Más bien, desde el principio han hecho grandes concesiones a la nueva tendencia y después, de año en año, han hecho grandes avances en su favor (2).

1. Desde este sector de opiniones se han formulado las siguientes críticas respecto a la escuela del Derecho libre.

La tendencia del Derecho libre—se dice—predica una justicia de *cadí*; su ideal es el rey judicial, semejante a una divinidad, quien, según su libre arbitrio, esto es, según su sentir jurídico soberano y sin fiscalización, dicta fallos judiciales. Pero, de esta suerte la seguridad jurídica (certidumbre jurídica) se pierde. Ningún abogado podría ya predecir qué fallo iba a dictarse.

Además, si toda la jurisprudencia, en último resultado, debe ser cosa de sentimiento, volvemos en resúmen al punto en que nos hallábamos en los tiempos primitivos, en que no existía ni la ley ni la ciencia. La ciencia jurídica podía desaparecer por consiguiente; la labor de miles de años había sido llevada a cabo en balde.

Por otra parte, la tendencia liberal hace del juez un creador de Derecho. No debe aplicar éste, sino que, derivándolo de sí mismo (como si dijésemos de la palma de la mano que nada contiene), debe proclamar lo que es Derecho. Con esto desaparece aquella línea divisoria entre la ley y el cargo judicial; el juez llega a ser legislador. Pero esto significa una ruptura áspera con los sagrados fundamentos de nuestro Derecho constitucional. Especialmente al Parlamento, cuya contribución a la producción jurídica ha sido ensalzada como una joya del Estado jurídico moderno, no puede agrardarle la deposición de que se le hace víctima (3).

(1) STIER-SOMLO, *das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung*, 1908, (en *Labandfestschrift*); DÜRINGER, *Richter und Rechtsprechung*, 1909; OERTMANN, *Gesetzeszwang und Richterfreiheit*, 1909; VIERHAUS, *über die Methode der Rechtsprechung*, 1910.

(2) Tampoco han faltado reaccionarios; recuérdese p. ej. a RUD. HENLE.

(3) FRANZ KLEIN, *Allg. Ger. Ztg.* 1906, n. 31. A este propósito indicaremos incidentalmente que también el Derecho consuetudinario se

Pero más aún: la omnipotencia judicial, demandada por la nueva tendencia, entrega a los ciudadanos al arbitrio de los jueces. Sustituye el absolutismo del príncipe o de la ley por el de la judicatura. El excelente dios de la libertad y de la igualdad no puede ser ya peor amenazado.

2. Estos argumentos y otros análogos se han esgrimido contra los partidarios del Derecho libre. No han faltado palabras gruesas entre los dos campos con este motivo. No hay que negar que la discusión de opiniones en la literatura ha adoptado de tiempo en tiempo formas muy vivas, pero no trágicas. Es un hecho experimental de la Historia muy antiguo que, en tales casos, a ambos contendientes les ha gustado desechar lo bueno y lo malo del partido opuesto. La lucha entre románticos y clásicos, la que se entabló en pro y en contra de Hegel, el denominado *Kulturkampf* (combate por la cultura) entre el Estado y la Iglesia, todos ellos han ofrecido en su sazón tal fenómeno.

Sin embargo, la forma de la lucha es cosa accesoria. Lo real es solo lo decisivo. Pero en la esfera real no puede la oposición, tal como ha sido practicada, especialmente por los autores antes citados, ser estimada suficientemente. Sin esta enemiga de igual calidad se hubiese confundido ciegamente en el mismo montón la cizaña y el trigo de la nueva doctrina; se hubiese difundido el engreimiento, falta de crítica, y favorecido un radicalismo poco duradero. Ante este peligro, sin embargo, con el tiempo, se puso de relieve, por una parte, lo bueno suministrado por la citada doctrina, y por otra, que no se debía ciegamente echar por la borda todo aquello, por lo cual varias generaciones hablan combatido y obtenido con su trabajo. Sujetadlo todo a crítica y conservad lo bueno: sólo lo bueno de lo nuevo y también lo bueno de lo antiguo.

II. De un modo especial debe examinarse la crítica profundamente fundamental y superior de que es objeto por parte de Stammler la escuela de Derecho libre y la escuela sociológica, que dicho escritor cree deben distinguirse (1).

Stammler considera que es lo característico de la tendencia en pro del Derecho libre el postulado de que el juez debe juzgar libre

produce sin intervención del Parlamento. La especial repugnancia que siente el Estado constitucional contra dicho Derecho se explica de esta suerte con cierta claridad.

(1) *Theorie der Rechtswissenschaft*, p. 719 y s.

de la ley; por consiguiente, las disposiciones legales no deben ser de carácter coactivo, sino preparador.

Este postulado —dice Stammler— supone la renuncia a un método críticamente meditado. La opinión de que el juicio natural del hombre, libre de disciplina y ligaduras, consigue, sin otro auxilio, la noción de lo justo, es equivocada. El hombre, como ser natural, nada sabe del Derecho y de la justicia. Cuando un juez, como se dice, juzga según su sentido jurídico, éste no es otra cosa que el sedimento de su experiencia profesional; emplea el método que ha aprendido a utilizar en su profesión. Indudablemente con frecuencia remite la ley al juez a su propio criterio respecto a lo que es bueno y justo; pero por esto no puede decirse que establece un vago sentimiento subjetivo, sino un juicio que suena a método objetivamente válido. Determinar científicamente este método es la difícil tarea de la Lógica jurídica; pero con una simple referencia a la libertad nada se ha hecho.

Asimismo, la pretensión de que la ley debe renunciar a preceptos coactivos generales es, según Stammler, precipitada e infundada. No se puede sostener *a priori* que la ley facultativa sea en todo caso la mejor comparada con la imperativa. Tampoco el Derecho coactivo puede, en ciertas circunstancias, ser el único medio adecuado para resolver en justicia un conflicto jurídico. Por consiguiente, se necesita una seria investigación que determine cuándo es preferible el Derecho imperativo y cuándo el facultativo. A esta investigación ha renunciado la teoría del Derecho libre.

Por lo expuesto podría creerse que Stammler condena en absoluto la escuela del Derecho libre. Sin embargo, no es así. Sólo echa de menos en ella lo positivo. En la negación contra ciertos errores descubiertos, Stammler se pone al lado de la misma.

Especialmente la defiende contra la acusación de que ella predica la falta de respeto del Derecho. La libertad que pide la escuela del Derecho libre no es la liberación fuera del Derecho, sino dentro de él. Solamente ante la ley, que no es idéntica al Derecho, debe ser considerado el juez más libre que hasta ahora. Le debe ser permitido, dadas ciertas circunstancias, dictar su resolución fundada en otras normas que las legales.

SECCIÓN SEXTA

EL TÉRMINO MEDIO

Poco a poco, las olas del combate de las opiniones se han apaciguado. Por ambas partes se han procurado aproximaciones, se han presentado los contrincantes más tranquilos y moderados. Los partidarios del Derecho libre han moderado considerablemente sus ardientes postulados. Pero también los adversarios han empezado a reconocer el mérito real de aquella tendencia y a apropiarse lo justo de sus teorías. A este efecto es un síntoma significativo el giro que se ha dado, y que con frecuencia se lee, diciendo que los avisados partidarios del Derecho libre, fundamentalmente no enseñaban nada nuevo, sino que más bien formulaban lo que ya anteriormente nuestros jueces habían practicado y lo que nuestros perspicaces teóricos habían ya predicado antes (1). Mayor reconocimiento no era posible.

Y así se ha empezado a constituir, como tan frecuentemente ocurre en la Historia, un término medio.

Digno de especial mención y un signo del desinteresado realismo, que distingue a los tribunales alemanes, es también el hecho de que la crítica aguda, que por parte de los mantenedores del movimiento jurídico liberal a menudo se hacía poco afablemente, de la jurisprudencia de los tribunales alemanes, ha experimentado en los últimos tiempos un cambio silencioso, pero innegable. Consideraciones históricas, sutilezas lógicas, citas de preparación de trabajos legislativos y análogos, se utilizan cada vez menos, y ocupan su lugar, en proporción creciente, apreciaciones sobre la justicia, conveniencia y practicabilidad. No raras veces se encuentra en las sentencias una manera tan libre de tratar a la ley, que hace algunos años hubiese parecido inimaginable.

Así pues, parece que ha llegado ahora el momento en que se pueda apreciar, mirando de arriba a bajo, el pro y el contra, y en

(1) Un fenómeno típico de la Historia. También con respecto a la escuela histórica no se ha procedido de otro modo; vid. LANDEBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, II, 157.

que se pueda inferir el resultado, por lo menos provisional, de aquel debate.

1. Si nosotros miramos atentamente, en primer término, el estado actual de la Ciencia, es decir, la teoría científica de las fuentes jurídicas, se podría, quizá, expresar el término medio, en el cual coincidiesen a la corta o a la larga las tendencias opuestas, por la siguiente fórmula:

El juez está sujeto a la ley; pues la última es la norma de la conducta social, no sólo para el individuo sino para la misma comunidad; mas como representante de ésta aparece el juez. *Pero la obediencia del juez no debe ser ciega, debe ser discursiva*. Como toda obediencia, también la legal tiene sus límites en la naturaleza de las cosas, límites sin los cuales se convierte aquélla en la obediencia cadavérica.

Por eso, la ley necesita una interpretación inteligente y libre. *Y el juez está sometido no sólo a la ley*, pues éste sirve al Derecho, y ley y Derecho no son idénticos. La ley puede actualmente ser la fuente jurídica más importante, pero no es la única. Por consiguiente se impone una revisión de la teoría de las fuentes del Derecho.

2. Con todo, el problema no sólo interesa a la Ciencia, sino también al legislador, pues se trata de los límites de su competencia. Así, pues, ¿cómo se comporta el denominado legislador? Como uno puede imaginarse, con desvío, pues el legislador es parte interesada; los modernos escritores dirigen sus ataques contra su monopolio de producción jurídica. Por consiguiente, nada ha sido más claramente racional, que el que el atacado y amenazado se haya aprestado tenazmente a la defensa.

Pero estas apariencias engañan, pues un hombre inteligente debía llegar a comprender, cuanto más tiempo tanto más, que cuando se invoca al diablo no puede uno ya verse libre de él. Bajo de la hipertrofia legal sufre al fin y al cabo también el mismo legislador. Se le pide lo imposible. Siente que la carga amenaza aplastarle. Ocuparse con la actividad legislativa a veces lo mismo que con el hecho de contraer deudas; un agujero que se tapa abre otros dos agujeros nuevos. La parábola de la hidra de Lerna tiene aquí aplicación apropiada. El legislador lo ha comprendido. Como en todas partes en que la centralización exagerada conduce a yerros, se siente también aquí la necesidad de una descentralización moderada, de delegación adecuada.

Y así aconteció. El primer paso, aunque tímido, lo dió la gran

ley sobre cuyas espaldas se encuentra toda la legislación civil actual; el Código civil alemán. Ciertamente que es un hijo de su tiempo y participa de las debilidades de la época de su aparición. No lo es menos que fué publicado en gran parte bajo el presagio de la jurisprudencia constructiva de Windscheid, y, en no escasa parte, ha recibido la herencia del antiguo Derecho prusiano. Pero su fama imperecedera la deberá a sus §§ 157, 242 y 826 (1), preceptos por los cuales se ha abierto una brecha en el esteril culio al articulado, habiendo puesto en la mano «del juez dotado de reflexión equitativa y justa», en gran número de casos, el libre arbitrio. Con envidia contempla el juez penal esta libertad que hasta ahora le ha sido negada en absoluto. ¡Y cuánto ha sabido sacar la jurisprudencia alemana en pocos años de estos pocos artículos! Un mundo completo de nuevos pensamientos ha sido dado a luz de unas pocas palabras, no sólo conforme a la ley sino aun contra ésta. Pues es contra ley si, invocando el § 826, se declara, en ciertas circunstancias, inmoral y causa de indemnización el ejercicio de uno de los derechos formalmente otorgados en aquella disposición. Así, pues, las citadas excelentes disposiciones no han sido pocas veces el medio de llenar lagunas de la ley por medio de deducciones bajo aquella norma, e invocándolas, ablandar durezas legales.

Pero el legislador alemán no hizo más que comenzar. Un paso atrevido más allá lo hizo otro, quien obró del mismo modo que el que a la puerta de entrada de su casa transporta aquella columna lapidaria que ha causado la admiración de todo el mundo civilizado. El fué quien, entre todos, excitó a la sensatez y pronunció la gran palabra que parece destinada a aplacar la disputa. Me refiero con esto, al art. 1.º del Código civil suizo de fama universal. Se dice allí, según el espíritu que lo inspira, la ley se aplica a todos los problemas jurídicos, pero sólo a aquellos respecto de los cuales, según el sentido literal y la interpretación, existe un precepto aplicable.

Allí donde la ley (voluntaria o involuntariamente), muestra una laguna, resuelve el juez según el Derecho consuetudinario. Si no existe regla de esta especie que sea aplicable, decidirá el juez según la regla general que hubiese dictado si hubiese sido legislador.

(1) Cierto es que estos preceptos no son completamente nuevos. Vid. p. ej. arts. 1.134, 1.135 y 1.160 del *Code civil*, § 858 del Código civil de Sajonia, El § 226 del Código civil es mezquino y sin valor. Véase en cambio el art. 2 del Cód. suizo.

Tanto en la labor interpretativa como en la de rellenar lagunas el juez habrá de tener en cuenta la teoría recibida y la tradición, es decir, los resultados de la ciencia y de la práctica judicial (1)

En esta fórmula se encuentra el compromiso con el cual parece haberse puesto de acuerdo, tanto la nueva como la antigua opinión. Nada de sentencias, según un sentido jurídico contrario a la ley, sino más bien el principio de la inviolabilidad legal; pero aún menos una omnipotencia legal despótica, pues, junto a la ley, que no puede carecer de lagunas, se halla el Derecho consuetudinario y el arbitrio pretoriano del juez. Una fórmula tan conservadora como progresiva; una hoja famosa en el libro de la Historia del Derecho (2).

El legislador federal dice en este problema, por ahora, la última palabra: ¿Cómo ha sido esto? ¿Consiste solamente en la proeminente personalidad de Eugenio Hubers, o se deben quizá a hechos históricos más profundos? Opino lo último.

La posición del juez respecto a la ley, tal como la fija el artículo 1.º, no es nada nuevo para Suiza. Más bien el art. 1.º no hace más que codificar la situación real del juez respecto a la ley, tal como se ha observado en Suiza desde la antigüedad (3), pues se encuentran también preceptos con contenido casi idéntico al del artículo 1.º en las anteriores legislaciones cantonales. Y aun cuando tales disposiciones no estuvieran consignadas en letras de molde, el juez popular suizo no ha procedido de otro modo, como Huber mismo con exactitud lo pone de relieve. El juez suizo, no en balde vecino del francés, se ha situado desde hace tiempo frente a la ley, en una posición considerablemente más libre que el juez alemán y el austriaco.

La famosa teoría de la división de los poderes, el dogma de la

(1) Vid. a este efecto a GMR, *Anwendung des Rechts nach Art. 1 Z. G. B.*, 1908; EGGER, *Schweizerische Rechtsprechung und Rechtswissenschaft*, 1913. El clásico comentario al art. 1.º de EUGENIO HUBERS, se encuentra re-producido en RUMPF, *Gesetz und Richter*, 1906, p. 19.

(2) Desgraciadas y en parte ininteligibles son las publicaciones de SAUERLÄNDER (D. R. Z., 1914, 157), acerca de lo que, según el artículo 1.º debe ser «deficiente en relación con el fin científico y el jurídico».

(3) Véase ya la sesión judicial de Berna de 1615, título 23, párrafo 1.º (cuando no existe ley ni costumbre) «entonces puede cada cual dictar su juicio tal como lo dicte su conciencia y le parezca justo y equitativo, en todo caso para mayor honor y gloria de Dios».

obediencia legal absoluta, no ha tenido nunca arraigo entre los jueces populares republicanos. En tanto, en cuanto el pueblo se daba leyes y elegía jueces, se ha estimado desde el principio cosas equivalentes la norma general y la ejecución para un caso concreto, y se ha reservado al juez, al hombre de su confianza, desde luengos tiempos una gran cantidad de iniciativa independiente. Esto explica también por qué en Suiza no ha arraigado nunca esta tendencia o movimiento propio en pro del Derecho libre.

Quien en Suiza hubiese dado el grito de combate en pro de un «Derecho libre», hubiese peleado, como Don Quijote, con molinos de viento. Lo que hay de sano y de recto en esta tendencia liberal lo ha poseído ya hace tiempo Suiza. El que quiera lanzar una ojeada, sólo necesita repasar la jurisprudencia del tribunal federal suizo y compararla con la del tribunal supremo prusiano. Dudo mucho de que los juristas suizos sean superiores a sus colegas de la antigua Prusia en inteligencia y otras dotes, pero su posición con respecto a la ley es muy distinta, más libre y más hermosa, y este es el fundamento por el cual las decisiones del tribunal suizo se hallan animadas de aquel espíritu grandioso y siempre progresivo que se echa de menos a veces en las sentencias de otros tribunales superiores. Kohler ha designado al tribunal federal suizo «el primero de los tribunales continentales». En eso hay tanta exactitud porque el tribunal judicial suizo, sobre el cual han ejercido tanta influencia el alemán como el francés, se mantiene en el justo medio entre la nativa, pero a veces algo pedante solidez del alemán y la franqueza cordial, genial, pero a veces autócrata, del Tribunal Supremo francés (1).

El legislador de tal país era entre todos los demás el elegido para dictar, en el conflicto de opiniones, el laudo reflexivo y decir la palabra decisiva que a mí me parece que ha de apaciguar el debate y está llamada a asentar el trabajo positivo sobre un sólido fundamento.

El pensamiento del legislador suizo no ha limitado su acción a Suiza. Legisladores extraños se lo han apropiado. Como el anteproyecto suizo, el austriaco de Código penal (ambos tienen como autor

(1) Una situación análoga, sobresaliente a la del suizo, adopta el tribunal federal norteamericano, Vid. STAFFEL, (D. H. Z., 1911, página 728); HANAUSEK, *Amerikanische Skizzen*, 1913, 60 y sig.; REINSCH, (D. J. Z., 1914, 63).

al suizo Stooss) se han dedicado a librar moderadamente de ligaduras al juez (1) y el anteproyecto del Imperio alemán ha seguido gustosamente estos laudables ejemplos (2).

Pero también en el terreno científico, el art. 1.º del Código civil suizo, ha tenido eficacia fuera de las fronteras de Suiza. Puesto que en el repetido art. 1.º no se trata de una proposición jurídica, sino más bien de un principio fundamental de la jurisprudencia, esto equivale a plantear el problema de si dicho principio no se deriva por sí mismo, independientemente de todo precepto legal. La contestación afirmativa la han dado ya innumerables autores, aunque no todos (3). Dicha afirmativa era para Austria tanto más sencilla cuanto que el § 7 del Código civil general, en otra forma, dice lo mismo que el art. 1.º (4); solo que se había olvidado esta disposición. En una sentencia plenaria, que forma época, de 14 de Noviembre de 1911 (5), el tribunal supremo se ha puesto en el caso aludido por el art. 1.º con rigorismo axiomático, volviendo a aplicar expresamente con todo su sentido y valor, el § 7 del Código general civil (austriaco). Pero también en Alemania aumenta el número de los que señalan el mismo camino a la jurisprudencia.

3. Y ahora preguntamos, ¿cuál ha sido la actitud en que se ha colocado el juez (al que más que a nadie le interesa personalísimamente) ante nuestro problema?

Por una parte, era de esperar que la posición más libre del juez que se demanda, no fuese por nadie saludada con mayor agradecimiento y alegría que precisamente por el mismo juez, porque evidentemente estas tendencias suponen un fortalecimiento de la judicatura. Pero, por otra parte, es el juez un empleado demasiado leal para que se dejase llevar sin crítica por una corriente radical y subversiva. Por esta última consideración era fundada la esperanza

(1) Vid. LENZ, *die Aufgabe des Richters nach dem österreichischen Vorentwurf*, Viena, 1910.

(2) Vid. EBERMAYER, *Recht und Wirtschaft*, 1912, pág. 18.

(3) BÖRNGEN, *Reformbestrebungen*, 1911, 20; SCHWERING, *Grundproblem der Rechtsreform*, 1911, 16. LOBE, *Recht*, 1913, 693.

(4) A este efecto LUCAS, en el *Archiv. f. öffentliches Recht*, 26, 89; V. SCHNY en el *Zentenarschrift zum A. B. G. B.* (1911) I, 506; WELLSFAUER, ídem I, 185. Vid. también, § 49, *Intr. al A. L. R.*; párrafo 4 a *Bad. L. R.*, § 6 Código civil español; art. 3.º del Cód. civ. italiano.

(5) *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, 1914, 129.

de que el cuerpo judicial querría lo que se le ordenase, y apreciando con tranquilidad la oposición de opiniones, adoptaría una postura intermedia justa. Es en especial evidente, que el gran organismo constituido por los jueces alemanes bajo la denominación de *Deutschen Richterbund*, adoptaría ante este problema una actitud tan libre como reflexiva; y realmente, en la segunda Asamblea judicial alemana (1911) el problema de la posición del juez ante la ley fué colocado en la orden del día. Un informe profundamente fundamental y muy meditado de Staffel (al cual hemos hecho una breve referencia antes), inició la deliberación. Pero la discusión defraudó las esperanzas. En vano se esforzaron hombres como Lobe y Riss para mantener a la Asamblea a la altura del autor del informe. Obtuvo la victoria una propuesta con arreglo a la cual se acordó:

1.º El poder judicial está sometido a la ley. Por consiguiente, el juez no tendrá nunca la facultad de separarse de ella.

2.º En caso de duda acerca del contenido legal, el juez no podrá, prevariándose de esa circunstancia, dictar una resolución a su arbitrio, sino que más bien disipará la duda interpretando la ley según su sentido y finalidad, y en caso necesario la aplicará por analogía.

3.º Si una ley es susceptible de diversas interpretaciones, el juez adoptará aquella que corresponda con mayor exactitud a la conciencia jurídica y a las necesidades de la vida (1).

Por estas tesis, que sin vacilar hubiesen suscrito Savigny y Windscheid, la segunda Asamblea judicial alemana se ha declarado en principio partidaria de la antigua teoría. Las opiniones manifestadas en el informe de Staffel no han tenido la menor influencia sobre esas conclusiones. Los problemas que este escritor planteó no se han dignado estudiarlos. Se echa de ver en las conclusiones adoptadas la falta de madura reflexión. En la conclusión número 2 se proscribía el arbitrio judicial, y en la número 3 se apela expresamente a él. Lo que ha de hacerse, si se renuncia al medio consignado en el número 2, se omite.

Por parte de los mantenedores del Derecho libre se ha afirmado que estas conclusiones no son de las que proporcionan gloria a la Asociación judicial alemana (2). No he de hacer aquí una crítica material; pero en lo que respecta a la forma puedo decir que las

(1) D. R. Z., 1911, 790.

(2) WÜSTENDÖRFER, *Archiv. civ. Prax.*, 110, 359.

conclusiones, tal como se hallan redactadas, son superfluas. Hubiesen podido encontrar su sitio adecuado en una de las pequeñas Asambleas judiciales de algún minúsculo Estado de 1850. No se refiere, en cambio, a la posición real que puede adoptarse frente al problema discutido en nuestros días. No se descubre, ni mucho menos, en dichas conclusiones que se hayan tenido en cuenta los importantes fines que se han de proponer realizar con la fundación de la Asociación judicial (1).

La misma Asociación judicial debe haber tenido la sombría sensación de que aquí se ha cometido un yerro que hay que enmendar. La tercera Asamblea judicial (Berlín, 1913) se ha dedicado a esta tarea con buen éxito notorio. En un informe a grandes rasgos, indicó Rumpf al mismo legislador, aludiendo al proyecto de ley penal, que otorgue al juez el don de una posición elevada, libre, y que así obrará bien. «La ley puede hoy tener completa confianza en el juez, en vista de la fiscalización de todas nuestras instituciones judiciales y la elevación de la judicatura actual comparada con la de hace cien años. Pero la ley debe tener también completa confianza en el juez cuando éste se halla en tal situación que el desenvolvimiento de su facultad judicial inteligente se halla embarazado constantemente por el deber de fidelidad legal, y, por otra parte, el servicio de la justicia prescribe una demanda para un caso individual... Así, exige nuestro tiempo, en interés de un servicio jurídico penal más elástico e individualmente más justo, una posición del juez más libre, y con ella una concesión mayor al último por parte del mismo legislador» (2). Convencida la Asamblea asintió a estas manifestaciones, y, como un eco de la sesión, se pueden considerar las hermosas y significativas palabras de Riss: (3) «Me parece que soplan aires matutinos. Quiero decir que estamos en la aurora del

(1) En cambio, se halla conforme con el espíritu del movimiento judicial, cuando Riss (D. R. Z., 1911, 75) entonces escribió: «La petición de que nuestras leyes sean más libres y más a grandes rasgos; de que se limiten a los principios fundamentales más importantes, y de que la aplicación al caso individual la dejen confiadamente a la jurisprudencia, halla en nuestras esferas un apoyo simpático; de ningún modo retrocedemos asustados ante el aumento de responsabilidad que de ello se deriva».

(2) RUMPF, D. R. Z., 1913, 775.

(3) D. R. Z., 1913, 804.

día de la libertad. Quizá no vivamos nosotros hasta la plenitud de ese día. Pero, nosotros ahora, vislumbrando a lo lejos en el porvenir, podemos decir: ¡Dichosos aquellos que lleguen a la meta!; espero que éstos, cuando con mirada retrospectiva examinen el pasado, cuando vean nuestro trabajo y especialmente el de la Asamblea judicial de Berlín, dirán de nosotros: ¡Dichosos aquellos que nos han trazado el camino! (1).

4. Al lado de los jueces se hallan, como órganos del servicio jurídico, en el mismo rango y con los mismos privilegios, los abogados (2). Por eso no es ociosa la pregunta: ¿qué conducta ha

(1) Después de escrito lo que va en el texto ha estallado la guerra europea. Las grandes modificaciones, aun de política interior, que podrá tener como consecuencia, no pueden proverse en la actualidad ni remotamente. ¿Será una de ellas que el Juez sea más libre, más consciente de sí mismo? Ya surgen sospechas y esperanzas de esta clase en las esferas judiciales. Es otra vez Riss el que como Verbo y Precursor deja oír su voz. «La guerra—dice—no es amiga de la teoría; aprecia sólo acciones, no palabras; y una resolución rápida le parecerá diez veces de más valor que una sutil investigación... ¡Cómo se hubiese podido obrar en esta gran época, en la que todo descansa sobre la fuerza y la decisión, si la jurisprudencia se hubiese mezclado con toda clase de escrúpulos y se hubiese mostrado impotente! Se han cometido irregularidades de forma, sobre las cuales, en tiempo de paz, todas las autoridades inspectoras hubiesen fruncido el ceño; pero los casos controvertidos se resolvieron, y esto era, por fin de cuentas, lo principal. Espíritus apocados piensan quizá ya con temor que tales hábitos pudiesen también adoptarse en tiempo de paz. Pero con esto no se hace sino fomentar un desenvolvimiento en pro del cual antes de la guerra se habían declarado personas dignas de ser oídas... Y nosotros, jueces, debemos ante todo tener cuidado para que no se nos arrebatase de nuevo la mayor libertad de movimientos que la guerra nos ha procurado, y que nos ha puesto más que hasta ahora en una situación tal, que, a cada caso, le damos el Derecho que le corresponde, según nuestro convencimiento... Una racional medida de libertad debemos conquistar y asegurar para nosotros por nuestro trabajo durante la guerra...» (D. E. Z., 1914, p. 726.)

(2) En los últimos tiempos parece que esto, especialmente en las esferas judiciales, ha sido a veces desconocido. Pero se debía hacer a título experimental la prueba de dejar libre el utilizar abogados: los jueces serían los primeros que volverían a llamarlos. Hablo por mi experiencia judicial.

observado la abogacía con respecto al aludido movimiento (en pro del Derecho libre)?

También aquí discrepan bastante las opiniones.

Un número no despreciable de abogados rehusa tomar parte en aquél. El confiar en el arbitrio judicial—se ha dicho—hace más penosa la tarea del Abogado, convirtiéndola en aleatoria e ingrata. El libre arbitrio judicial conduce a la incertidumbre jurídica, favorece a los pleitistas y dificulta al Abogado el pronóstico del litigio. También en Suiza se han manifestado estas opiniones. Puesto que el Código civil suizo se limita a reglas muy generales, dejando todo lo demás a la Jurisprudencia, se ven con mucha frecuencia los Abogados suizos, como se dice, en tal situación, que a la pregunta de cuál sea el Derecho tienen que contestar encogíandose de hombros; la ley calla; el Tribunal federal aún no ha dictado sentencia sobre el caso; lo que en primera instancia se resolverá no puede predecirse. Y no se deja en último lugar mencionar el peligro de un «absolutismo judicial», que sea peor y más insoportable que el absolutismo del Príncipe o el de la ley. Lleva la voz de esta opinión, con su enérgico carácter, el Abogado Max Wolff, en Lissa (1), cuya argumentación se condensa en la siguiente sabrosa sentencia: «Preferimos la ley del más estúpido de los legisladores que del más sabio de los jueces; es preferible una mala ley de la mano del legislador que una buena de la mano del Juez» (125).

Pero tampoco faltan las manifestaciones de la opinión opuesta. Ciertamente, se dice, que el Derecho que descansa en el arbitrio judicial necesariamente, por su naturaleza, es a menudo un *ius incertum*; pero esta desventaja está suficientemente compensada por la obtención de mayor justicia y provecho en el resultado. Precisamente nosotros, los abogados, solemos sufrir del modo más insoportable con una jurisprudencia formalista que sigue la letra de la ley, por los daños que experimenta el derecho de nuestros clientes, cuyas alegrías y sufrimientos son también los nuestros. Así, pues, especialmente entre los abogados ha hallado eco la frase de la falta de conocimiento de la realidad del Juez por la propia necesidad. Por eso saludamos la situación más libre del juez como una adquisición, que si, a la verdad, hará más penosa nuestra tarea, en cambio la

(1) *Juristische Wochenschrift*, 1914, 121.

hará también más hermosa (1). De la lista de abogados que han manifestado sus opiniones en este sentido menciono los nombres de Hachenburg y Schwering (2).

5. No puede, finalmente, ser olvidado aquel movimiento que, saliendo de Jena, ha hallado su expresión externa en la Asociación reformista *Recht und Wirtschaft*, fundada en 1911 y extendida por Alemania y por otras partes. Teóricos y prácticos, jueces y abogados, juristas y profanos, trabajan aquí en común para la consecución del «servicio jurídico y de la Administración conforme a los tiempos». También el problema de la posición del juez con respecto a la ley pertenece al cuadro de este programa. Ciertamente es que la Asociación se ha abstenido cuidadosamente de adoptar una actitud determinada respecto a este problema; pero precisamente por esta política, que conscientemente se sostiene en un partido medio, se ha contribuido considerablemente a nivelar las oposiciones, a poner en inteligencia a los contendientes y a asegurar un meditado progreso (3).

(1) Corrorespondiendo a esto dice RISS, por los jueces, las siguientes hermosas palabras (D. R. Z., 1913 p. 798): «Nuestra labor se hace más penosa cuando tenemos que fallar, no según normas determinadas, sino que se nos dice: Haz lo que te parezca justo. Pero nuestro trabajo se hace también más hermoso, y esto es lo que debemos preferir. Pues no merece ser juez el que teme la responsabilidad.» Sobre la preparación para esta responsabilidad se encuentran párrafos excelentes en F. W. FOERSTER, *Staatsbürgerliche Erziehung*, 1914, p. 104 y s. FOERSTER señala con acierto el príncipe HEINZ de SHAKESPEARE, que desde el día de su elevación al trono descubre las virtudes imperiales. ¡Comp. con Federico II!

(2) HACHENBURG, *Recht und Wirtschaft*, 1912, p. 41; SCHWERING, *Das Grundproblem der Rechtsreform*, 1911. Algo infecundas son las deducciones de LUIS BENDIX (Berlín), *Zum Problem der Rechtssicherheit*, 1914.

(3) Puesto de relieve* por BÖRNGEN, *Reformbestrebungen im Rechtsleben und der Verein Recht und Wirtschaft*, 1911, p. 17.



SEGUNDA PARTE

PARTE FUNDAMENTAL

OBSERVACION PRELIMINAR

En la primera parte de nuestro trabajo se ha expuesto la evolución histórica de las nuevas ideas sobre fuentes del Derecho y aplicación de éste. En la que sigue trataremos de buscar, en el curso de aquel desenvolvimiento, un punto de apoyo sólido, y de mostrar los principios según los cuales el juez de los presentes tiempos habrá de proceder en su actividad judicial. Como se comprende, de acuerdo con lo que nos hemos propuesto en el presente trabajo, también aquí nos limitaremos a un breve esbozo, que necesitará aclaraciones más detalladas y a veces una exposición de motivos concluyente. Por consiguiente, se trata en este trabajo, por el plan que conscientemente nos hemos trazado, sólo de una orientación. Pero la tarea a este efecto estará cumplida, si conseguimos exponer la situación de los problemas, dar líneas generales y provocar ulteriores reflexiones.

El problema en el que ahora vamos a ocuparnos, en su concepción abstracta, puede formularse del modo siguiente: ¿Según qué principios procederá el juez al dictar fallos?, y especialmente, ¿Qué normas le servirán de fundamento para su decisión?

Pero concebido de un modo tan abstracto el tema, adolece de obscuridad. Por lo tanto, observemos que la parte más principal de nuestro Derecho vigente se ofrece como Derecho escrito; es decir, como ley, y simplificaremos con ello nuestra tarea si exclusivamente formulamos y tratamos el problema en los siguientes términos: el juez, en su actividad sentenciadora, ¿en qué posición se encuentra frente a la ley escrita?

Esta posición puede ser, como ya reconocieron con acierto los romanos, según la naturaleza de las cosas, solamente triple: o el juez decide con arreglo a la ley (según la ley, *secundum legem*), o sin la ley (junto a la ley, *præter legem*), o contra la ley (*contra legem*).

Estos tres modos de proceder se encuentran ya en la actividad del juez más sublime que la Historia universal conoce, en la actividad del pretor romano. El pretor proclamó en su edicto principios de jurisprudencia que, ante el Derecho de gentes tradicional, se ofrecían en parte de acuerdo, (*adiuvanti gratia*), coincidiendo con la ley de gentes, en parte, supliéndolo (*supplendi gratia*), así, pues, llenando las lagunas legales, y en parte, finalmente, corrigiéndolo (*corrighendi gratia*), así, pues, como corrección legal.

Ahora bien, nuestra tarea consiste, en vista de los tiempos actuales, en examinar la situación del juez indígena desde cada uno de estos tres puntos de vista.

SECCION PRIMERA

RESOLUCIONES (JUDICIALES) SEGÚN LA LEY

1. *El juez está sujeto a la ley.* Este principio domina nuestra moderna vida constitucional con la fuerza de un axioma. Para muchos es evidente que no debe, en general, permitirse siquiera una discusión sobre este punto. Y, sin embargo, requiere un detenido examen, tanto respecto a su justicia como respecto a su importancia.

1. Para muchos juristas la justicia del aludido principio se muestra ya fuera de toda duda por el simple hecho de figurar en ciertas leyes Constitucionales de algunos Estados. Recordemos a este efecto el § 1 de la ley orgánica judicial alemana, y el art. 113 de la Constitución federal suiza (1). Con esto ya creen muchos que

(1) No hay que citar a este propósito el § 6 de la ley Constitucional austriaca sobre el poder judicial, puesto que ella pone de relieve, no la sujeción sino la independencia del juez. Vid. a esta propósito ELSNER, en el *Österreichischen Richter-Zeitung*, 1914, pág. 21; y v. SOHRUTKA en *Becht*, 1914, pág. 45.

está resuelto el problema, pero están muy equivocados. Si el Juez se halla o no sujeto a la ley y hasta qué punto lo esté no puede determinarlo la misma ley; pues precisamente a una de las leyes debatidas pertenece el artículo de la ley a que se recurre. Si se somete a discusión si un niño debe obedecer cierto mandato de su padre, no se resolverá el problema ciertamente con que el niño exclame: el padre lo ha dicho, debo obedecer este mandato (1). Todavía hay más en nuestro caso: Con razón se ha hecho valer que en el § 1 de la ley orgánica judicial no significa la palabra *Gesetz* (ley) solamente la ley escrita (*lex scripta*), sino en general toda norma jurídica (2); pero entonces aquella disposición tiene un contenido totalmente distinto, pues la ley y el Derecho no son en absoluto una misma cosa.

2. Además se ha hecho alusión a la promesa de desempeñar el cargo, al juramento que el Juez presta, según el cual promete fidelidad y obediencia a las leyes del país; no obstante, tampoco este juramento significa nada decisivo, pues se comprende que no tiene significación constitutiva, fundamental, sino sólo confirmativa, corroboradora. El Juez promete, en virtud del mismo, observar aquella conducta que, aun sin él, es su deber adoptar. Así pues, tan equivocado sería querer derivar la posición jurídico-política del soldado del juramento a la bandera, como querer derivar la del Juez del juramento judicial.

3. Por eso tenemos que buscar otro fundamento a nuestro principio. Este fundamento se encuentra, como todos los fundamentos, no en la superficie, sino que únicamente puede obtenerse reflexionando acerca de la esencia íntima de la judicatura. El Juez es designado por el Estado para la aplicación del Derecho vigente en el Estado. Para la determinación y el aseguramiento de este Derecho objetivo en los Estados modernos sirve ante todo la ley. El Estado jurídico actual es Estado legal. Por lo tanto, la ligadura del Juez a la ley corresponde a un postulado de la conciencia civilizada.

(1) STAFFEL, *Deutsche Richter-Zeitung*, 1911, pág. 727; CARLOS SCHMITT *Gesetz und Urteil*, 1912, pág. 7 y s.

(2) HELLWIG, *Lehrbuch des Zivilprozesses*, I, 37 (con referencia al § 12 de la ley de introducción a la Ordenanza procesal civil, § 2 de la de concursos, § 7 de la Ordenanza procesal penal y art. 2.º de la del Código civil). Erróneamente WILDBAGEN, en *Hieserfestschrift*, 1913, página 344.

general, y este postulado se ha condensado en un convencimiento popular que domina a los espíritus, a lo que debe su valor. Si se quiere denominar a dicho convencimiento principio de Derecho consuetudinario, puede admitirse como lícito, yo no lo quiero discutir.

4. Con esto ha quedado demostrada la validez del principio de la fidelidad legal. Pero no por eso se halla resuelto el ulterior problema: ¿es este convencimiento popular también íntimo?, esto es, ¿está justificado desde el punto de vista de la Ética, de la cultura? Esta demostración no se la deja arrebatar de las manos la ciencia, especialmente la Filosofía del Derecho y del Estado.

El examen del problema permite sin titubear la afirmativa. El principio fundamental de la obediencia legal tiene su buen fundamento interno; pues es una consecuencia del fin, de la tarea cultural del Derecho.

a) El fin próximo del Derecho es el orden. Pero éste no queda asegurado con nada mejor que por medio de un escrito que se pueda leer con claridad y sea inteligible, escrito que contenga normas generalmente evidentes, firmes, duraderas. Por eso en la historia de todos los pueblos civilizados la consolidación creciente de la vida del Estado y del Derecho se retrotrae a la fecha en que se dictaron leyes escritas. Recordemos las legislaciones atribuidas a Moisés, a Licurgo, a Solón, las XII tablas de Roma, a Eduardo el *Confesor* (1). El Derecho consuetudinario se moldea como la cera. Sólo la ley introduce la seguridad jurídica, o mejor dicho la certidumbre jurídica (2). Pero la certidumbre jurídica que procura la ley está condicionada por la actuación de los Jueces. Se hace ilusoria si ni los jueces observan el precepto legal. Quien quiera confiarse en la ley tiene que confiarse también en la fidelidad legal del juez.

b) Íntimamente enlazado con el pensamiento de orden está el postulado de la publicidad del Derecho (promulgación). El Derecho

(1) Eduardo III el *Confesor* fué Rey de los anglo-sajones (1041 a 1066).—N. del T.

(2) Las palabras seguridad jurídica tienen dos acepciones: puede coexistir con un *ius certissimum* la inseguridad jurídica, por ejemplo, por falta de un poder de policía decisivo. Contra el desorden de los bandidos de las zonas montañosas de la Thesalia no son suficientes cien leyes claras.

debe ser conocido en lo posible de todo el mundo. En cuanto sea hacedero, debe a todo el mundo facilitársele siempre dicho conocimiento. También con este objeto se escribe el Derecho. Si el Estado renuncia a escribirlo, ocupa su lugar la iniciativa privada. El *Sachsenspiegel*, por Eicke von Reppichau, ha tenido durante siglos la consideración de una ley; responde ésta, por consiguiente, a una necesidad. Pero de nada serviría que se escribiese el Derecho si no se atuviese a él el encargado de aplicarlo a cada caso particular. □

c) Otro fin del Derecho es la igualdad. Derecho igual para todos, sin tener en cuenta la persona. Pero este postulado se cumplirá con mayor seguridad si se establece una norma general, válida para todos y visible para todo el mundo. Sólo así se puede fiscalizar si todo caso se mide con igual medida, sin beneficio particular para unos y perjuicio especial para otros. ¿Por qué se dictaron las leyes de las XII Tablas? A petición de los plebeyos, quienes no podían soportar por más tiempo la medida desigual con que hasta entonces solían medirles los reyes judiciales del patriciado. El Derecho consuetudinario era un polichinela en las manos de aquellos que habían monopolizado su conocimiento como una ciencia oculta (1). Sólo en una ley escrita vió la plebe el paladión de la igualdad ciudadana.

d) Un postulado ulterior del Derecho es la unidad. El Derecho diverso, según los tiempos, lugares y personas, no es el Derecho tal como debe ser. Pero la unidad del Derecho y de la jurisprudencia no es fomentada ni asegurada tanto como por una ley escrita, que hoy como ayer, en el Norte como en el Sur, es igual y la misma. El Derecho consuetudinario tiene siempre la tendencia a ser distinto, según el lugar y el medio. No fué nada casual si el sueño nacional de la unidad en un Imperio alemán, tal como fué dado a luz en el siglo XIX, se ha condensado en la demanda de un Código civil para la gran Alemania (2).

e) Finalmente, no olvidemos el postulado de la libertad. La fidelidad legal del juez es un postulado de la libertad del ciudadano. Toda ley, no solamente la constitucional, es una *Magna carta* de la libertad. El ciudadano no debe quedar sometido al arbitrio y capricho de un individuo, sino a una justicia firme, que pueda pre-

(1) Vid. WUNGER, en el *Oesterreichische Zeitschrift*, 1911, I, pág. 489 y s.

(2) Vid. HEDDMANN, *Recht und Wirtschaft*, 1913, pág. 293.

verse, según principios conocidos y comprobables. Por eso era el señorío de la ley y la sumisión del juez, en lo posible bajo ese señorío, precisamente un postulado del liberalismo individualista.

Especialmente muy importante y urgente es este postulado de la libertad, allí donde se trate de los gravísimos ataques del Derecho, de la libertad del individuo, condicionada por la averiguación y persecución de los delitos. Por eso, precisamente, se establece en Derecho penal el principio: *Nulla poena sine lege scripta*; por eso se prohíbe tan severamente en el mismo Derecho la analogía, en todos los demás Derechos empleada, por lo menos en perjuicio del inculpado.

Aun el malhechor debe poseer un derecho a no ser juzgado, según el arbitrio, la ira y la venganza, sino según leyes fijas, dadas a conocer previamente, *urbi et orbi*.

II. *El juez debe decidir según la ley.* Pero es ley lo que como ley ha sido publicada, el texto legal oficial tal como ha sido impreso, no otra cosa.

1. Los denominados materiales para la ley (trabajos preparatorios, discusiones, etc.), no son la ley y no tienen de ningún modo la fuerza obligatoria de ésta. Si se comprende ya que esto es evidente, a ello hay que atenerse mucho más cuando se trata de leyes constitucionales (1). Estas necesitan la labor conjunta, según la Constitución, de la Corona y del Parlamento; pero en la elaboración de los materiales legales sólo toma parte comunmente uno de estos factores, y muchas veces ni uno de ellos. Ya hace tiempo que Kohler ha esclarecido este punto de un modo convincente (2).

2. Así, pues, ¿deciden las palabras escueltas de la ley? O con otras palabras: ¿aquél sentido que se desprende de los términos legales, teniendo en cuenta el valor usual de las frases?

Ya hace tiempo que se sostuvo esto, por lo menos para el caso en que el sentido literal de la ley era inequívoco y único. *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio*. Se expresó también lo mismo en la forma siguiente: Si la interpretación gramatical da un sentido claro, no ha lugar a recurrir a la

(1) A este propósito SCHAFFRATH, *Theorie der Auslegung Konstitutioneller Gesetze*, 1842.

(2) *Gaunhuts Zeitschrift*, 18, 19, y s.

denominada interpretación lógica (1). En este estado se encuentran también las legislaciones, y por cierto no las absolutistas del siglo XVIII (2), sino también las constitucionales del XIX. Véase por ejemplo el § 22 del Código civil sajón: «Las leyes han de interpretarse según el sentido literal de sus palabras, y si dejan lugar a dudas, según la intención del legislador de otro modo manifestada». Esencialmente coincidente es el párrafo 1.º de la introducción al Código civil italiano: «A aplicar la ley no se le podrá atribuir otro sentido que el hecho patente por la propia significación de las palabras, según la relación entre ellas y la intención del legislador.»

Esta opinión debe ser duramente combatida. Nunca, en ningún caso, decide el sentido literal de la ley por sí solo. Este es tan poco decisivo como lo son por sí solas en la vida diaria las palabras de una persona en cuanto a la conducta que adoptamos respecto de ella. La investigación lingüística, especialmente la psicológica verbal, nos ha enseñado que no hay ningún sentido en sí y por sí mismo, sino que las palabras, a semejanza del camaleón, cambian de significado según las circunstancias y relaciones en que se emplean. Palabras que, en absoluto, no tengan más que una acepción, quizá en general no las haya. Para la averiguación del significado de una palabra hay que tener en cuenta, por consiguiente, siempre lo que las rodea, la relación con las demás, el gesto que las acompaña y cien otras circunstancias. El tono hace la música; lo no hablado determina el sentido de la palabra. (3).

Con razón señala el § 133, del Código civil, al Juez, que nunca interprete las declaraciones de los particulares teniendo en cuenta solamente el sentido de las palabras, sino más bien «averiguar la voluntad real». Esto mismo es aplicable a las declaraciones del que se denomina legislador (4).

El sentido literal de la ley no es por sí solo y bajo ningunas

(1) Así también R. G. J. W. 1912, 69: Es inadmisibile la interpretación ante el sentido literal claro; éste en general no la admite (1).

(2) El § 6.º del Código civil austriaco dispone: «No se le puede dar a una ley otro sentido que aquel que surja de la propia significación de las palabras en su conexión, o de la clara intención del legislador». Pero véase también el § 7.º

(3) Esto lo ha puesto especialmente de relieve enérgicamente DANZ. Vid. p. ej. *Recht*, 1914, p. 149.

(4) GMELIN *Quosque*, 1910, p. 19.

circunstancias decisivo, aunque aparentemente sea claro e inteligible. El que considera desde luego claro e inteligible un precepto legal, sin admitir debate sobre él, comete una petición de principio (1).

Por consiguiente, puede una ley, según su sentido literal, ser clara, y, sin embargo, podemos tener el deber de interpretarla contra dicho sentido. Recuerdo el ejemplo tantas veces citado: «Está prohibido llevar perros a la estación». Nada parece que sea menos susceptible de anfibología que esto. Qué sea perro, qué sea estación, lo sabe un niño. Y, sin embargo, si esta prohibición se interpreta según el claro sentido literal, resulta un sentido tal que resulta evidentemente un absurdo. Pues según él, por una parte, era permitido llevar a la sala de espera osos y leones, mientras que, por otra parte, el transporte ferroviario de perros, según los reglamentos, era inadmisibles en general, porque no se puede transportar por ferrocarril un perro sin llevarle a la estación (2).

3. Así, pues, no es el texto literal de la ley, sino su significado el que decide; mas hay que investigarle. El sentido literal es siempre solamente un auxilio, un indicio para averiguar aquel significado. Esta averiguación del significado se denomina interpretación.

Pero, ahora bien, el significado del precepto legal se determina según su fin. Los preceptos legales son manifestaciones de la voluntad. La ley debe ayudar a obtener algo; es siempre y sin excepción medio para un fin. Para obtener el último, se utiliza el precepto. Por consiguiente, éste se ha ideado de tal suerte que tenga el significado que exija su cualidad de medio utilizable para la consecución del fin visiblemente perseguido. No es decisivo el sentido literal, sino el pensamiento objeto de la ley; no el *verbum legis*, sino el *vis ac potestas legis*, que se determina por la *ratio legis*. Toda interpretación legal es racional, es decir interpretación teleológica. La distinción tradicional entre interpretación «gramatical» y «lógica» es absurda. Toda interpretación legal es «lógica», o más exactamente, teleológica, es decir interpretación derivada del fin.

(1) De igual modo WACH, *Handbuch des Zivil-Prozesses*, I, 1885, 268 y lo citado allí mismo: *quamvis sit manifestum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio eius*.

(2) Otros ejemplos en KAUFANN, *Wesen des Völkerechts*, 1911, p. 80. Véase también STAMMLER *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, p. 305.

El principio fundamental supremo de toda interpretación de la ley es el siguiente: *el precepto legal debe interpretarse de tal suerte que se ofrezca como el medio posible utilizable para la obtención del fin por él conseguido legalmente.*

4. Norma para la interpretación es, por lo tanto, el objeto de la ley. Pero, ¿cómo averiguaremos este objeto? ¿Cuál es el fin de una ley concreta?

La respuesta que tradicionalmente se da, dice así: objeto de la ley es aquello que el legislador se propone o tiene designio de obtener con la misma; lo que ha querido lograr con ella. El objeto de la ley es la intención, la voluntad del legislador.

Nosotros debemos emanciparnos de esta teoría interpretativa, ya se la denomine subjetiva o psicológica (1). Expondremos los graves defectos inherentes a la misma:

a) Ya en lo psicológico no está exenta de objeciones. Querer (en el sentido psicológico) puede sólo un ser consciente y pensante; pero el legislador, como una mera personificación, no reúne esas cualidades. Por eso, lo que puede ser considerado como *su* voluntad, en la esfera psicológica a lo sumo puede ser una especie de resultante de los esfuerzos entrecruzados de los individuos que accidentalmente toman parte en la tarea legislativa.

El problema aquí planteado y la investigación en pos de la voluntad del legislador conduce pues, también, en su realización práctica, a toda clase de enormes absurdos. Habría que husmear en proyectos, anteproyectos y contraproyectos, trabajos preparatorios, deliberaciones previas, ponencias de las Comisiones, actas de

(1) Los recientes trabajos de HUCK (*Gesetzesauslegung*, 1914) no han podido inducir a error respecto a este concepto al autor. La investigación de HUCK conducirá al resultado de que «la forma que mejor corresponda a la interpretación de la ley, se ofrezca como una investigación histórica de intereses» (pág. 8). Esta mezcla de modos de considerar las cosas causales y teleológicas, empíricos y normativos, es en sí misma tan desconcertante, que el reproche de la «bigamia de los métodos», de que ha sido objeto HUCK, parece comprensible. Por eso, naturalmente, no debe sostenerse que lo teleológico es incompatible con lo histórico; pues pertenece también al objeto que un legislador juicioso debe perseguir, según la naturaleza de las cosas, armonizar en cuanto sea factible lo que ha llegado a ser, con la defensa, en lo posible, de la continuidad y de la estabilidad. Sin esto vamos derechos al radicalismo.

las sesiones, motivos, memorias, informes, etc. (1). Hasta habría que interpretar cuidadosamente la sonrisa o la inclinación de cabeza de uno de la Comisión designado por el Gobierno, el discurso improvisado de un agradable parlamentario desconocedor del asunto, y hacer destilar después de todo esto la voluntad del legislador. Sólo faltaría, aunque sobre ello se oyese como testigo a cada miembro de los Cuerpos legisladores, lo que ellos han pensado, ideado y propuesto al reformar una ley (2). Todo esto constituye ya una equivocación en su fundamento y en su principio desde el punto de vista psicológico. La ley es la voluntad general, no la voluntad de un sólo Cuerpo gubernativo, imperial o nacional. Lo que haya pensado Franz Klein al elaborar su proyecto de ley sobre procedimiento civil, o Eugenio Huber al redactar la ley civil, es indiferente para la jurisprudencia.

Con esto no quiero decir que deba considerarse prohibido en absoluto el uso de los mencionados trabajos. Solamente quiero expresar que deben ser considerados como son: como simples fuentes de conocimiento, como simples manifestaciones de opiniones de conocedores más o menos íntimos del asunto. Cuanto con más ahinco y más fundamentalmente hayan trabajado, tanto más interesante y fructuosa será la lectura de estos precedentes de la labor legislativa. Las explicaciones de Huber por ejemplo: a su anteproyecto no las lee nadie sin ventaja y placer. Pero su autori-

(1) Una sentencia del Tribunal de casación de Zurich de 24 de Agosto de 1914 (en el proceso criminal contra Aeschlimann) establece una notable distinción. El proyecto del Gobierno de la Ordenanza procesal civil de Zurich de 1913 contiene una excepción penal. El Consejo cantonal la ha suprimido. El Tribunal de casación observa a este efecto: «Puesto que la anulación de la excepción se llevó a cabo por la Comisión redactora, pero no por la Comisión que estaba encargada del contenido material de la ley, subsiste en el Derecho vigente la excepción.»

(2) También esto ha ocurrido ya; vid. R. G., 81, 282; SALMANN, *Juristische Wochenschrift*, 1912, 321; W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, 1913, pág. 163; ILCK, *Gesetzesauslegung*, 1914, pág. 107; pero en contra SCHMITT, ob. cit., pág. 24; KLEIN, *J. W.*, 1911, pág. 834.

dad y fuerza obligatoria no son, en absoluto, otras ni mayores que las de las obras doctrinales y comentarios (1).

Especialmente engañoso sería gobernarse con fe ciega, por aquellos documentos preparatorios cuando contienen trabajos destinados a servir de proyectos en forma de texto legal definitivo, o aunque sólo sea por la transformación de disposiciones conexas, a otro orden trasladadas. Es evidente, que tales trabajos preparatorios, motivos, etc., por medio de la *lege lata* casi han perdido todo su valor.

La conducta de nuestros jueces respecto a los aludidos trabajos o materiales preparatorios es también de hecho bastante mediocre, y a menudo, arbitraria. Si coincide la opinión del redactor de motivos con la del juez, manifiesta éste enfáticamente que se apoya sobre los motivos: si, por el contrario, no coincide la última con la que se manifiesta en los susodichos materiales, desdeña a éstos, considerando que el juez no debe gobernarse por ellos. Poco a poco hay que convencerse que el segundo principio, de un modo directo, anula al primero (2).

b) La teoría de interpretación subjetiva está también sobre terreno falso en lo político y en lo jurídico-político. Procede aún de los tiempos del absolutismo, en los cuales significaba interpretar tanto como investigar la voluntad personal del señor territorial soberano; pues esta voluntad, tal como se manifestaba, era precisamente la ley. En los tiempos actuales del Estado constitucional es impropia esta concepción. En las Repúblicas democráticas, desde luego ésta no ha tenido sentido recto (3). La ley no nos obliga porque hace cincuenta años la dictó un superior, o la decretó una Asam-

(1) No tenemos que examinar aquí el gran valor que para los historiadores del Derecho puedan tener los trabajos preparatorios y coetáneos.

(2) Sobre las denominadas equivocaciones de redacción (a este propósito vid. Пукк, ob., cit., p. 145), no se puede entrar aquí en detalles. Todavía se plantea el problema de si un juez competente admitirá un error de redacción cuando al separarse del contexto se mejora. Un juez que obrase así se asemejaría a los partidos privados que con motivo de un error quieren combatirlo, aun declarando que realmente a ellos, en tal supuesto, les es más favorable que lo que les ocurriría sin dicho error.

(3) ОМОН, p. 55.

blea federal, sino porque aun en la actualidad se halla tras de ella la voluntad general; «la ley es una declaración permanente de voluntad de todo el pueblo» (1), no solamente en las Repúblicas con *referendum* obligatorio.

c) Aun en la relación metodológica es defectuosa aquella teoría interpretativa. Desconoce la labor especial de la interpretación jurídica. En el fondo se encuentra un trueque de dos formas de interpretación fundamentalmente distintas, esto es: la teórica-histórica y la práctica teleológica (2). La interpretación histórica trata de obtener por la vía psicológica lo que el escritor, poeta, orador, ha opinado, es decir, lo que ha pensado con sus palabras. Interpretación histórico-filológica es la que utilizó, si investigó lo que se ha propuesto Shakespeare con su Hamlet. Existe interpretación filológica cuando traducimos al alemán a un clásico latino. El mismo juez utiliza la interpretación histórica cuando trata de averiguar lo que acaso ha querido decir el autor de un folleto ofensivo, obsceno, sumamente pérfido. Por el contrario, la interpretación jurídica es completamente distinta (3). Su objeto no es la consecución de la verdad histórica mirando al pasado, sino más bien la obtención de la norma para una conducta práctica, futura. Existe propiamente interpretación jurídica, por lo tanto, no cuando se vuelve a sacar a luz psicológicamente la voluntad del autor de la ley, acaso hace largo tiempo difunto (4), sino solamente cuando conduce a un resultado con fin justo y adecuado. No lo que el llamado legislador ha querido empíricamente, sino lo que ha debido querer racionalmente es la norma suprema que ha de presidir la interpretación. Es inseparable de ella cierta causa fundamental del orden moral (5).

(1) GMEIN, p. 45. Vid. STAMMLER, *Theorie*, p. 616.

(2) WUNDT, *Ethik*, 3.^a edic. I, 1 y s., distingue muy bien, en igual sentido, entre exégesis explicativa y norma. Vid. también F. SCHULZ, en *Rheinische Zeitschr.* I, 376. Excelentes deducciones en RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914, 190 y s.; cons. especialmente el instructivo estudio incidental sobre la interpretación estética de las obras de arte (en oposición con la historia artística).

(3) Excelentemente se expresa WACH en su *Handbuch des Zivilprozesses*, I, 1885, p. 257. De distinta opinión W. JELLINEK, ob. cit., p. 168.

(4) Para los historiadores del Derecho la cosa es naturalmente distinta; pero éstos son precisamente historiadores, no juristas.

(5) WIELAND, ob. cit., p. 20, 32. Vid. KAUFMANN, ob. cit., páginas 86, 97; SRIER *Psychologie der Aussage*, 1911, p. 16.

Para la explicación podemos utilizar una trivial analogía.

Si cojo un libro de cocina, de medicina o de experiencias y hallo allí expuestas toda clase de recetas e instrucciones, ¿según qué principios dispongo mi lectura? ¿Quiero averiguar lo que el autor del libro de cocina en su tiempo ha pensado y querido expresar? ¿O es esto para mí completamente indiferente? ¿No me será más útil llegar a saber solamente cómo debo guisar para obtener platos bien hechos? Una hornada sabrosa, un experimento llevado a cabo con éxito me es más importante que llegar a saber lo que aquel escritor en su tiempo ha ideado y querido expresar.

A quien le parezca este ejemplo demasiado vulgar que busque uno más sublime y eche una mirada a la actividad del teólogo moderno (1). Mientras es historiador, y la Teología protestante actualmente está con exceso orientada en sentido histórico, se conduce en absoluto como un filólogo. Determina los textos y los orígenes, descubre las interpolaciones y falsedades, y trata de transportarse al mundo lingüístico y de los pensamientos de los redactores de los Evangelios o de las Epístolas. Su objeto es determinar lo que ha querido decir el hombre religioso. Todo lo contrario le ocurre al dogmático y moralista teológicos. Para éstos el canon no es el objeto de la investigación, sino únicamente el medio. No importa, en este último supuesto, lo que Pablo haya querido decir a los corintios, sino lo que tiene que decirnos el Cristianismo, porque no es la letra de la opinión individual, sino el contenido espiritual que vive en el todo, pero que en el autor individual sólo ha podido encontrar expresión incompleta, el que hace vivo a dicho todo. El que se dedica al cultivo de la Teología denominada del Nuevo Testamento, puede considerarse ligado a las condiciones del canon; pero el que estudia Dogmática o Ética debe abstraerse conscientemente de aquéllas, porque trata de averiguar la regla actual para tí y para mí (2).

De cómo se relacionan estas dos formas fundamentalmente di-

(1) A este propósito, vid. RADBRUCH, *ob. cit.*, pág. 192.

(2) En lo que concierne a mi principio de la interpretación de éste, como de todos los escritores cristianos, estriba aquél en entenderles como si hubiesen querido realmente decir algo y en cuanto lo permitan sus palabras, como si hubiesen dicho lo justo y lo verdadero: un principio que parece ser conforme a la equidad». J. G. FICHTM *Anweisung zum seligen Leben*, lección sexta.

versas de la interpretación—la histórica y la teológica—y cuán claramente deban y puedan ser separadas, han tenido ya los antiguos pandectistas una excelente intuición cuando explicaron la teoría de la *duplex interpretatio*, esto es de la *interpretatio ex tunc y ex nunc* (1). Todo pasaje del antiguo Derecho romano sostenía con razón lo susceptible de doble interpretación, por una parte de la filológica-histórica, que tiene por objeto fijar la significación que en la época del mismo autor se atribuía a sus palabras; pero por otra, aquella interpretación práctica en *usum fori*, tal como, por ejemplo, halló su sedimentación en el uso moderno de los pandectas, en el que importa averiguar, más que el significado originario, aquel que procure un resultado útil y conforme a la época.

También tiene relación con esto la distinción corriente entre los pandectistas, entre *ratio* y *occasio legis*. *Occasio legis* es el motivo histórico-psicológico de la ley; de su fijación se desprenden ciertos puntos de apoyo para el fin empírico que pueda haber perseguido el denominado legislador al dictar el precepto. Pero fundamentalmente distinta de éste es la *ratio* legal; libre de los efímeros casos fortuitos de los precedentes históricos concretos, se emancipa desde el principio de la voluntad individualmente limitada de las partes especiales interesadas, acompaña a la ley a través de todos los tiempos, se modifica según las necesidades y condiciones esenciales de la época, y es con frecuencia hoy completamente distinta de lo que era hace cincuenta años (2).

Por desgracia, en la jurisprudencia, la distinción fundamental a que acabamos de referirnos es frecuentemente desconocida. Pero el instintivo deseo de asegurar el éxito con que el jurista práctico procede (3); aun empleando métodos defectuosos, hace que aparezcan menores los daños en la práctica. También le ayudan frecuentemente al juez recursos obtenidos al verse en situación difícil.

Uno de estos es, por ejemplo, dar vuelta a la ley, cosa que es

(1) Cons. GUR, pág. 46.

(2) HILDEA *Kommentar zum B. G. B.*, pág. 18; SCHMIDT, ob. cit., pág. 85, vid. en W. JÄLLINER, ob. cit., pág. 60; la aludida sentencia del Tribunal Supremo; así como en REUSCH; *Deutsche Juristenzeitung*, 1914, pág. 66, la allí citada resolución del juez supremo del Estado de Wisconsin.

(3) Vid. a WIELAND, ob. cit., pág. 86.

imposible que haya querido el legislador. Esta torcedura de la ley conduce con frecuencia a una ficción. Ciertamente es que en su tiempo se pudo haber querido una cosa, y quizá se pueda comprobar que realmente se ha querido; pero no se hubiese debido querer, y por esta causa, niega efecto el juez a aquellas palabras.

d) Los contratos, prescribe acertadamente el Código civil, deben interpretarse tal como de buena fe (teniendo en cuenta los usos corrientes) deben entenderse. El Código civil se ha inclinado, por lo tanto, al punto de vista de la teoría denominada de la declaración; punto de vista, por lo demás, que, aun sin fundamento legal, había adoptado anteriormente, en repetida y constante jurisprudencia, el Tribunal federal suizo. Lo decisivo en esta interpretación no es lo que el declarante (legislador) quería y opinaba interiormente, sino lo que el receptor de la declaración (el *declarado*), al aclarar, piensa que debe y puede admitir como su significado.

Esta teoría de la declaración es sana y justa. Solamente ella es la adecuada a las necesidades de una vida de relación llena de confianza. Pero si es así, lleva consigo también la consecuencia que precisamente esta teoría sirve asimismo para la interpretación de las declaraciones de voluntad más importantes que la vida jurídica conoce en general: para las declaraciones del denominado legislador (1). Tampoco éstas han de interpretarse según lo que el legislador pueda y deba pensar, sino más bien según lo que pueda y deba pensar el destinatario de la ley. Así, pues, si hay que hacer consideraciones psicológicas, han de ser objeto de ellas, más que el alma del legislador, las de los que reciban la ley (2).

Es evidente que la teoría interpretativa subjetiva, aquí combatida, se halla en contradicción con la de la declaración, que antes hemos mantenido como exacta.

e) Finalmente, por sus frutos debe reconocerse dicha contradicción. El método subjetivo conduce a peligrosos errores y a consecuencias penosas y poco deseables. Cuando la interpretación tiene como fin averiguar la voluntad del legislador, debemos, especial-

(1). Vid. *R. G. Recht*, 1914, núm. 262 (Interpretación de una patente).

(2) Tampoco, naturalmente, el receptor de la ley es algo que se da empírica-psicológicamente. No hay un receptor de la ley, como no hay un legislador. Ambos son solamente una abstracción. Los romanos hubiesen empleado también aquí el tipo del «padre de familia normal».

mente, cuando la ley es de antigua fecha, transportarnos, a la manera de los historiadores, al medio, apreciaciones y necesidades de un tiempo más o menos lejano, y, en lo posible, de un pueblo más o menos extraño. Un precepto de Justiniano lo tenemos que interpretar aun hoy según el significado que él mismo le atribuía; una disposición del Código civil francés, según los deseos e intenciones de Napoleón I (1). En efecto, el Tribunal imperial alemán no ha vacilado en interpretar a veces disposiciones del Código civil alemán, cuyo contenido procedía del Derecho francés, según la jurisprudencia de los Tribunales franceses. Una práctica interpretativa más arriesgada que la aludida difícilmente puede idearse. Tal modo de proceder debe considerarse igual al de aquel que sostuviese que «para el hombre adulto le basta el alimento de un niño» (2). Con razón se coloca la Ciencia jurídica suiza, con respecto a los preceptos que el Código civil suizo ha tomado del alemán, en un punto de vista fundamentalmente opuesto. Un artículo del último, aun cuando haya sido reproducido literalmente en el suizo, es, para el juez helvético, un precepto de Derecho de su país, y no del alemán. Por consiguiente puede tener un sentido completamente distinto para el primero que para el segundo (3).

5. De lo expuesto (en los apartados *a*) a *e*) resulta que la teoría interpretativa, denominada subjetiva, ha tomado un camino equivocado. La norma directriz de la interpretación ha de ser más bien un criterio objetivo.

Si queremos formular ese criterio hay que referirse una vez más a la denominada voluntad del legislador. El «legislador» no es, a nuestro modo de ver, a pesar de su cualidad de ser real (4), de ningún modo un ser que piense y quiera con independencia. Querer determinar psicológicamente una «voluntad del legislador» es, por consiguiente, un absurdo (véase arriba pág. 65 y ss.). Pero esto no nos impide utilizar, como idea auxiliar teórica, la de un legislador, como solemos comprender una pluralidad de hombres por medio de una idea auxiliar, pensándola como una unidad, como si fuese un solo

(1) Esta opinión equivocada la sostiene también W. JELLINEK, ob. cit. pág. 171.

(2) KOHLER, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes*, I, 129.

(3) GROSS, pág. 73.

(4) Prescindo de este problema metafísico.

hombre (1). Las mismas ciencias naturales no proceden de otra manera cuando, como objeto de su labor, nos hablan de átomos, moléculas, ondas etéreas, etc. Por consiguiente procedemos nosotros como si la ley la hubiese producido la voluntad concedora del fin de un individuo humano, como tal imaginado con realidad, pero por su individualidad totalmente desconocido, cuya exclusiva tarea fuese legislar. Esto es un artificio que nos auxilia; pero obsérvese que dicho artificio no es perjudicial mientras nos acordemos de su cualidad, y es casi imprescindible para el hombre práctico menos acostumbrado al pensamiento abstractamente metafísico (2). Pero la voluntad de este legislador elaborado artificiosamente, se desprende de las palabras que utiliza, en relación con las circunstancias de la vida de cuya reglamentación se trata, en cada caso concreto. Con otras palabras: suponemos que la ley concreta es el mandato de un hombre sensato normal, quien todo lo que ordena lo ordena pensando en un fin, aun cuando se equivoque en las palabras. De las palabras y de las circunstancias inferimos estos fines concretos, partiendo siempre del supuesto de que el mandato expresado en las palabras de la ley es el medio imaginado y querido para la consecución de aquel fin; medio que, dadas tales circunstancias, un hombre inteligente hubiese ideado como legislador y lo hubiese relacionado con la publicación de este mandato concreto. Pero de este fin así determinado volvemos a inferir, retrocediendo, la disposición que, dadas ciertas circunstancias, es el medio adecuado para obtener el aludido fin. Al resultado de este proceso regresivo le denominamos el sentido o significado de la ley. *Toda interpretación legal, por consiguiente, emana de una conclusión de medio a fin, enlazada con una inducción regresiva del fin averiguado de esta suerte al medio necesario para obtener dicho fin.*

Un ejemplo bien conocido para la mejor inteligencia. Si el señor dice a su criado: «Encienda usted las estufas todos los días», nos preguntaremos: ¿qué se propone el señor con esta orden? Esta

(1) Ejemplo: la juventud estudiantil estuvo inspirada; la sociedad alpinista salió de excursión, etc.

(2) A este propósito, vid. VAHNINGER, *Die Philosophie des Als-Ob*, 1912. El ejemplo más famoso es el contrato social de ROUSSEAU y de KANT. Para ellos el contrato no es un hecho (fenómeno) sino una idea racional (nómeno). Véase también a STADLER, *Kants Teleologie*, 1912, pág. 39.

consideración acerca del fin da por resultado averiguar que el señor desea no quedarse frío. Pero si preguntamos después si, a ese propósito, es necesario encender todos los días las estufas, responderemos: Sólo en tanto el tiempo no vuelva a ser de temperatura considerablemente más elevada. Así, pues, el señor, para formular su orden con más exactitud, según el fin que se propuso, hubiese debido decir con más propiedad: «Encienda usted mientras la temperatura no sea más tibia». Estas palabras hubiesen sido las exactas, es decir, las que verdaderamente se referían al empleo del medio correspondiente para la obtención del fin prefijado. Por lo tanto, el significado de la orden no se precisa por las palabras realmente dichas, sino más bien por aquellas que una persona inteligente hubiese debido emplear con más corrección, si hubiese querido favorecer la consecución de su objeto (inducido de las palabras proferidas), mediante una orden dictada en consonancia con dicho objeto.

Lo que acaba de decirse de señor y criado (1) puede aplicarse, con las naturales variantes, al hipotético legislador, en relación con el sometido al Derecho y con el juez.

También guarda sorprendentes analogías con una orden del servicio militar. Si un centinela se deja ahogar, en el lugar que se le fijó, por una inundación, sólo porque se le ordenó que no abandonase su puesto, esto, más que obediencia, es estupidez (2).

6. Pero con esto no han llegado al punto final nuestras consideraciones. La Teleología (ciencia de los fines) enseña, y la vida diaria lo confirma, que el mismo medio es utilizable para diversos fines. Lo mismo ocurre con el mandato legal, considerado como medio. De esta suerte, determinar qué fin ha perseguido el artificio-

(1) El grandioso libro popular de SCHALKENARREN *Till Eulenspiegel* contiene otros ejemplos a docenas. La picardía estriba en pegarse maliciosamente a la letra de una prescripción y burlarse del que la da. Así el chiste ingenioso: El médico prescribe al enfermo: «Evite usted el café y el té, beba diariamente dos vasos de cerveza y fume de dos a tres cigarros». Después de quince días encuentra el médico al enfermo en lamentable estado. El médico le dice: «¿No ha observado usted, pues, mi prescripción?» El enfermo contesta: «¡Oh! Ciertamente iba bien, pero solamente los dos cigarros me han sentado siempre muy mal; no soy fumador y no puedo acostumbrarme a fumar».

(2) Tomo el ejemplo de HECK, *Gesetzesauslegung*, pág. 171.

so legislador—la ley personificada—es cosa que con frecuencia no se puede inferir, con una sola significación, de sus palabras. Pero sin determinación de un fin tampoco es determinable la conclusión regresiva sobre el significado del precepto tendente a un fin.

Es evidente que ahora se necesita elegir entre los diversos fines legales posibles. Pero el principio que presidirá esta elección no se deriva de la función final general de esta ley concreta por sí sola, sino más bien de todas las leyes en general. Una consideración ideal, una consideración *sub specie aeterni*, ha de introducirse (1). La siguiente reflexión conduce al objeto. La ley es, según su idea, no un producto de la voluntad, sino engendrada por la razón. Por eso es principio fundamental y director tácito de toda elección el pensamiento de que el imaginado legislador, en caso de duda, sólo se ha propuesto lo racional, lo adecuado, lo útil, en una palabra: lo justo. También pueden aplicarse al legislador las profundas palabras *quivis praesumitur bonus, donec probetur contrarium*. Bueno es, empero, quien quiere lo mejor y hace al efecto lo adecuado. Así, pues, buen legislador será aquel que quiere y ve el bien del todo, y, guiado por esta estrella, se sirve de lo más útil y de lo más adecuado. El ideal del legislador es el *bonus pater patriae*. Por eso mientras la ley se pueda entender e interpretar de tal modo que el resultado sea el recto en este sentido, aceptaremos dicho resultado confiadamente, como el objeto que la ley se ha propuesto. *Por eso cada ley, en caso de duda, según la conveniencia social, se ha de interpretar de tal suerte que sus preceptos se manifiesten como el medio más útil, en el momento actual, para la consecución de un estado social justo y sano.*

Esta fórmula no es nueva. Innumerables autores han dicho esto antes y mejor. Citaré sólo los siguientes:

Wach (2): «La ley... ha de interpretarse del modo que responda mejor a su fin conocido y a las demandas de la justicia... La esencia de la ley, como voluntad racional, conduce al intérprete al pos-

(1) Sin penetrar en la filosofía jurídica todo estudio jurídico es solamente un oficio o arte. «Sobre el sentido literal de cada ley particular se halla la *ratio* del conjunto del orden jurídico». (ENDEMANN, *Verbotsgesetze*, 1887, pág. 41).

(2) *Handbuch des Zivilprozesses*, I, 1885, págs. 258 y 275. La mayoría de los principios interpretativos desarrollados en el texto son defendidos por WAON. Vid., ob. cit., págs. 254 y siguientes.

tilado de que ha de darse la preferencia al sentido más racional de la ley posible, según otros principios de interpretación, sobre los sentidos que, siendo también posibles según los mismos principios, son menos racionales. Pero es más racional aquel que mejor corresponde al objeto de la ley...»

Binding (1): «La ley piensa y quiere lo que el espíritu popular, con interpretación racional, de él infiere.»

Kohler (2): «De los posibles pensamientos contenidos en la ley ha de elegirse aquel por el cual la ley tenga el significado más racional, más provechoso y el que manifieste la más bienhechora eficacia.»

Stammler (3): «Si permanece obscuro e incierto el significado real y limitado de una institución jurídica, hay que suponer que la ley, en el sentido de su concepción fundamental, ha sido guiada por el pensamiento de un contenido justo en su voluntad». «Se dan tres gradaciones en la actividad de la interpretación jurídica. En primer término tenemos que inferir de la misma voluntad el contenido que se halla realmente encerrado en el querer condicionado jurídico...; en segundo lugar, puede ser explicada precisamente la especialidad de esta disposición jurídica limitada por el fin condicionado, al cual ésta ha de servir indudablemente como medio; en tercer lugar, puede llegar a ser necesario, a causa de quedar obscura en sus particularidades normales y limitadas, aceptar el querer interpretante jurídico en el sentido de su disposición fundamental y admitir como su contenido aquel que, en una situación dada, esté regido por la idea del Derecho, guiado por el ideal social.»

Gmclin (4): «Lo que el mismo juez, trasladado a las respectivas condiciones de vida de que se trate, sentiría, y en su consecuencia manifestaría como justo y bueno, eso es lo que él debe, cuando piensa y obra rectamente como juzgador, sacar de la ley, en cuanto no tenga contenido inmutable, y custodiarlo.»

Gmür (5): «Todo pasaje debe interpretarse de tal suerte que favorezca la obtención de un orden completo y adecuado de las relaciones de la vida, en sentido eficaz.»

(1) *Handbuch des Strafrechts*, I, 1888, pág. 456.

(2) *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, 126.

(3) *Hallenser Fittinggabe*, 1903, 165; *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, pág. 621.

(4) *Quosque*, 1910, 9.

(5) *Ob. cit.*, 54.

Wehli (1): «La labor de la Interpretación legal es... sacar a luz el contenido objetivo inmanente del orden jurídico... En primer término rigen... para el juez las ideas finales de la ley, en cuanto dan conclusiones. En donde no basten, ocupan su lugar las ideas finales de la colectividad, sostenidas por el juez...»

Donati (2): «No podremos concebir el Derecho positivo sin concebir igualmente un ideal que con él corresponda. El intérprete que se encuentra frente al dictado del legislador no podrá ser ahora un simple reconstructor de fórmulas; cierto es que debe penetrar en el espíritu que ha animado la obra legislativa. Debe sentir el alto valor ético del instrumento de cuya aplicación debe cuidar. Después sería en general incongruente negar que la obra del jurista, por ser completamente la viva voz del legislador, no había de producir también los intentos de justicia que en ella descansan.»

Con arreglo a estos principios han trabajado ya en el fondo los romanos. Así, pues, lo que ahora mismo se ha dicho con diversas fórmulas no es otra cosa que lo que éstos denominaban *interpretatio ex bono et aequo* (3). Ciertamente es que los romanos solamente eran prácticos; se hallaban muy lejos de profundizar en la doctrina, pero también de atolondramientos doctrinarios. Tampoco han faltado en la antigüedad quienes hayan mantenido en teoría nuestra opinión; el primer teórico que la ha desenvuelto era nada menos que el mayor filósofo jurídico de todos los tiempos: Aristóteles (4).

Pero no se incurra en error acerca de este punto. Cuando decimos que la ley ha de interpretarse según la conveniencia, no queremos decir por eso que deba sobreponerse la opinión subjetiva del juez sobre la norma objetiva de la ley. Con toda claridad volvemos a decir nosotros mucho más; el criterio de la conveniencia es sólo un pensamiento guía, al que hay que seguir en tanto en cuanto lo permita el sentido de la norma legal concreta, conseguido con inferencias progresivas y regresivas, derivadas de las palabras de la ley y de las circunstancias de tiempo. Si nosotros quisiésemos que la conveniencia del resultado fuese única y exclusivamente la que decidiese, abriríamos las puertas a lo arbitrario; en lugar de la *lex*

(1) *Zur Analyse der Urteilsfindung*, 1913, págs. 21-26.

(2) *Principio di equità*, 1913, 22.

(3) DONATI, *ob. cit.*, pág. 31.

(4) *Eth. Nic.*, V, 10; *Rhet.*, I, 13; a este propósito Donati, obra citada, pág. 26.

lata se ofrecería lisa y llanamente la *lex ferenda*. Esto lo observaron los radicales de todos los tiempos, desde los antiguos y medioevales defensores de la *lex naturae* hasta ciertos partidarios del Derecho natural y del libre de los tiempos más recientes. Ante esto, debemos llamar especialísimamente la atención acerca de que, en la presente sección, nosotros nos dedicamos exclusivamente al examen de la aplicación de la ley, juzgando *secundum legem*.

Por eso, es indispensable hacer notar que la interpretación más amplia y liberal tiene también un límite, más allá del cual no es ya interpretación ni aplicación de la ley, sino otra cosa muy distinta. Por lo mismo, si la interpretación quiere continuar siendo tal *interpretación*, ha de detenerse en absoluto ante la fijación del fin, ofreciéndose, indudablemente como irracional (*disteleológica*) del legislador empírico. Lo que de esto se desprende, ya no acontece según a ley, sino contra la ley. La interpretación se mueve, por lo tanto, siempre dentro de aquel marco formado por un círculo limitado por la determinación del fin legal, según el significado de las palabras y las circunstancias de los tiempos. Por consiguiente, si de las palabras de la ley, en relación con los hechos generales conocidos de la vida social de la época, aparece como imposible la consecución de un determinado fin legal, o como posible solamente uno de los fines legales, tenemos que decidimos por él; a no ser que existiese un fundamento que nos autorizase para, en el caso dado, decidimos a conciencia contra la tendencia de la ley.

El mérito de Stammler estriba precisamente en haberse referido especial y enérgicamente a este punto de vista. Distingue el Derecho justo y el positivo. Todo Derecho positivo debe ciertamente ser justo. Por lo tanto, en caso de duda, debe partirse de que el legislador con su precepto ha seguido «el camino para lo justo.» Si se desprende, no obstante, del contenido de la ley, que esta subordinación no existe en concreto, o, con otras palabras, que la norma legal concreta sirve un fin injusto u ofrece para su consecución un medio inútil, entonces se da precisamente una regla jurídica injusta, la cual, sin embargo, así en la interpretación como en la aplicación de la ley, tiene que respetar (1), en tanto se ofrezca dicha regla como Derecho vigente.

(1) Si esto no aconteciese, y que debe ocurrir siempre se probará después, no habría ya aplicación de la ley, sino más bien oposición contra la misma.

Pero puede ocurrir este caso, pues la validez de un principio jurídico no está condicionada por su justicia (1).

III. *Por una serie de ejemplos se aclara lo dicho.*

1. *Casos clásicos suministrados por la esfera de los preceptos formales.*

a) Un contrato que presenta defectos de formas prescritas en la ley es nulo (§ 125 del Código civil). Pero si este contrato ha sido cumplido voluntariamente en todas sus partes, ¿es nulo o no lo es? Según el texto literal es nulo; según el fin no lo es. Porque, ¿qué sentido y qué fin tendría aun pedir el cumplimiento de las formalidades? Para ciertos actos (el matrimonio, etc.) podría, por ciertas apreciaciones acerca del fin, seguirse el criterio opuesto, pero esto es una sutileza (2).

b) Toda manifestación de la voluntad jurídica de obligarse debe ser firmada por la propia mano del que se obliga. Ahora bien, ¿será también firma si se escribe el monograma junto al texto? Según el texto literal no, pero el objeto legal no está por eso afectado. Es este objeto solamente el de asegurar la fijación de la autenticidad y de la seriedad. Pero ambos se cumplen si el que se obliga, por algún fundamento plausible, escribe su nombre junto al texto. Para el tráfico cambiario cierto es que esto no es válido, pero tiene fundamentos especiales que no son de aplicación a otros casos.

c) El contrato de fianza requiere la forma escrita (§ 766 del Código civil). Ahora bien, supongamos que un fiador que se obligó por escrito, limita después oralmente su fianza. ¿Es esta adición válida? Difícilmente se podría contestar en sentido afirmativo atendiendo al sentido literal, porque la modificación de un contrato de fianza es también, como se comprenderá, un contrato de caución. Pero, interpretado el precepto por su fin, debe contestarse afirmativamente, pues el objeto de exigir la forma escrita es la protección del fiador; mas esta protección no es necesaria, y aun serviría de

(1) STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, pág. 716.

Al corregir las pruebas del presente trabajo llegó a mis manos el libro de KRETSCHMAR *Methode der Privatrechtswissenschaft* (1914). No me ha convencido su crítica del método teleológico que aquí se defiende (pág. 40).

(2) REICHEL, *Archiv f. civ. Pr.*, 104, 30 y s. Además, y es digno de especial atención, RIEZLER, *Venire contra factum proprium*, 1912, 139, y s.

perjuicio cuando se tratase de atenuar la carga de la fianza (1).

d) Si el testador no puede firmar el testamento, se sustituye la firma, según el § 2.242 del Código civil, consignando el notario en la escritura matriz que el testador no puede escribir. La famosa viuda Schmidt era paralítica; el juez escribió en el acta: «La heredera estaba paralítica y no podía escribir.» El Tribunal Supremo ha declarado nulo este testamento. Según la letra, con justicia; según el espíritu de la ley, con mucha injusticia; pues la ley pide solamente que se dé un fundamento plausible que explique por qué el heredero no firmó el testamento, a pesar de aceptarlo, y deja, para simplificar la cosa, como fundamento adecuado, el que se haga constar autorizadamente que no se puede escribir.

e) El § 2.238 del Código civil exige para la validez del testamento público: la «entrega» del testamento escrito al notario. ¿Bastará, a los efectos de este precepto, que el notario muestre el testamento, firmado ante testigos, al testador, preguntándole si se lo entrega al mismo notario, quien ya lo tiene en su poder? La negativa a esta pregunta no debía ni siquiera merecer los honores de la discusión; pues si el testador, sabiendo de qué clase de documento se trata, autoriza al notario, quien ya tiene el escrito en su poder, para que lo retenga en sus manos, se puede equiparar esto, considerado el fin perseguido, a una «entrega.» Sería un formalismo incomprensible si se quisiese exigir al interesado que lo tomase en sus manos y lo trasmitiese a las del notario (2).

2. Ejemplos tomados de la teoría contractual.

a) Según el § 104 del Código civil, las manifestaciones de la voluntad de un incapaz son nulas. Ahora bien, si un banquero, enfermo mental, le otorgase un préstamo al 6 por 100 a uno que demanda dinero y es digno de que se le conceda crédito, ¿es el préstamo nulo? Según el texto literal, indudablemente; pero, considerado el fin, se ofrecen graves dudas; pues el de la aludida disposición no ha sido perjudicar al enfermo mental (y sería perjudicado si se le quisiese otorgar, en lugar de la acción derivada de préstamo, la de enriquecimiento indevido), sino más bien protegerle. Pero no necesita protección aquel que ha hecho una buena operación, del mismo modo que la hubiese hecho un hombre de nego-

(1) R. G. 71, 415.

(2) Excelentemente escribe KUMPF en *Juristische Wochenschrift*, 1914, 445 contra R. G. 81, 34 (1).

cios sano de mente (1). Se ha censurado arbitrariamente este resultado; pero, ¿no sería aún una arbitrariedad mayor quizá, si, ateniéndose a las opiniones predominantes, al prestatario sabedor de la incapacidad del prestamista no se le pudiese perseguir ejercitando la acción de préstamo, y al fiador se le debiese considerar exento de toda obligación en general? La invocación al *lex ita scripta* no excluye el calificativo de arbitrario.

Yo no me imagino que la opinión defendida por Danz hallaría aplauso enseguida tanto en la teoría como en la práctica (2), pues es aún demasiado fuerte la costumbre de la jurisprudencia de conceptos logísticos de tiempos que hace poco pasaron. Si viviésemos entre jurisconsultos romanos sería otra cosa muy diferente. Veamos las siguientes soluciones de los mismos:

aa) Una manifestación voluntaria obtenida dolorosamente es impugnable (*exc. doli*), a no ser que al engañado no le cause perjuicio lo último, a pesar de que las palabras del Edicto no contengan reserva (3).

bb) Si el menor promueve un litigio sin la asistencia de su tutor, las actuaciones son nulas; sin embargo, son válidas si el menor gana el pleito (4).

cc) La transacción sobre alimentos necesita la aprobación pretoriana, de otra suerte es ineficaz; sin embargo, es y queda válida en tanto mejora la situación del acreedor (5).

Estos son modelos típicos del manejo del Derecho teleológicamente, del más seguro empleo de aquel principio de oro, que proclamado para el bien, no puede ser usado en su perjuicio por la adhesión formalista, y que, en cuanto se propone la protección de alguien, no puede utilizarse al desaparecer la necesidad de protección, en perjuicio de su adversario (6).

Pero ciertamente no somos juristas romanos. La muchedumbre agobiante de teóricos y prácticos actual, no se siente llamada a ca-

(1) DANZ, *Rechtsprechung*, pág. 51; idem *Berliner Tageblatt* de 24 de Junio de 1913; *vid.* también FUCHS, *J. Woche*, 1914, 1.011.

(2) Los razonamientos de MAX WOLFF (Lissa) están muy lejos de perjudicarlo.

(3) 7, 7, D 2, 14; 30 C 3, 4.

(4) 2 C 3, 6; 14 C 2, 13.

(5) 8, 6 D 2, 15.

(6) 25 D 1, 3; 68 D 50, 17.

minar por los libres caminos de aquellos hombres. El hacer esto, a su juicio, es propio de personas de pensamiento más libre. Esta distribución la exige el orden. Por eso, una concepción jurídica, que yo personalmente considero falsa, afirmada conjuntamente por la teoría y por la práctica, es para mí un hecho tan cumplido como una ley equivocada. De otra suerte sería inevitable la anarquía (1).

Lo que acaba de decirse tiene también aplicación al discutido § 104 del Código civil. A mí personalmente me parece la opinión de Danz sana y plausible; pero confieso que Danz tiene en contra suya la falange cerrada de una *communis opinio* con firmes raíces. En tales circunstancias dar coces contra el aguijón no tiene ningún sentido, y sólo conduce a confusión. Sin embargo, no se infiera de esto que consideremos la opinión predominante como falsa, y que abogamos por su rápida sustitución, por otra mejor, tan enérgicamente como se aboga por la sustitución de una mala ley por otra mejor.

b) El § 181 del Código civil declara ineficaz que el apoderado o mandatario contrate consigo mismo. Así, pues, el padre no puede celebrar un contrato en nombre del hijo consigo mismo. Supongamos ahora que el padre regala a su hijo de cinco años una caja de música por Nochebuena, naturalmente sin intervención de un tutor. ¿Es la donación y su ejecución válida? Según la letra legal, la negativa es indudable.

Pero ¡qué resultado contrario al sentido común y al fin de la ley! Pues el último no estriba en molestar al niño, sino en protegerle. En la recepción de un regalo no necesita ser protegido. Por lo tanto, la ley ha de interpretarse restrictivamente en este sentido (2).

3.—Ejemplos tomados del Derecho de obligaciones.

a) Según el § 325 del Código civil, debe el comprador, cuando el vendedor no quiera entregar la cosa vendida, fijar al último un plazo adicional; solamente después de transcurrido inútilmente éste, puede desistir del contrato. Ahora bien, ¿qué hacer si el vendedor ha declarado ya no querer hacer la entrega? ¿Debe, aun en este caso, ser fijado un plazo adicional especial y esperarse a que transcurra? Según el texto literal, habría que fijarlo y esperar su trans-

(1) RICHTEL *Unklagbare Ansprüche*, 1911, p. 83; *Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung*, 1913, p. 82.

(2) Vid. *Schweiz. Bundesgericht, Praxis*, 1913, p. 511 y s.; RICHTEL en el *Züricher Einweihungsfestschrift*, 1914, p. 112.

curso, según el sentido y el objeto legales, seguramente, no, porque la fijación de dicho plazo no tiene en tal supuesto sentido ni objeto práctico (1).

b) Un dependiente puede advertir a su patrono con anticipación que tiene el propósito de cesar en sus servicios tan pronto le traslade a otra población (§ 570 del Código civil). Un agente de policía de una gran ciudad es trasladado de uno a otro barrio de la misma con obligación de mudarse de casa; un juez domiciliado en Lichterfeld es trasladado a la zona central de Berlín, autorizándole a seguir viviendo en el citado suburbio; el profesor de una Universidad libremente acepta el llamamiento que se le hace para que se traslade a un hospital extranjero. ¿Es aplicable el precepto? La contestación nos la dará el objeto de la prescripción.

c) El corretaje se gana tan pronto se concerta el contrato en que intervino el corredor. El que dió el encargo celebra el contrato que deseaba, contrato que aun cuando sea nulo por alguna causa desconocida para el corredor, se cumplió sin demora por ambas partes y cumplido queda. ¿Se ha concertado el contrato y se ha ganado el corretaje? Según el texto literal, acaso no; pero, según el pensamiento objetivo, es indudable la afirmativa, pues el que dió el encargo obtuvo todo lo que quería y lo hubiese conservado si el contrato hubiese sido válido, por lo tanto, el efecto económico del contrato que se esperaba se logró (2).

4.—Ejemplos del Derecho de familia.

a) El Código civil suizo hace depender la validez de los esponsales de una hija menor de la aprobación del padre, y en su defecto, del de su tutor. El caballero que sin aquella aprobación se haya desposado, la engaña y rompe el desposorio, ¿podrá ser perseguido por la novia por dicha ruptura? Según el texto literal, no; pero según el fin de cuidar de las menores que se propuso la ley, ciertamente sí (3).

b) Una mujer que fué casada no debe volverse a casar antes de que transcurra el plazo de espera de diez meses (§ 1.313 del Código civil); se admite dispensa. En Württemberg ocurrió el

(1) *E. G.* 51, 350. *DANZ, Rechtsprechung*, p. 53; *WILDHAGEN, Riesserfestschrift*, 1913, p. 848.

(2) *REICHEL, Maklerprovision*, 1913, pág. 29.

(3) *TUOR, Das neue Recht*, 1912, p. 116.

caso de dos esposos divorciados, que tan pronto fué firme la sentencia de divorcio, decidieron volverse a casar. El funcionario competente se aferró a la letra y exigió la dispensa que fué otorgada fácilmente (1). Esta es una aplicación de la ley por un subalterno que le parecería mal a un jurisconsulto, pues el fin exclusivo de aquel plazo es evitar la incertidumbre respecto al padre (2), pero esta precaución no era aquí necesaria, ni aun en el caso de que la mujer, inmediatamente después de quedar firme la sentencia, hubiese concebido fuera del matrimonio (3).

c) El hijo ilegítimo debe ser alimentado según la posición de la madre (§ 1.708 del Código civil). Ahora bien: ¿qué sucederá si una Princesa tiene un hijo de un cochero? Reflexionemos sobre el objeto de la ley; comparemos especialmente los derechos del hijo ilegítimo con los del legítimo y la interpretación no puede ser dudosa, porque la posición de la madre en tanto será la decisiva en cuanto no sobrepase a la del padre.

d) El Código privado de Zurich (§ 701) denegaba a las mujeres que se entregaban fuera de matrimonio a un hombre casado, sabiendo que lo era, los derechos otorgados a la mujer en cinta. Ahora bien: ¿se hubiese aplicado este precepto a una imbécil? El Tribunal superior de Zurich optó por la negativa, fundando su opinión en que la razón del precepto era la relajación moral de la concubina; pero dicha relajación no se podía atribuir a una imbécil (4).

5.—*Del Derecho de sucesiones.*

El cónyuge supérstite no puede «revocar» las disposiciones de testamento mancomunado tan pronto ha aceptado, lo que el premuerto le legó (§ 2.271 del Código civil). ¿Podrá él mismo, según esto, a su gusto ordenar nuevos legados? Según la letra de la ley, puede ordenarlos, pues este hecho no es una «revocación» de la institución de heredero ni de los legados ya ordenados. Pero en sus efectos prácticos la cosa tiene otro aspecto esencialmente distinto: si el nuevo legado es de importancia significa una sensible disminución de la porción material del instituido heredero o de la parte común gravada y sufrirían también perjuicio los anteriores le-

(1) *Mitteilung von Rechtsanwalt, Dr. KERN, II, Stuttgart.*

(2) Vid. la concluyente explicación de POMPTON en II, 2 D 3, 2.

(3) Véase el art. 103, apartado 3.º del Código civil suizo.

(4) *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung*, 1911, n. 166.

gatarios. La palabra «revocar» debe ser, por lo tanto, generalizada en este sentido por razón del fin (1).

6. — *Del Derecho comercial y marítimo.*

a) El Código de comercio del imperio alemán prescribe (§ 67) que el plazo de despedida debe ser el mismo para el principal y para el dependiente. En un contrato de arrendamiento de servicios se estipula que dicho plazo será de cuatro semanas para despedir el principal a su dependiente, y de dos para que el último anuncie al primero que va a dejar de prestarle sus servicios. ¿Es esto permitido? Según la letra de la ley, seguramente no; pero, según el fin, debe contestarse afirmativamente, porque el objeto de la ley es proteger al dependiente, y lo que se desprende de su sentido, es que el plazo no sea menor para el principal, que para el dependiente (2).

b) En virtud de lo prescrito en el § 61 de la ley de Navegación interior alemana, de 15 de Junio de 1895, toda demanda de indemnización del consignatario de la mercancía, por razón de pérdida parcial o avería de la cosa porteada, será rechazada si no «ha hecho constar antes de recibirla el estado de la misma por peritos designados judicialmente». ¿Se observará también esto cuando al hacer la entrega faltan 100 sacos de los 1.200 de que se componía el cargamento? En contra de la letra de la ley contesta negativamente el Tribunal del imperio (52, 395), pues en tal caso sería una formalidad sin objeto la intervención pericial (3).

7. — *Del Derecho procesal.*

a) Según el § 41 de la ordenanza procesal civil no podrá juzgar en segunda instancia el mismo juez que hubiese entendido en el asunto en la primera. Un juez que dictó una sentencia es designado juez-comisionado por el Tribunal territorial. ¿Podrá en la segunda instancia coadyuvar tomando juramento a una de las partes, necesario para la sentencia definitiva del Tribunal territorial? Según la letra de la ley, no puede hacerlo; pero, según su objeto, sí, porque el fin de aquella prescripción es solamente evitar la indebida

(1) PLANCK STROHAL al § 2.271 del Código civil; REICHEL, *Zur Lehre von gemeinschaftlichen Testament*, 1915, núm. 2.

(2) R. G. 68,317; WÜSTENDÖRFER *Archiv. Ziv. Pr.* 110, 341; HUCK, *Gesetzesauslegung*, 1914, 209.

(3) WILDHAGEN, *Reiserechtschrift*, 1913, 346.

influencia de aquel juez que no es de temer por el sólo hecho de tomar juramento a una de las partes (1).

b) Según el § 219 de la misma ordenanza, las actuaciones judiciales se practicarán en los locales en que se hallase el Tribunal. Se ha practicado una actuación y los testigos han declarado en otro lugar: ahora bien; ¿deberán los jueces y los abogados volver a la Sala-audiencia para tratar allí de las conclusiones? Un juez alemán ha opinado que la ley exige esto (2); pero es solamente su letra la que lo ordena, no su sentido. Si de esta suerte nos atenemos a la letra, no tendrían fin las leyes complementarias que habrían de dictarse.

c) La prueba de la competencia del Tribunal de primera instancia deberá ser practicada ante el de apelación solamente cuando el demandado la ha encontrado defectuosa en primera instancia (§ 528 de la repetida Ordenanza). Pero, ahora bien; si el demandado no alegase incompetencia, y el primer juez de oficio la estimase y, por lo tanto, rechazara la demanda, ¿deberá llevarse a cabo la citada prueba? Según la letra de la ley, deberá practicarse; pero no puede ser éste el sentido de la ley (3). En otro caso, resultaría que el primer Tribunal era competente precisamente en el momento en que de oficio declaraba su incompetencia (4).

d) Una sentencia que no está fundada (*sin considerandos*) debe ser anulada sin otra causa por el Tribunal superior, según el § 551, núm. 7, de la aludida Ordenanza. ¿Se observará esto también cuando el asunto sea de tal suerte claro y evidente que la resolución no necesite razonamiento? Según la letra, es indudable que la sentencia ha de ser fundada en todo caso; pero si se investiga el objeto de la ley, se estimará que su tendencia no es disciplinaria, sino, en último término, de naturaleza real, y, ciertamente, se encontraría sumamente ridículo que en la segunda instancia tuviese que ser necesariamente anulada la sentencia del Tribunal inferior, a pesar de considerarla manifiestamente justa, porque no se hayan añadido dos párrafos con citas legales. Un juez inteligente del Tribunal su-

(1) DANZ, *Rechtsprechung nach der Volksanschauung*, p. 52.

(2) REICHERT, *Deutsche Richter-Zeitung*, 1913, p. 501.

(3) Tribunal territorial de Leipzig, *Z. Z. P.* 34.347.

(4) Excelentemente trata este asunto STEIN, en el com. al § 528 del Z. P. O.

perior se pondrá de acuerdo con la ley, más bien confirmando la sentencia y añadiéndole él mismo lo que falta (1).

e) El § 811 de la Ordenanza procesal civil prohíbe el embargo de ciertos bienes del deudor. ¿Se aplicará la prohibición también si estos bienes le pertenecen tan sólo como copropietario? Si se considera el objeto del precepto, la protección del débil, la afirmativa no puede ser dudosa (2).

También el Derecho suizo (art. 92, núm. 3, de Sch. K. G.) prohíbe el embargo de los objetos indispensables. A un italiano, mientras caminaba hacia su patria, se le habían embargado utensilios necesarios. El Tribunal federal suizo rechazó su apelación fundándose en que la inembargabilidad tiene por objeto impedir que haya que asistir al deudor en un establecimiento nacional de beneficencia. Con respecto a un extranjero, que vive en el Extranjero, no tiene aplicación este aspecto objetivo (3). La sentencia puede ser injusta en cuanto al resultado, pero su método es justo.

f) Según el § 829 de la Ordenanza procesal civil, se prohíbe al deudor ejecutado enajenar o disponer de cualquier modo de sus créditos embargados. ¿Comprende también esta prohibición el transmitirlos voluntariamente al mismo acreedor ejecutante? Contestar afirmativamente a esta pregunta equivale a pedir una grosera contradicción con el fin (4).

g) El Tribunal de embargos tiene que fijar, a petición de parte, un plazo al embargante para formular la demanda (§ 926 de la citada Ordenanza). ¿Se observará también este precepto en el caso de que el ejecutante tenga en su poder un título ejecutivo con fuerza jurídica? Ciertamente no, porque tal obligación carecería de objeto (5).

h) La ley alemana, de 4 de Agosto de 1914, sobre los que toman parte en la guerra, contiene ciertos preceptos procesales dicta-

(1) REICHEL, *Deutsche Richter-Zeitung*, 1912, 720. Estas explicaciones han sido, por desgracia, mal entendidas por LOBE, *Deutsche Richter-Zeitung*, 1912, 812; véase, por el contrario, en la misma revista y año, p. 860.

(2) K. SCHNEIDER, en *Seufferis Blättern für Rechtsanwendung*, 1911, p. 11.

(3) *Zeitschrift des Berner Juristen-Vereins*, 1911, p. 616.

(4) A esto respecto, *Reichsgericht*, en *Recht*, 1913, núm. 3.043.

(5) REICHEL, *Recht*, 1908, p. 851.

dos en favor de aquellos que, a causa del «presente estado de guerra», se hallasen en armas e impedidos de realizar ciertos actos. Que estas personas deben ser alemanas no se desprende de la misma ley, salvo una excepción. Así, pues, según la letra legal, aun los súbditos de Estados enemigos de Alemania habían de participar de los beneficios de la ley. Pero difícilmente se podría sostener que esto se hallaba de acuerdo con el objeto de la citada ley. Acaso ya se va demasiado lejos si se extienden sus efectos a los súbditos extranjeros de Estados no enemigos. Más bien habría que excluir a los movilizados súbditos de Estados neutrales; en cambio, los de Austria y Hungría, que en los momentos presentes luchan al lado de los alemanes, deben ser incluidos en la protección legal (1).

De todo esto no se dice nada en la ley; los órganos legislativos, ante los apremios de la necesidad, no han tenido tiempo de proponer y resolver problemas tan especiales. Únicamente las reflexiones acerca del fin pueden conducir a este respecto a resultados satisfactorios y justos.

8. *Del Derecho penal.*

a) El apoderarse de las cosas ajenas «usando armas» se halla castigado con mayor penalidad. Un adulto que tenga en la mano un bastón se acerca a un muchacho y, amenazándole con el bastón, le quita un objeto. ¿Es el bastón un arma? Según el lenguaje usual, no lo es; pero, dada la finalidad de la ley, debe estimarse como arma, porque frente a un niño débil el bastón de un hombre equivale a una pistola para un adulto (2).

b) El Código penal prescribe: El que mate o trate de matar a un hombre deliberadamente, será castigado. ¿Debe, por consiguiente, castigarse al que intenta suicidarse sin conseguirlo? (3)

9. *Del Derecho administrativo.*

Una ley prusiana prohíbe que se construyan molinos de viento al lado de «caminos públicos». Ahora bien, se construyen vías férreas; ¿son éstas «caminos públicos»? Según la letra de la ley, se puede discutir; el Diccionario de Grimm difícilmente servirá para poner punto final a la discusión. Para resolver la duda habrá que recurrir más bien a la consideración del objeto de la disposición. Este era proteger a los hombres y a las bestias que transitasen por

(1) REICHEL, *Recht*, 1914, 588.

(2) ORTMANN, *Gesetzeszwang und Richterfreiheit*, pág. 17.

(3) SPIEGEL, *Gesetz und Recht*, 1913, pág. 60.

el camino contra los daños que pudieran sufrir por las aspas del molino en movimiento. Ahora bien, como la actividad de los ferrocarriles no está expuesta al aludido peligro, las vías férreas no son caminos públicos, en el sentido del precepto examinado (1). Si la disposición prescribiese: las fábricas de dinamita no pueden establecerse junto a los caminos públicos, la resolución de la duda propuesta sería esencialmente diferente.

SECCION SEGUNDA

RESOLUCIONES EN DEFECTO DE LA LEY

I. Sólo es necesaria y posible una resolución jurídica *praeter legem*, cuando la ley deja junto a ella un espacio libre, el cual, sin embargo, no es ningún espacio libre jurídico. Por lo tanto, lo primero que hay que investigar es si esto es posible o imposible (2).

1. El pasado siglo XIX se había declarado más o menos en favor del punto de vista del monopolio de la ley. El Constitucionalismo y el Positivismo llevaban consigo este dogma. La ley—se enseñaba—es la única fuente jurídica verdadera. Cierto es que se reconocía un Derecho consuetudinario, pero solamente como merced otorgada por la ley. Su papel era el de la Cenicienta. Avanzando en este criterio se llegó a sostener que el legislador moderno, apoyado por una teoría según la cual el Derecho consuetudinario solamente gracias a una concesión del legislador podía considerarse vigente, creyó que hasta podía prohibir, por medio de una ley, la aplicación del Derecho consuetudinario. Todo lo que en otro tiempo se admitía y apreciaba como fuentes jurídicas, como uso judicial, ciencia, naturaleza de las cosas, fué despojado del carácter real de tal fuente de Derecho; el admitirlas como tales, cuando por casualidad algún teórico se atrevía a ello alguna vez, era considerado como un retroceso hacia el condenado Derecho natural.

(1) K. SCHNEIDER, *Sewfferts Blätter*, 1911, pág. 11.

(2) La bibliografía puede verse en HUCK, *Gesetzesauslegung*, página 157.

(El mismo HUCK sostiene la teoría de las lagunas legales.)

2. Por eso, si la ley era estimada como la única fuente del Derecho, debía, por consiguiente, ser también por sí sola una fuente suficiente de Derecho. Mas el juez debe decidir todo litigio, aun aquellos sobre los cuales la ley, según su letra, nada hubiese prescrito. Por lo mismo, al lado del enmudecimiento de las que en otro tiempo se consideraron fuentes del Derecho, se estableció el dogma de que la ley tenía dispuesta para cada caso imaginable una contestación. Tal es el dogma de la omnisuficiencia o carencia de lagunas de la ley. El juez debe—art. 4.^o del Código civil—, pero también puede, resolver todo caso imaginable con la ayuda de un articulado legal técnicamente formado. Toda sentencia que dicté ha de apoyarse, sin excepción y de un modo convincente, en algún artículo de alguna ley escrita. Esta es la tendencia teórica que incidentalmente en otro lugar he denominado *Paragraphismus* (1).

3. Ahora bien, pero esta tendencia es fundamentalmente falsa, y en los últimos tiempos se ha desechado con razón casi en absoluto en todas partes (2). Repetidamente, y de un modo completamente convincente, se ha indicado que la ley ofrece lagunas, y por cierto no sólo impropias (esto es, aparentes), sino también propias, reales; lagunas que no se pueden tapan con el engrudo de ninguna dialéctica. Y no sólo contiene la ley lagunas fortuitas, sino también queridas y premeditadas; aun existe laguna allí donde la legislación ha dejado conscientemente un problema delicado para que lo contesten «la Ciencia y la Práctica» (3). A la verdad, pura y lógicamente consideradas, podrían ser negadas tales lagunas sin más ni más en todas partes, pues pura y lógicamente nada se opone a que se aplique cada precepto legal a todos los casos a los que se acomode su

(1) Podría denominarse en español *artículofilia*.—(N. del T.)

(2) Sobre el estado del debate orienta bien Buxxetti en *su valore del problema delle lacune* (en: *Dir. comm* 32, 1913, núm. 9). Pero no estima suficientemente la importancia del problema.

(3) Vid. *Lomb, Recht*, 1913, 698. Los ejemplos son fáciles de señalar. Véase, v. gr., el § 750, I. Proyecto del Cód. civ.: «Si alguien cuidase de un negocio ajeno por encargo de un tercero, el dueño del negocio no quedará obligado para con el primero, por razón de dicho cuidado, a no ser que él, al mismo tiempo, haya obrado con la intención de cuidar del negocio como administrador del propietario del repetido negocio». La Comisión tachó este precepto, dejando la resolución de este problema a la Ciencia. Prot. 2, 741.

letra, sea o no satisfactorio el resultado. Pero la jurisprudencia no es solamente una operación intelectual, es más bien, y al mismo tiempo, la realización de un postulado ético. Mas desde el punto de vista ético debe enérgica y expresamente decirse: si una ley, en relación con un hecho que al dictarse el precepto legal no se imaginó, ni acaso pudo imaginarse, como real (la navegación aérea y otras novedades semejantes), no contiene ninguna regla realmente adecuada o acomodada a dicho hecho, en cuanto en la ley no existe la expresada regla, muestra una laguna, porque una disposición que manifiestamente no sea adecuada a la conciencia civilizada del tiempo en que ocurre el hecho, es como una disposición inexistente.

En lo que antecede queda expuesto el dogma de la suficiencia absoluta de la ley, que tiene la misma tendencia que el principio exclusivista de las Escrituras de la Ortodoxia luterana. Con acierto dice un escritor italiano de nuestros días, filósofo del Derecho: «No todas las leyes—como por otra parte tampoco solamente las leyes—constituyen realmente el Derecho positivo de un pueblo» (1).

4. Esta idea no es, por lo demás, una nueva adquisición de los tiempos modernos, pues ya en los anteriores era completamente corriente. Sólo en el siglo XIX ha permanecido oculta. No sólo la Ciencia, sino la Legislación de tiempos anteriores, ha aceptado conscientemente el punto de vista de la teoría de las lagunas o deficiencias legales. Es esto tanto más digno de tenerse en cuenta, cuanto que precisamente la legislación codificadora es la que especialmente ha intentado sostener que ha llevado a cabo por completo su trabajo y no ha dejado nada por hacer. En el terreno de la teoría de las lagunas se halla el Código civil general austriaco, pues el § 7.º presupone tales deficiencias como inevitables (2). El mismo Derecho territorial general prusiano, que en su pequeña esfera agota la materia magistralmente, no ha podido escapar por completo a esta idea, pues en el § 49 de la Introducción se prevé el caso de que «el juez no encuentre ninguna ley que pueda servir para resolver el caso litigioso», sin que a esta confesión pueda oponerse el que en el § 50 siguiente se prevenga al juez advierta en seguida al Jefe del orden judicial esta «pretendida» deficiencia de las leyes; esto se

(1) DEL VECCHIO, «*sulla positività come carattere del diritto*», 1911, pág. 15.

(2) ROBERT V MARY, *Die Ausübung*, 1905, págs. 4, 6; HANAUER, *Erbrecht und Pflichtteilsrecht der Ehegatten*, 1910, pág. 62.

concilia especialmente por el § 51 del mismo. Solamente los legisladores del siglo XIX han tomado en serio realmente el principio de la codificación, tan en serio como en general pueda tomarse un dogma cuyo carácter absurdo es propiamente evidente. Por lo demás, hay aquí también famosas excepciones.

En el punto de vista de la teoría de las lagunas se halla colocado, por ejemplo, el Código civil italiano de 1865. En el art. 3.º, apartado 2, de las disposiciones de la Instrucción, se dice: «Cuando un litigio no se pueda decidir por medio de un precepto preciso de la ley, se tendrán en cuenta todas las disposiciones que regulen casos semejantes o materialmente análogos; si el caso sigue siendo dudoso, se decidirá según los principios generales del Derecho.»

5. La ley tiene lagunas. Pero hay dos clases de éstas (1). Una laguna no existe solamente allí donde la expresión de la ley es demasiado estrecha, sino también allí donde su expresión está concebida demasiado ampliamente (2). La expresión legal es demasiado estrecha cuando no abarca el hecho por completo que debía abarcar; se habla, por ejemplo, sólo de hombres, siendo así que se ha debido decir también mujeres; de padres, debiendo incluir también a las madres. La expresión va demasiado lejos si contiene una regla general para un hecho en el cual hay, a su vez, partes especiales que, por graves causas, exigen un tratamiento excepcional; así, pues, siempre que, como ya dijo Aristóteles, el legislador ha olvidado añadir a su norma general una excepción, una reserva (3). Ejemplo: la ley contiene una cierta disposición relativa a los adul-

(1) Con esto, naturalmente, no se quiere decir que esta división en dos clases sea la única posible. Hay aún otros fundamentos de clasificación. De la de las lagunas en «voluntarias» e «involuntarias» se ha tratado ya. No menos significativa es la de en «iniciales» (primarias) y «subsiguientes» (secundarias); véase a este propósito a HECK, *ob. cit.*, p. 169. En cambio, es peligrosa la distinción de ZITELMANN en lagunas «propias» e «impropias». (Excelentemente, LONK, *Recht*, 1913, 697.) También las denominadas «impropias» son propias. El calificativo «impropio» vale más evitarlo en cuanto sea posible. El error «impropio» no es error, como un diamante impropio no es diamante.

(2) Igualmente DANZ, *Einführung in die Rechtsprechung*, 1912, 87; *Recht*, 1912, 652; de otra opinión WILDHAGEN, *Riesserfestschrift*, 1913, pág. 351.

(3) *Nikomachische Ethik*, V, 14.

tos; pero ha olvidado, no obstante, pensar en los sordomudos, a los que no se acomoda.

En otros tiempos, cuando se redactaban las leyes casuísticamente, caso por caso, el primer supuesto de la alternativa (ley demasiado estrecha) era el más frecuente. Actualmente, de nuevo, en la época de la técnica legal abstracta, y no pocas veces bajo el régimen del Código civil alemán, considerado como muy abstracto, tenemos que lamentarnos preferentemente porque la norma legal va demasiado lejos, es decir, porque está redactada en forma demasiado general. Pero existen ahora, como antes, lagunas. Si no son tan visibles, son, por lo mismo, más peligrosas. Tan peligrosas como aquellas hendiduras de los glaciares que hipócritamente están recubiertas con una capa lisa de nieve.

Que existían también en el último de dichos casos lagunas, lo sabía ya Aristóteles, como se ha indicado. Pero también lo conocieron los romanos (1). Si queremos hallar una prueba de esto, no tenemos más que recordar los innumerables casos en los cuales los jurisconsultos romanos, y a ellos les siguen los actuales, otorgaban la *exceptio doli*, excepción de gran sutileza. En la mayor parte de los casos en que se otorgaba esta excepción, el asunto mismo indicaba que existía una laguna legal. El pensamiento fundamental es éste: sin duda, la norma legal general apoya al demandante; pero éste obra astuta e indecorosamente cuando en este caso particular invoca aquella norma; pues empleada en dicho caso, conduciría a un resultado injusto, insoportable, contrario al objeto del Derecho. Por eso no puede ser amparado por la norma legal, o, con otras palabras, debe admitirse que existe una laguna en la ley, y exigirse que se llene por medio de una norma excepcional (2).

En oposición poco satisfactoria con esta concepción liberal del gran maestro, se halla aquella estrecha de la Escolástica de los tiempos pasados que consideraba artículo de fe la expresión paremiológica: *lege non distinguente nec nobis est distinguendum*. Esta es una receta peligrosa.

Cierto es que en casos aislados puede ocasionar bienes; pero, mantenida y aplicada en todos los casos, conduce a equivocaciones

(1) Véase, por ejemplo 6, 2 D. 38, 14.

(2) Con razón pone de relieve WLABERK, en *Osterreichische Zeitschrift für Notariat*, 1910, pág. 120, que los romanos defendían el punto de vista de la teoría de las lagunas.

irremediables. Poder distinguir rectamente es una de las principales tareas y virtudes del hombre de cultura científica.

También el jurisconsulto, si quiere ser un hombre de ciencia, debe aprender a distinguir; si no hace esto, no es más que un pobre rutinario. La invocación a la «letra de la ley general, sin reserva, que no admite excepción», no le quita esa tacha. Fuera del lastimoso argumento *a contrario*, no conozco ninguna modalidad de la actividad racionadora que sea más adecuada para deprimir y rebajar la facultad de un jurisconsulto que aquella pretendida prohibición de distinguir, que no supone otra cosa que el mandato, en pocas palabras, de que, a tonlas y a locas, todo se mida con el mismo rasero.

Bene indicat, qui bene distinguit.

II. Así pues la ley tiene lagunas, esto es, hay hechos para los cuales, a pesar de todas las vueltas y revueltas, no contiene ninguna norma. Pero, ahora bien; ¿según qué norma vamos a decidir dónde se hallan estas lagunas? Y, sin embargo, tenemos que adoptar una resolución jurídica; más ésta sólo puede apoyarse manifiestamente en el fundamento de una norma jurídica. Por eso nos hallamos muy perplejos cuando no tenemos a nuestra disposición tal norma jurídica. Pero cobremos ánimos: el temor de caer en el vacío, el miedo ante el espectro de una esfera sin derecho es infundada.

Precisamente ahora vuelve a resurgir de la sima a la que había sido arrojado el Derecho consuetudinario, al que se creyó ya cadáver; debemos ver más a lo lejos y hasta reaparecerá un buen trozo del Derecho natural, al que parecía haberse dado muerte certera.

1. *El Derecho consuetudinario.*

«Si no se puede aplicar ningún precepto legal... debe el juez fallar según el Derecho consuetudinario». Esto prescribe el artículo 1.º del Código civil suizo. Ahora bien; este precepto, está por cierto redactado desdichadamente, pues hace suponer que el legislador sólo tiene en cuenta el Derecho consuetudinario *praeter legem*, y se cree, por lo tanto, facultado para prohibir eficazmente la formación de un Derecho consuetudinario *contra legem*. Pero esta reflexión puede entre tanto quedar en suspenso, ya que, por el momento, sólo vamos a tratar de la jurisprudencia *praeter legem*. Sin embargo, no omitiremos que, aun cuando se aparte a un lado la reflexión aludida, todavía queda siempre un ulterior escrúpulo. El legislador dice algo evidente cuando ordena la observancia de una regla jurídica consuetudinaria, pues en el concepto del Derecho

va envuelta su vigencia, y así también al Derecho consuetudinario le corresponde este carácter, vigencia que tanto significa como tener que ser aplicado.

Solamente por la ceguera que el siglo XIX ha mostrado frente al Derecho consuetudinario, se comprende que hoy un legislador se vea impulsado a proclamar la trivial evidencia de que el Derecho consuetudinario tiene que ser observado.

Este Derecho que rellena las lagunas, desempeña un papel no poco importante (1). Por eso debe ya examinarse en esta relación el problema de cuál sea la esencia del Derecho consuetudinario, y qué es lo que presupone su existencia, aun cuando el mismo, después y con sentido aún más vigoroso, será objeto de especial examen.

Esta teoría se halla encerrada actualmente en un proceso de transformación innegable (2). La tranquila doctrina que la ciencia de las Pandectas ha desarrollado sobre estas materias no cuadra con nuestros tiempos de vida acelerada. Recuerda demasiado la suave época de la silla de postas. Nuestro tráfico intranquilo, rápidamente cambiante, la creciente nerviosidad, lo efímero de nuestra vida al día, exige una teoría del Derecho consuetudinario, según la cual éste con rapidez se desenvuelva y más boyante se transforme con las mudables necesidades del tiempo.

a) Danz ha creído que el principio de esta teoría acomodada a los tiempos, podía encontrarla en los usos del tráfico; y no pocos coinciden con esta opinión (3). Lo que en el tráfico es ejercitado de hecho de hoy a mañana, aun sin *opinio necessitatis*, tiene el carácter de tesis jurídica, que por lo menos continúa vigente hasta que una ley obligatoria se le oponga, y los interesados no hayan acordado nada en contrario. Pero contra esta opinión se ofrecen ciertas consideraciones. Costumbre de tráfico y Derecho consuetudinario del

(1) De otra opinión es KESSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* 1910, pág. 38.

(2) Vid. quizá a EHRLICH, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, 1907, *Soziologie des Rechts*, 1913, págs. 9, 13, 352; ANDERSSON, *Gründhuts Zeitschrift*, 37, 1910, 337 y siguientes; KAUFMANN, ob. cit. pág. 41.

(3) Véase por ejemplo a EHRLICH, *Zwingendes und nachgiebiges Recht*, 1902, pág. 63; oscuro K. SCHMIDER, *Rheinische Zeitschrift*, 1913, pág. 313 y siguientes (véase por una parte la pág. 315 y por otra la 323). Toma camino independiente ZITTELMANN, *Archiv für Zivilist. Praxis* páginas 66, 463.

tráfico, usos comerciales y Derecho comercial, no son una y la misma cosa. El uso del tráfico significa primeramente sólo un ejercicio de hecho; pero fuerza obligatoria, significación normal no se encuentra en dicho uso. A lo sumo, puede apoyarse sobre él una norma llamada dispositiva, más exactamente un principio de interpretación, pues se puede admitir que en cosas indiferentes los interesados han querido atenerse probablemente a lo usual. Por el contrario, el elemento autoritario, tal como tiene que corresponder a toda norma del deber, se aparta por completo de los usos del tráfico. Lo que se ha dicho (por G. Jellinek) sobre la pretendida «fuerza normal del hecho», es en parte torcidamente imaginado, y en parte por lo menos expresado erróneamente. El hecho es un objeto, no la fuente de la norma. Inferir de la existencia un deber es querer dedicarse a tarea inútil.

Sólo se puede conceder que en el uso se encuentre la facultad y la tendencia de desarrollar su contenido hacia el Derecho consuetudinario que sirva de norma. Se trata allí de un proceso sociológico complejo, que, sin embargo, en este lugar no puede ser estudiado más detenidamente. De un uso, hay que confesarlo, se puede obtener en un abrir y cerrar de ojos, un Derecho consuetudinario. Si en este sentido se quiere designar al uso como un plantel de este Derecho, nada hay que oponer. Pero identificar sin más ni más el uso y el Derecho consuetudinario, es difícilmente imaginable. Hay en la actualidad muchos miles de usos que son todos como normas de Derecho consuetudinario. Pensemos que también los malos usos son usos, y consideremos adónde iríamos a parar si aquéllos usos corrompidos, de los que no hay escaso número por desgracia en la vida económica actual, pudiesen reclamar para sí, sin más ni más, la fuerza obligatoria de una norma judicial (1).

b) Otros atribuyen a las prácticas judiciales la cualidad del De-

(1) A la crítica del punto de vista de Danz se halla dedicado el libro fundamental de OERTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, 1914. (A este propósito REICHEL, *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, 1916, cuaderno 1). Vid. también a OERTMANN, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1914, pág. 643. No puedo asentir a la opinión de este escritor cuando él ve en el Derecho consuetudinario una formación jurídica del Estado, en oposición con la social (pág. 653); véase también al mismo autor en *Archiv für bürgerliches Recht*, 1914, pág. 70 y siguientes, donde se persiguen ideas análogas poligrasas. En contra, con razón, MANIGK, SAVIGNY, 1914, pág. 243 y siguientes.

recho consuetudinario (1), con lo que suelen expresar su predilección en favor de la situación de que disfruta el juez en la vida jurídica inglesa. Esta tendencia es también correcta sólo en parte.

No debe negarse ciertamente alta significación a las prácticas judiciales, y en especial a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, para el desenvolvimiento del Derecho y para el establecimiento de normas jurídicas fijas. Pero con eso sólo se quiere decir que la administración de justicia ayuda a sacar el contenido de las normas; pero no se dice aun por eso que este contenido también tenga valor. Y de hecho, con frecuencia, la práctica judicial constante no impide que la ciencia declare injusto, esto es, como no obligatoria, la opinión jurídica por dicha práctica sostenida. La punibilidad de la tentativa con medios absolutamente inadecuados, por ejemplo, no es todavía con certeza Derecho positivo en Alemania; aun cuando el Tribunal Supremo con frecuencia lo haya así declarado, y a pesar de todas las contradicciones lo haya mantenido.

c) Otros han declarado nuevamente que el Derecho consuetudinario propiamente dicho de nuestros días, es el científico, la *communis opinio doctorum* (2). O dicho con más exactitud: el Derecho científico se ha colocado en el lugar correspondiente al consuetudinario de antiguas épocas, y desempeña las funciones del último. El consuetudinario necesita tiempo para formarse y consolidarse; el científico, por el contrario, obra en seguida e inmediatamente gracias a su potencia convincente. Así pues, aquél está cortado a la medida de condiciones estables, éste a la de los movibles. Aquél es justo porque está vigente; éste está vigente porque es justo. Aquel es el Derecho «del crepúsculo que se aleja del tiempo pasado», éste es el Derecho del «acelerado tiempo modernísimo». Tan digna de atención es una como otra manifestación: en el fondo se trata en ellas más de postulados que de determinaciones, pues no se puede negar que, al lado de este «Derecho científico», apenas tiene justificación de su existencia, un Derecho consuetudinario en el sentido propio de esta palabra. Así pues, quien con seriedad sostenga el Derecho científico, destruye por consiguiente, el Derecho consuetudinario. Pero este procedimiento parece peligroso, porque, ¿a qué se denomina Derecho científico? ¿Quién lo produce? ¿En qué se le reconoce? ¿En qué estriba el peligro de que un prin-

(1) Véase por ejemplo a OERTMANN, ob. cit. pág. 17 y siguientes.

(2) STERNBERG, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, I, 1912, § 13.

cipio establecido por la ciencia sea Derecho vigente? Y, ¿qué es en general la ciencia? No hay en efecto ninguna facultad autorizada para fijar el Derecho científico, ni se archivan las actas de sus sesiones; los profesores y escritores jurídicos aislados no pueden reclamar se les reconozca en forma autoridad; por lo menos siempre que sus opiniones no sean unánimes.

d) Las tres teorías, la de los usos, la de las prácticas judiciales y la de la Ciencia, contienen un germen de lo justo; pero cada una de ellas dan fuera del blanco. Lo justo, aquí como en otras ocasiones, se halla en la síntesis. La doctrina admitida del Derecho consuetudinario no necesita, como aquellas más nuevas lo requieren, que sea arrojada por la borda simplemente, sino que más bien debe reformársela con arreglo a los tiempos, acomodarla a las circunstancias variadas de nuestra época, en que se vive de prisa. Lo que en la teoría del Derecho consuetudinario, ya desde hace largo tiempo, había de molesto y sospechoso era la exigencia de ejercicio por largo tiempo. Por virtud de este requisito, la determinación de un principio jurídico consuetudinario concreto, no solamente se dificulta, sino que en muchos casos se hace imposible. Por eso lo principal estriba, como ya pusieron de gran relieve perspicaces pandectistas, no tanto en el ejercicio, sino en la convicción. La *opinio necessitatis*, esto es, la conciencia universal de la justicia de la norma, es lo único materialmente decisivo; el requisito del ejercicio tiene en lo esencial solamente significación formal; esto es, significación como cualidad distintiva (1). Y el ejercicio, y en esto tienen razón los más modernos, no es la única cualidad distintiva, ni siquiera la principal para la fijación de un Derecho consuetudinario. Por lo menos son de igual rango que aquél las reiteradas decisiones de las autoridades y la opinión unánime de la Ciencia. Por eso podemos decir: *es Derecho consuetudinario toda convicción jurídica de la comunidad social que, por práctica jurídica, doctrina de Derecho o por fallo judicial, se ejerce y aprueba.*

De tales preceptos jurídicos consuetudinarios tenemos en la actualidad una enorme multitud alrededor de nosotros. Según ellos, se vive, se enseña y se juzga. Solamente el idólatra del articulado legal no ve nada de aquéllos, y cierta clase de enseñanza jurídica,

(1) Contra OERTMANN, ob. cit., vid. MANIGK, SAVIGNY, 1914, página 245. Véase también a STAMMLER, *Theorie*, pág. 170 (todo valor jurídico descansa sobre el convencimiento).

que se debía denominar mejor enseñanza legal, encubre su verdadera naturaleza bajo la apariencia de que se la infiere de la ley.

2. La analogía.

«Si no se puede resolver un litigio ni de las palabras de la ley, ni de su sentido natural, se deberán tener en cuenta los casos análogos previstos determinadamente en la ley y resolverlos fundándose en otras leyes semejantes» (§ 7 del Código civil general austriaco). Con otras palabras: se tratará el caso no regulado por la ley, en cuanto esto sea posible, según una regla contenida en la ley, la cual, aplicada a él, conduzca a un resultado conveniente. A este procedimiento se le llama analogía (1).

El procedimiento de la analogía es muy anticuado y universalmente practicado; pero su esencia ha sido completamente desconocida durante largo tiempo. Se ha sostenido que la analogía es la interpretación legal. Este error se halla íntimamente conexionado, como fácilmente se comprende, con el dogma de la falta de lagunas. Uno se apoya sobre el otro, y cuando uno desaparece, el otro cae. La analogía no es la interpretación legal, pues aquélla presupone precisamente que el hecho de que se trata no está regulado por la ley. Solo indirectamente se apoya la resolución por analogía sobre la ley, pues aplica un precepto legal a un caso, sin tener en cuenta que precisamente no se dictó para él. La analogía estriba más bien en rellenar lagunas.

Pero, ¿según qué principios se lleva a cabo esta operación?

Si la analogía tiene que ordenar qué disposición legal análoga hay que emplear, y en qué sentido y con qué alcance hay que llevar esta analogía, esto se determinará naturalmente, no según un precepto de la ley (2), ni mucho menos según la «semejanza» o «parentesco» de las instituciones jurídicas de que se trate, sino exclusivamente según la utilidad del resultado. También en el problema de la analogía, no de otra suerte que lo que ocurre con el de la interpretación legal, ha de ocupar un lugar el procedimiento teleoló-

(1) En alemán—dice REICHEL—se la podría denominar *Antehnung*, que significa la acción de apoyar. *Entsprechung* (correspondencia) no es expresión elegante.—N. del T.

(2) No es la analogía ordenada legalmente («el § X ha de aplicarse correspondientemente») a la que aquí nos referimos. En tal supuesto, eso no es analogía, como tampoco la interpretación por la ley es interpretación.

gico. El juez, antes de que aplique por analogía el precepto legal *a* al hecho *n*, no previsto por aquel, debe plantearse el siguiente problema: aplicado de este o de otro modo aquel precepto a este hecho, ¿producirá un resultado racional? Si se contesta a la pregunta afirmativamente, emplea la analogía; si, por el contrario, negativamente, está en su lugar, como se dice, el *argumentum a contrario* (1). Para dar un ejemplo contundente: ciertas disposiciones relativas a los médicos se pueden seguramente aplicar a las señoras que ejerzan la profesión médica, pero no se les puede aplicar por analogía ciertos preceptos de una ordenanza sobre nodrizas a los enfermeros.

Lo que acaba de decirse no es nada nuevo. Ya la Ciencia pandectista hablaba de *eadem dispositio, ubi eadem ratio*, y ya los profesores jurídicos de Roma han manifestado que la analogía es inadmisibile cuando la regla legal es irracional (*contra tenorem legis*).

Se ha incurrido con frecuencia en muchas equivocaciones acerca de este último principio, en cuanto con él se ha querido significar que las leyes de excepción no son susceptibles de ser aplicadas por analogía. Esto conduce a extravíos. Qué sea Derecho regular y qué Derecho excepcional no se halla determinado *a priori*, y en muchos casos, en general, no puede determinarse. Los conceptos de *lex specialis* y *lex singularis* no son coincidentes en absoluto; y aun en el mismo supuesto de que una norma sea de modo determinado norma excepcional, sería, sin embargo, comprensible se ordenase su empleo por analogía, en tanto en cuanto corresponda también la *ratio* de aquel tratamiento excepcional al caso no regulado (2).

(1) Sobre el sentido y alcance de este argumento ocurren con frecuencia equivocaciones. La conclusión inversa dice sólo que la regla no es aplicable por analogía; pero no dice, en cambio, que la regla opuesta deba ser aplicada, pues la no aplicación de la regla *a* es, según las conocidas reglas de la Lógica, no idéntica con la aplicación de la regla *no-a*. Acerca de qué regla positivamente sea la reguladora nada dice el argumento *a contrario*, dado su carácter exclusivamente negativo.

(2) Mayores explicaciones acerca de este punto se encuentran en REICHEL, *Schuldmitübernahme*, pág. 205 y siguientes. Allí se halla también una pieza justificativa, involuntaria, acerca de lo espinoso de la determinación de si una regla jurídica es singular o no lo es. Allí se

Aún sería más equivocado si se quisiese a la inversa sentar el principio de que el llamado Derecho regular se recomienda ya como tal para su empleo por analogía. No obstante que se diga de una regla que es (lógicamente) universal, esto nada prejuzga acerca de su justicia (ética). Con razón suelen los jueces sanos de mente interpretar estrictamente la norma que consideran de efectos desdichados, negándose siempre que les es posible, a extenderlas por analogía; y esto, por cierto, aun cuando la regla se presente como de alcance general.

De esto se desprende cuán peligroso sería querer buscar el principio de la analogía en el adagio: «lo que para el uno es justo, para el otro es equitativo». Seguir generalmente esta opinión sería sumamente peligroso; pues lo que para el uno es «justo», puede ser para el otro «injusto», y suponer innecesariamente también para el otro que se le mide con tan injusta medida, que se choca abiertamente contra la idea del Derecho. Si a Fulano, en virtud de un precepto positivo, se le hace objeto de un trato injusto, no hay ningún fundamento para que Mengano, a quien no se refiere aquel precepto, sea tratado de un modo igualmente injusto, sólo en aras de la igualdad. Si el legislador ha cometido un yerro, mal servicio prestaría el juez al Estado si se apresurase a duplicarlo.

3. *La naturaleza del asunto* (1).

Ahora bien; ¿y si el Derecho consuetudinario y la analogía dan resultados negativos? Este caso se presenta con mucha frecuencia. El Derecho consuetudinario naturalmente sólo puede formarse allí donde ciertos casos iguales se repitan más a menudo y se haya podido formar sobre ellos un convencimiento jurídico igual y coinci-

dico que el § 343 del Código civil es «indudablemente» *ius singulare*, (pág. 206). Trabajos detenidos sobre la materia han convencido al autor, entretanto, de que esta afirmación indudablemente es muy dudosa (vid. D. J. Z., 1913, 150; *Maklerprovision*, 228). En veinte años quizá el Derecho formado por la influencia judicial moderadora constituye la regla del no menosprecio de las excepciones. No ha ocurrido otra cosa con el principio de la libertad industrial. Innumerables limitaciones del mismo, que en el año 1870 se consideraban como anormales en extremo, son para nosotros hoy cosas comprensibles, y su aplicación por vía de analogía no extraña ahora a nadie ya. Véase también a *Нюк*, *Gesetzesauslegung*, pág. 188.

(1) Vid. B. W. LUST, *Naturalis ratio und Natur der Sache*, Jena, 1860.

dente. Lo primero es imposible en todos los fenómenos que aparezcan como nuevos: no hay todavía un Derecho consuetudinario sobre la navegación aérea. Pero lo segundo, el convencimiento jurídico coincidente, es imposible donde los círculos interesados se dividan en grandes grupos, se muestren hostiles unos a otros, y cada parte considere su modo de ser como el único justo: recordamos los fenómenos y problemas de la lucha de clases moderna. También la analogía da resultados negativos con frecuencia. Si se trata de fenómenos enteramente nuevos, que no caen bajo ninguno de los puntos de vista ventilados por las leyes hasta entonces existentes, falta el precedente con el que puede ser relacionado. Pero lo mismo ocurre también cuando las analogías, en sí mismas imaginables, no son, sin embargo, susceptibles de determinación en un sólo sentido. Difícilmente podría decirse algo acerca de la analogía que ofrecería un precepto legal del Derecho alemán, por ejemplo, para manejar un tratado sobre aranceles.

a) Ahora bien: ¿qué servirá de base para decidir cuando la ley presenta deficiencias, no se ha formado un Derecho consuetudinario, y no se halla a mano una analogía? Los romanos contestaban: decide la *naturalis ratio* o el *bonum et aequum* (1); el Derecho natural y, siguiendo a éste el Código civil general austriaco, § 7, y el Derecho territorial de Baden, § 4 a, señalan a dicho efecto los «principios jurídicos naturales», y en los últimos tiempos se decide preferentemente por la «naturaleza de las cosas» (2). Pero la fórmula más antigua, y al mismo tiempo la más moderna, es aquella que expuso el antiguo maestro Aristóteles, y que el Código civil suizo, en su art. 1.º ha renovado: el juez decidirá según la norma que el legislador hubiese establecido si estuviese presente (Aristóteles obs. cit.), o que el juez establecería si fuese el legislador (Código civil suizo). El deberá tener en cuenta a este efecto, «las circuns-

(1) *Si quid in lege praetermissum fuerit id ex bono et aequo debet praestari*: § 5 J., 3, 24.

(2) Solamente es distinta expresión para la misma cosa cuando muchos en lugar de las de «*Rechtsanalogie*» (analogía jurídica) emplean las de «*Zeitgeist*» (espíritu de los tiempos) (W. JELLINECK), de *Wertungen der Allgemeinheit* (valoración de la generalidad) (WEHLI), de la *necessitas iuris* (GAMKIN), de la *Gerechtigkeit* (justicia) (EHRICH), de los «*Grundsätzen des richtigen Rechts in besonderer Lage*» (Principios del Derecho justo en situación especial). (STAMMLER), de las *règles de l'humanité* o de la *équité naturelle*.

tancias cuidadosamente reunidas y maduramente apreciadas» (§ 7 del Código civil general austriaco), pero especialmente la «doctrina recibida y la jurisprudencia» (art. 1.º del Código civil suizo).

La ley austriaca y la suiza atribuyen expresamente esta facultad al juez. Pero de eso no se desprende (ningún *argumentum a silentio* sería más disparatado que éste), que el juez alemán no tenga asimismo esta facultad; y de hecho la tiene, para sí la reivindica y hace de ella el mejor uso. Cierto es que ha de confesarse que no raras veces, al hacer uso de esta laudable facultad, la recubre con una engañosa capa. Tal es por ejemplo: la de «la voluntad presunta del legislador». Se establece una regla jurídica que se ha derivado de la naturaleza de las cosas, pero se coloca aquella en lugar de la ley y se la saca después de la última, donde no se halla, y con soltura y franqueza se sostiene que el legislador la ha querido. ¡Cuántas cosas no se han encajado en los últimos tiempos en el § 242 del Código civil, sacándolas luego de él! Aún más favorita que esta operación es la que consiste en hablar de la convención tácita de las partes; un artificio con el cual, por desgracia, no desdeshaban de trabajar los romanos. Se interpretaba lo que se consideraba correspondiente a la situación de las cosas; con atrevimiento se miraba dentro de la psiquis de las personas privadas interesadas, y se sostenía luego que las partes habían convenido tácitamente lo que en toda su vida habían pensado y lo que solamente ahora el juez desarrollaba de la naturaleza de las cosas. El más famoso ejemplo de los tiempos modernos es, como se sabe, el de aquel peatón que, invitado por un compasivo carretero a montar en el vehículo de éste, sostenía que debía admitirse que se había celebrado un contrato tácito por el que el carretero venía además obligado a costear su alimentación en las posadas. Estos son caminos tortuosos por los que no se hubiese debido caminar.

Por lo demás, el dominio propio de aquel «principio jurídico natural» es, dicho sea de paso, no el Derecho privado, sino más bien el público, y de un modo especial, por cierto, el Derecho de gentes y el administrativo. Aun hoy suelen algunos complacerse en unir en una sola denominación el Derecho natural y el de gentes (internacional), lo que tiene ciertamente por fundamento algo más que la casualidad histórica. Pero en qué considerable medida el Derecho administrativo está dirigido derechamente hacia aquella norma derivada de un modo directo de la naturaleza de las cosas, puede examinarse con la mayor regularidad en los trabajos jurídico-

administrativos de Otto Mayer. Es un moderno autor de Derecho administrativo, quien ha expresado también claramente que no se puede prescindir de aproximar en general los «principios de Derecho natural» al Derecho administrativo (1).

b) Pero, ahora bien: ¿cómo—se preguntará—armonizar este decidir «soberano», fundado en la naturaleza de las cosas, con la posición del juez según la Constitución, especialmente con la teoría de la división de los poderes? ¿No es, en este supuesto, la actividad del juez creadora del Derecho, por lo tanto legislativa? Que realmente ejerce entonces el juez función legislativa ha sido sostenido repetidamente, tanto por los de tendencia conservadora (2) como por los de tendencia moderna (3). Considero estas opiniones inexactas. Siempre decide el juez, según una norma jurídica, no establecida por él, sino determinada o fijada. Aun cuando hace constar deficiencias legales y juzga según la naturaleza de las cosas, obra inspirado en una regla, pues en tal supuesto el juez no crea de la nada la norma jurídica, sino que la aplica porque en estado latente la ha considerado ya en existencia. No es como el alquimista, que hacía oro de la nada, sino como el minero, que lo saca a la luz del día arrancándolo de la vena mineral oculta en las entrañas de la tierra.

Por eso es equivocada la opinión de los que sostienen que, en tales casos, el juez decide según su sentimiento jurídico colectivo. Juzga más bien aquí, como en todos los casos, según una norma objetiva. El juez justo, por lo menos, lo hace así, y el malo, por lo menos, aparenta como si así obrase. También la resolución derivada de la naturaleza de las cosas se adopta aplicando una norma objetiva; pero no es emanación de una nueva, o resolución sin fundarse en ninguna de ellas.

La ley presenta lagunas; el Derecho no las tiene. El espectro de un espacio sin Derecho no existe (4).

c) Con lo que acaba de decirse se rechaza una teoría que pue-

(1) V. LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, 1910 (a este propósito, *Rechtsw.*, en *Lit. C. Bl.*, 1911, pág. 532); el mismo, *Zum Problem des freien Ermessens* (en el *Zitelmannfestschrift*, 1913), págs. 8, 28 y 32.

(2) Véase, p. ej., a MANIGÉ, SAVIGNY, 1914, págs. 122 y 136.

(3) A este propósito, vid., p. ej., los trabajos de DANZ.

(4) STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, 641, 649.

de ser denominada, como su principal mantenedor, Danz, teoría del «Derecho judicial». Danz opina que las lagunas legales las llena el juez por los denominados «principios jurídico-judiciales», que el mismo juez establece *ad hoc*, y que, en su consecuencia también, sólo deben tener validez para el litigio concreto (1). Esta doctrina es errónea. Nunca establece el juez principios jurídicos para el caso concreto; más bien siempre sólo aplica principios jurídicos generales al caso concreto. Puede ocurrir que el juez, a semejanza del buzo, saque a la luz el primero estos principios jurídicos, a causa de la necesidad impuesta por su litigio; pero él no hace más que levantarlos a la vista de todos, no los engendró; y por eso, porque él sostiene que existían ya antes de él y fuera de él (en lo cual puede equivocarse, como cualquier otro jurista), por eso los aplica a un caso jurídico que ya pertenece al pasado, que se le ha sometido a su juicio, y, por eso, tiene también la pretensión de que otro juez deba reconocerlos y aplicarlos idénticamente que él mismo los aplica (2). El que esta pretensión esté justificada depende de que sea justo el principio jurídico manifestado como válido por el juez; y esta comprobación no dejará de hacerla un juez posterior. Pero en esto no hay nada especial, nada peculiar expuesto para estos casos; pues aquella opinión jurídica que expresa un juez, y se da también como la interpretación más literal del articulado legal más claro, se halla sujeta, como es sabido, a la misma comprobación científica de su justicia, es decir, de la fuerza de su validez.

Resultado: un Derecho llamado judicial, es decir, un Derecho creado por el juez, no existe. Solamente hay uno que, en cuanto está fuera del juez y sobre éste, rige y le obliga, es Derecho reconocido y aplicado por el juez. Si queremos introducir un nombre especial para la clase de normas jurídicas últimamente mencionadas, podremos denominarla el Derecho no estatuido, en oposición con el estatuido (no sólo en forma de ley, sino también en la de Derecho consuetudinario), esto es, Derecho que consta exteriormente

(1) Vid., p. ej., D. J. Z., 1914, pág. 8.

(2) Vid. OERTMANN, *Rechtsordnung*, pág. 355. Hasta lo correspondiente se ha dicho de la ley: «No es la ley la que crea el Derecho, sino que sólo lo manifiesta y le procura validez», BLUNTSCHLI, en el prólogo de su *Kommentars zum Zürich, Privatrechtsgesetzbuch*, 1855.

en títulos, en fenómenos que se pueden apreciar por los sentidos (1).

d) Nosotros decíamos que en el último caso de duda decide el juez según las normas objetivas que se desprendan de la «naturaleza de las cosas». Pero, ahora bien; si este concepto debe ser más que un juego de palabras, más que una simple expresión de perplejidad, debe rellenarse de un contenido objetivo-normal. Y de hecho, la «naturaleza de las cosas» no es más que «lo natural según la posición de la cosa», esto es, lo que entonces es adecuado, justo, según la civilización, saludable. Así, pues, si el juez quiere deducir un principio jurídico de la naturaleza de las cosas, pregunta él con eso: ¿qué reglamentación general, ideada como vigente para todos, corresponde a este caso (no resuelto por la ley ni por el Derecho consuetudinario), relativamente al mejor de los postulados de la justicia y de las necesidades de nuestro tiempo y de nuestra comunidad social? (2).

La resolución de este problema es algo más, y una cosa distinta que un asunto meramente subjetivo de gusto y de sentimiento. Con respecto de ella desempeña más bien un papel todo el poder, saber y valer, toda la conciencia cultural del juez. Este por eso ha de volver la vista a la Historia, a la Economía política, mirar en la legislación del ayer; no raras veces también en la extranjera y en la jurisprudencia deberá examinar detenidamente las costumbres de la vida práctica, las costumbres del tráfico, las corrientes de los tiempos; pero ante todo las intuiciones morales y los ideales de cultura de su época y de su pueblo. Con todos estos sumandos hace la suma. Yo no niego que esta suma forme una apreciación en la que tiene una parte no pequeña el sentimiento. Pero ciertamente que esa resolución no es por completo un asunto puramente sentimental, que,

(1) STAMMLER habla en el mismo sentido de Derecho «formado» y «no formado»; véase la *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, páginas 581 y 641. Tenemos aquí, dicho sea de paso, una oposición enteramente igual ante nosotros que la que se ofrece en la contraposición entre la manifestación de la voluntad «expresa» y «tácita». Se podría, si se quisiese, también hablar de normas jurídicas «expresas» y «tácitas». — EHRLICH (*Sociologie des Rechts*, 1913, pág. 23) distingue en sentido análogo «principio jurídico» y «norma jurídica».

(2) Vid. PERETRIKOWICZ, en GRÜNHUTS *Z.*, pág. 39 (1913), páginas 555 y 3, especialmente pág. 574.

como tal, se burle de toda fiscalización objetiva, *de gustibus non disputandum*. Anteriormente se ha menospreciado el sentimiento; ciertos partidarios del Derecho libre en la actualidad vuelven otra vez a sentirse inclinados a estimar demasiado elevadamente y de un modo parcial su significación.

III. En una intuición fundamental completamente distinta se basa la proposición, recientemente muy discutida, de Aloys Zeiler, para fundar un Tribunal denominado de Derecho o de interpretación. Cuando la ley ofrezca dudas y lagunas se debe, en opinión de Zeiler, someter el litigio respectivo a autoridades especiales, y éstas deben emitir sobre el problema jurídico dudoso una declaración, por decirlo así, auténtica, que continúe siendo obligatoria después para ulteriores litigios (1).

Esta proposición es una regresión al modo de pensar del Estado absoluto. Encuentra también su modelo exacto en ciertas instituciones del siglo XVIII, sobre las cuales la Historia hace largo tiempo ha dictado su sentencia de muerte. Acusa una lamentable falta de sentido respecto a la posición del juez actual; su realización (en la que no puede pensarse) rebajaría a condición subalterna el cargo judicial. También se debe mucho a la Ciencia jurídica por este nuevo encarrilamiento de su actividad. Solamente falta aún una ley de citas para completar el renacimiento de las condiciones de la Justicia bizantina.

Las mencionadas proposiciones ciertamente que han sido ideadas con buenos propósitos. Tampoco les falta un punto de vista ideal. El supremo bien de la Ciencia jurídica debe estar en peligro si el juez, en los casos de duda y de lagunas, carece de una indicación literalmente prescrita. Pero, ¿y si con esta reflexión el postulado de un Tribunal interpretativo está realmente justificado? ¿Es en general accesible el ideal de la seguridad jurídica? (2). ¿No continuará siendo imposible de obtener, a pesar de cien Tribunales de interpretación? Y, aun cuando fuera asequible la certidumbre jurídica absoluta, ¿no sería comprada demasiado cara con la pérdida de la conveniencia jurídica, con la cual necesariamente está enlazada? Ciertamente existen juristas que desean a toda costa un *ius cer-*

(1) Vid. *D. St. Z.* 1914, pág. 101 (allí otras citas). Para la discusión vid. a HÖCK, *Gesetzesauslegung*, pág. 302 y siguientes; Orto, *Gewissheit des Richterspruchs*, 1915, pág. 65.

(2) Vid. BONDIX, *Das Problem der Rechtssicherheit*, 1914.

tum, y para los cuales es preferible aun el más injusto, con tal que sea Derecho cierto, que el mejor, pero incierto (1). Pero estas opiniones tenemos que rechazarlas lejos de nosotros. Pertenecen a la esfera de un estéril oportunismo (2). Este modo de pensar es completamente indigno de un juez, porque el deber profesional del mismo no estriba en dictar resoluciones, sino en cómo las dicta, y en especial en que, en cuanto sea posible, decida justamente (3). La seguridad jurídica (certidumbre del Derecho) es ciertamente un objeto de la legislación; pero solamente un objeto, y no el supremo y último (4).

Si por eso desecho aquí de plano las proposiciones de Zeiler (5), no quiero negar, sin embargo, el germen de justificación que las acompaña. Hay cosas para cuya reglamentación no se necesita una ley en el sentido técnico de la palabra, y que, no obstante, necesitan siempre una reglamentación que conste en documentos. Para tales casos se recomienda una delegación de la facultad determinadora del Derecho por vía de ordenanzas o reglamentos (6). Quién deba dictar

(1) Véase, p. ej., a MAX WOLFF (Lassa), *J. W.*, 1914, pág. 125. En contra ERNST FUCHS, *J. W.*, 1914, pág. 270.

(2) Este oportunismo se encuentra especialmente entre los hombres de negocios, pero también entre los abogados. Aun la ley más miserable es adoptada con gusto por muchos, siempre que se pueda saber con claridad qué probabilidades de éxito tienen en el litigio cada una de las partes. «Mejor es una injusticia segura que un Derecho siempre inseguro». Esto es un punto de vista poco ideal.

(3) RADERICH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914, pág. 183: «Sólo debía dedicarse a la profesión de juez el que, con conciencia llena de abnegación, está penetrado de que el juez es servidor, no de la justicia, sino sólo de la seguridad jurídica». El que está dispuesto a tal renuncia me da lástima.

(4) Vid. STAMMLER, *Theorie*, pág. 702.

(5) *D. R. Z.*, 1914, pág. 118.

(6) Vid. HUCK, ob. cit. (Ordenanza jurídica reservando el derecho de veto parlamentario). — En 4 de Agosto de 1914, la Dieta del Imperio alemán ha admitido, dentro de una hora escasa, 17 proyectos de ley, sin modificar en ellos ni un detalle. Después de comenzar la guerra europea de 1914, se han dictado en Suiza las leyes más importantes y trascendentales en forma de Ordenanzas del Consejo federal, sin haber padecido por ello en su cualidad de leyes. Es sabido qué papel desempeña en Austria el llamado § 14 Ordenanzas, y que no puede prescindirse de él de vez en cuando.

unas u otras, si el príncipe territorial, el Consejo federal, el ministro, o como en Inglaterra y en Suiza ocurre frecuentemente, el Tribunal Supremo, es problema cuya solución la dará la Técnica. Por eso nada se opone a que se confíe la facultad de dictar ciertas ordenanzas a autoridades especiales, mixtas, judiciales y administrativas, autoridades de la clase que Zeiler parece haber tenido presente al formular su opinión.

IV EJEMPLOS

1. *Complementos de las deficiencias por analogía.*

a) Los contratos, esto es, los actos jurídicos bilaterales, han de interpretarse de buena fe, teniendo en cuenta los usos de la práctica (§ 157 del Código civil). ¿Se observará cosa distinta en los de voluntad unilaterales? Ciertamente no; la deficiencia ha de suplirse por la analogía (1).

b) El § 313 del Código civil, ordena que los contratos de enajenación de inmuebles se celebren en forma solemne. ¿Se observará también este requisito de forma en los denominados compromisos de venta (2), en virtud de los cuales el propietario se obliga a celebrar un contrato de venta? Y por otra parte, ¿se observará en aquellos contratos por los cuales solamente el comprador contrae ciertas obligaciones? Si se contesta a la primera pregunta afirmativamente (3), y la segunda por el contrario con tanta justicia, es objeto de contestación negativa (4), será consideración-guía la de que la aplicación de aquel precepto formal, en el primer caso parecerá racional y en el segundo no.

c) Una disposición anticipada del arrendador, que se refiere al precio de arrendamiento, adoptada antes de la enajenación de la finca arrendada, será eficaz en tanto en cuanto se refiera al trimestre corriente y al siguiente (§ 573 del Código civil). ¿Ocurrirá también esto cuando la disposición no se adopta por el mismo arrendador, sino forzosamente por sus acreedores o por los síndicos del concurso o de la quiebra? O de otra suerte expresado: ¿son aplica-

(1) DANZ, *D. J. Z.*, 1914, 8. OERTMANN, *Rechtsordnung*, pág. 81.

(2) Si en general los hay, no se discute ahora. Vid. REICHEL, *Mäklerprovision*, 1913, pág. 13.

(3) *Reichsgericht*, 53, 263.

(4) *Reichsgericht*, 81, 134.

bles o no las disposiciones respectivas de los §§ 135, 161, 184, 353, 499, 883 y 2.115 del Código civil a este caso? La práctica ha resuelto el problema en sentido afirmativo (1).

cc) ¿Se aplicará el § 463 del Código civil también a las artificiosas falsas apariencias de preferencia? (2).

d) El § 618 del mismo Código impone al amo ciertas obligaciones de naturaleza humanitaria respecto al criado. ¿Se aplicará también a la relación entre el que encarga una obra y el empresario? El Código civil calla; ahí está la laguna; la analogía se halla bastante próxima (3).

e) El apartado 2, del § 628 del Código civil dispone: Si el patrono da motivo al dependiente (o viceversa), por su conducta opuesta al contrato, a la despedida antes de tiempo, tendrá que indemnizarle de los daños que se deriven de dicha despedida. En el Derecho relativo al alquiler no existe la disposición correspondiente; así pues, hay una laguna. ¿Se suplirá ésta por analogía con el apartado 2 del § 628? Las dos opiniones, la afirmativa y la negativa, han hallado defensores. El tribunal imperial se ha decidido (con razón) por la analogía: si molestare el arrendador al arrendatario tanto tiempo que le obligase a dejar el arriendo antes de tiempo, o a la inversa, si obligase el arrendatario al arrendador, por su conducta contraria al contrato, a la despedida, el que da lugar a ésta, indemnizará a la otra parte de los daños resultantes (4).

f) El contrato de fianza necesita la forma escrita. El acto de contraer una obligación mancomunada es bastante semejante a la fianza; pero si necesita o no también una forma especial, no se halla prescrito en la ley. ¿Ha de aplicarse o no la analogía con la fianza? Unos contestan afirmativamente, otros niegan rotundamente. El tribunal del imperio adopta un término medio: para cierta clase de obligaciones mancomunadas se indica la analogía, para

(1) Para la discusión del problema vid. a RUMMEL en el *Zeitschrift für Ziellprozess*, 38 (1898), 252, donde se combate la opinión dominante. Entre tanto se podía haber condensado esto en el Derecho consuetudinario, con lo que desaparecería la contradicción de *lege lata*.

(2) JESS y RUMMEL en *Recht*, 1914, 81 y 469.

(3) En sentido afirmativo el *Reichsgericht*, 86, 28.

(4) *Reichsgericht* 76, 337. MITTELSTEIN, *Miete*, 3.^a ed. 1913, páginas 264, 365.

otras no (1). En este ejemplo se ve claramente de un modo especial cuán libre se halla el juez con respecto al problema de la analogía, y que sólo determinan su juicio la consideración de la naturaleza de las cosas.

g) El contrato sobre la herencia es impugnabile, según el § 2.281 del Código civil. La ley no dice si lo es también el testamento recíproco. ¿Es admisible la analogía? (2).

h) Según los §§ 599 y 600 A. L. R. 1 12, el que al testador hubiese matado intencionadamente debía ser indigno de heredar por su testamento. La práctica prusiana ha extendido este principio a la sucesión legal o intestada (3).

i) Algunos artículos del Código civil establecen la facultad del interesado de pedir que cesen los perjuicios que sufre en sus derechos. La Ciencia y la jurisprudencia han generalizado esta norma particular, convirtiéndola en un principio de grandes consecuencias (4).

k) El § 17 de la ley alemana sobre concurrencia ilícita prohíbe al empleado la comunicación indebida de un secreto del negocio. Ahora bien, ¿y si el empleado utiliza el secreto por sí mismo? El Tribunal imperial ha comprendido que debía incluirse este caso; pero en vez de aceptar esto simplemente como una laguna y llenarla por deducción de analogía, ha recurrido a una ficción especial; el empleado lleva a cabo, al vender una mercancía preparada por medio del secreto traicionado, una comunicación del secreto a su comprador (5).

l) Según los §§ 115 y siguientes de la Ordenanza procesal civil, el «Tribunal procesal» puede designar abogado de pobre para la parte que lo sea. ¿Le corresponderá la misma facultad también al Tribunal al que solamente se recurra para ante él aportar pruebas? La analogía es discutible (6).

(1) A este propósito vid. a REICHEL, *Schuldmitübernahme*, 1909, pág. 191 y siguientes.

(2) Sí, según STROHAL, *Erbrecht*, § 43 a (justificándolo); no, según KAGERMANN, *Bindung der Ehegatten*, 1913, pág. 42 y siguientes.

(3) *Reichsgericht*, 9, 284.

(4) Vid. JACOBSON, *die Unterlassungshilfe*, 1912.

(5) Vid. (muy bien) LOBE, *Recht*, 1913, 698.

(6) La afirma RABE, *J. W.*, 1914, 560.

l) ¿Es aplicable el § 323 de la Ordenanza procesal civil a la transacción? (1).

m) La transacción procesal y de reconciliación la declara la ley ejecutable. ¿Ocurrirá lo mismo con el acto de conciliación? (2). ¿Y con la transacción privada? (3). La ley calla. La analogía y la naturaleza de las cosas deben auxiliarnos.

m m) El juez designado por el Estado está obligado a la indemnización de daños y perjuicios únicamente en el caso de torcer el Derecho conscientemente (§ 839 del Código civil). ¿Se observará lo mismo respecto a los jueces árbitros? (4).

n) El pago del deudor se puede oponer al cesionario (acreedor pignoraticio) si dicho deudor lo ha ejecutado al cedente (dador de la prenda), ignorando la cesión del crédito (§ 407 del Código civil). ¿Se observará esto también con respecto al acreedor que embargó? Se combate la aceptación de la analogía (5).

o) El § 61 de la Ordenanza de concursos concede prelación de crédito en estos juicios a los «médicos». ¿Les corresponderá también a los dentistas? (6). En otras palabras, ¿está indicada la deducción inversa o la de analogía? (pues los dentistas, no son ciertamente, médicos). Lo último me parece más exacto (7).

p) Una ley prusiana de 21 de Julio de 1852 (§ 96) prescribe la inamovilidad de los profesores universitarios. Entonces aún no existían Escuelas superiores técnicas. ¿Son según esto, amovibles o no los profesores de estas Escuelas? La decisión depende de si ha de emplearse la analogía. Quien conozca las cualidades de las modernas Escuelas superiores técnicas no dudará acerca de su uso. El argumento capcioso de que en aquella disposición se trata de un

(1) Vid. BLANCKENBURGER, *Recht*, 1914, 445.

(2) REICHEL, *J. W.*, 1910, pág. 141.

(3) Muy bien MEIKEL, *J. W.*, 1913, pág. 629; en contra REICHEL, *J. W.*, 1913, pág. 75.

(4) En sentido afirmativo el *Reichsgericht*, 65, 176; en el negativo OTTO, *ob. cit.*, 54.

(5) Se niega en *J. W.*, 1914, 457 bajo I, y FABIAN mismo, 451 y siguientes; se afirma (con razón) *J. W.*, 1914, 457 bajo III, así como STUM en *Wachstumschrift*, 1913, I, 465 y siguientes.

(6) En alemán los dentistas son *Zahnärzte*, literalmente médicos de los dientes. N. del T.

(7) En pro de la analogía KOHLER, *Leitfaden des Konkursrechts*, 2.^a ed., pág. 192; en contra LEHNSSEN, *D. J. Z.*, 1914, 567.

derecho denominado singular, y que la interpretación extensiva, así como el uso análogo, no sean admisibles, no debe hacernos incurrir en error, pues la razón de la (pretendida) singularidad es en uno y otro caso la misma (1).

q) Un consulado general alemán dictó la siguiente orden de movilización: «Los domiciliados en Alemania que, estando sujetos al servicio militar del *Landsturm*, se hallen como transeúntes en el distrito consular, han de incorporarse, tan pronto como se haga el llamamiento en el distrito correspondiente, al cuerpo de ejército alemán (al que pertenezcan). Los alemanes que, estando sujetos a dicho servicio, se hallen domiciliados en el distrito consular, esperarán el llamamiento del consulado.»

Para los que sólo se hallasen como transeúntes en el distrito (consular), pero no domiciliados en Alemania (por ejemplo, los que huyeron de países enemigos), no se había previsto nada. Se suscitó el problema de cómo habían de conducirse éstos. Un aviso supletorio lo resolvió, prescribiendo que se les aplicase por analogía lo dispuesto respecto a los domiciliados en el distrito consular.

r) El rectorado de una Escuela superior ordenó: «El curso semestral se clausurará en sábado. Los certificados de asistencia (los llamados *Abtestate*) no pueden ser distribuidos antes del jueves». Ahora bien: algunos cursos de una hora (semanal) se cierran ya en miércoles. ¿Debía en estos casos el profesor trasladarse personalmente al edificio escolar solamente para atender a la letra de la expresada orden? Con razón se ha sostenido el punto de vista de que en un curso que se cierra en miércoles se puedan entregar también en dicho día los aludidos certificados. El precepto, por su sentido, se refiere manifiestamente sólo a los cursos que deban tener clase todavía los jueves, viernes o sábados. Por eso para los demás nada se había prevenido en general. La laguna había de llenarse apoyándose en el objeto de la disposición; se expedirán los certificados el último día del curso.

s) La ley alemana de 4 de Agosto de 1914, sobre los que luchan en la guerra, dispone que el litigio en que sea litigante una persona que se halle combatiendo se suspenderá de «oficio». Por lo tanto, se presupone que el litigio se hallaba ya en marcha. Por el contrario, nada se prevé para el caso en que se entable un pleito

(1) Contra la analogía KÄHLER, *Rechtsstellung der Lehrkräfte*, 1913, 26; en pro de la misma O. LOENING, *Jur. Lit. Bl.*, 1914, 116.

nuevo contra una persona que se halle en la guerra. La analogía es palmaria. Da por resultado que tal pleito, por decirlo así, se suspenda apenas se inicia, o con otras palabras, que la demanda interpuesta contra una persona que se halle en la guerra, mientras dure ésta no surtirá ningún efecto (1).

t) La misma ley ha suscitado otra duda. Si el representante de una persona jurídica, por ejemplo, el director de una institución, el gerente de una Sociedad anónima, se hallase prestando el servicio militar de guerra, no se aplicará a la persona jurídica la excepción indicada, según su texto literal; pero se ha dicho que por analogía debía aplicársele, pues la razón del precepto, la imposibilidad de seguir la marcha procesal, es la misma en uno que en otro caso (2).

Si esta argumentación es o no fundada no lo examinamos ahora.

2.— *Ejemplos en los cuales se suplen deficiencias (legales) según la naturaleza de las cosas.*

a) Respecto a ciertos actos jurídicos dispone la ley que no son admisibles condiciones ni plazos (los llamados *actus legitimi*). La rescisión, revocación, requerimiento, el tomar a cargo de uno una deuda, no son nombrados expresamente. De igual modo la jurisprudencia ha declarado a éstos también *actus legitimi*, supliendo conscientemente deficiencias según la naturaleza de las cosas (3).

b) La disposición del § 162 del Código civil (art. 156 del Derecho de obligaciones suizo) no tiene equivalente en el Código civil general austriaco. ¿Falta también por ese motivo en el Derecho austriaco? Contestar afirmativamente a esta pregunta valdría tanto como exagerar el culto a la letra (4).

c) La disposición del § 181 del Código civil alemán (el contrato consigo mismo del apoderado) falta tanto en el Código civil austriaco como en el suizo. La ciencia y la práctica han suplido las deficiencias (5).

d) El comprador de cosa genérica puede pedir, al entregársele mercancía defectuosa, reparación de la deficiencia (mediante entrega

(1) REICHEL, *Ost. Allg. Ger. Ztg.* 1914, 384.

(2) MAGNUS, *Recht und Wirtschaft*, 1914, 225; LEX, *J. W.* 1914, 961.

(3) WILDHAGEN, *Biesserfestschrift*, 1913, 348.

(4) Excelente mente KRAINZ-EHRENZWEIG, *System I*, 1913, p. 274.

(5) KRAINZ-EHRENZWEIG, ob. cit. pág. 313; *Schweiz. Bundesgericht, Entscheidungen*, Vol. 30, II, pág. 561; REICHEL, en *Zürcher Einweihungsfestschrift*, 1914, pág. 112.

de otra conforme a lo pactado) (§ 480 del Código civil). ¿Le corresponde igual derecho (de corrección de los defectos)? El Código civil calla. Prontamente acuden muchos a la famosa deducción contraria. Pero no se puede comprender por qué el comprador de cosa específica debe ser víctima del olvido que sufrieron los redactores de la ley, quienes, teniendo un buen pensamiento al regular a los compradores de cosa genérica, no pudieron concebirlo al regular los de cosa específica. Así, pues, ¿qué puede impedirnos, puesto que no existe un precepto expreso en contrario, que suplamos en este punto la deficiencia legal por adición de una norma conforme a la naturaleza de las cosas? (1).

d) Alguien ofrece una recompensa para el caso de que un tercero ejecute cierto acto, por ejemplo: la detención de un asesino. Ahora bien: dos personas han prestado el servicio conjuntamente. ¿A quién corresponderá dicha recompensa? El § 659 del Código civil alemán contiene para este caso una disposición especial; el general austriaco y el Derecho de obligaciones suizo, por el contrario, callan acerca de este problema. El juez austriaco y el suizo, por lo tanto, tienen que decidir según la naturaleza de las cosas. En caso de duda dividirá la recompensa según el juicio salomónico (2).

Dos personas conjuntamente encuentran una cosa o median en un contrato. ¿A quién corresponde el premio por hallazgo o el precio del corretaje? El Código civil calla (3).

e) ¿Puede el fiador que afianzó una cuenta corriente de crédito con posterioridad, especialmente al empeorar la situación económica del deudor principal, liberarse de su obligación para lo futuro? La ley calla; la jurisprudencia ha concedido tal derecho de liberación, supliendo racionalmente la deficiencia (4).

f) El Código civil general austriaco calla acerca de la obligación de alimentos subsidiarios de la mujer casada; la obligación de alimentos recae únicamente sobre el esposo. Del mismo modo, en relación con el § 7 de dicho Código austriaco, se afirma por nota-

(1) Vid. LOHM, *Recht*, 1913, 698; OERTMANN, al § 463 del Código civil *Abw. R. G.* 61, 97.

(2) ZITTMANN, *Uteten im Recht*, 1903.

(3) Vid. REICHEL, *Mäkterprovision*, 1913, pág. 178 y siguientes.

(4) Vid. MITTELSTEIN, *Miete*, 3.^a ed. 1913, pág. 157; a este propósito véase el proyecto húngaro de un Código civil, § 983.

bles autores la obligación de alimentos que pesa sobre la mujer casada (1).

g) El apartado 2 del § 1.926 del Código civil (alemán) dispone: «Si al tiempo de fallecer el causante de la herencia viviesen los abuelos, heredarán por partes iguales». Ahora bien: ¿qué ocurrirá cuando uno de los padres del causante sea hijo ilegítimo y el difunto sólo tenga tres abuelos? ¿Se repartirán la herencia por terceras partes? La ley parece exigirlo así; pero el resultado sería extravagante, y hay que suponer que la ley no ha previsto en general este caso. Por eso hay que interrogar a la naturaleza de las cosas. Se debe dividir por mitad. Los abuelos legítimos reciben una cuarta parte cada uno; la abuela ilegítima recibe la mitad (2).

h) La ley del Imperio de 28 de Febrero de 1888 (4 de Agosto de 1914) prevé se otorgue a las familias necesitadas de los soldados alemanes en guerra un socorro. Este se distribuirá por las Asociaciones denominadas *Lieferungsverbände*. En cuanto a las familias alemanas domiciliadas en el extranjero, no se prescribe nada especial. Que a éstas no se les socorra no ha sido, naturalmente, el pensamiento de la ley. Pero, ¿quién les abonará el socorro? ¿La citada Asociación de su domicilio de socorro en Alemania? ¿La de su última residencia alemana? ¿O cuál otra? ¿Y qué es lo que se hará cuando el alemán de que se trate no haya tenido nunca en territorio del Imperio un domicilio? No se puede negar que aquí se ha abierto una hendidura. Se la podrá rellenar, porque respecto de los domiciliados en el extranjero, las funciones de la Asociación de provisiones corren a cargo del consulado alemán correspondiente al lugar. Toda otra solución sería contraria a la naturaleza de las cosas y contraria al fin propuesto.

i) El convenio de La Haya relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre (de 29 de Julio de 1899) dispone en el art. 2.º: «Los habitantes de una región no ocupada que, al aproximarse el enemigo, por propio impulso tomen las armas para luchar con las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para organizarse, según el artículo 1.º, se considerarán como si fuesen soldados beligerantes, en tanto que, etc.» Ahora bien: pero, ¿cómo se considerarán los habitantes de una región ya ocupada por el enemigo? ¿Será permitido

(1) KRAINZ-EHRENZWEIG, *Systeme*, § 440; HANAUSEK, *Erbrecht und Pflichtteilrecht der Ehegatten*, 1910, pág. 62.

(2) *Mitteilung von Prof. STROHAL* en Leipzig.

en este caso el levantamiento en masa, y estarán amparados o no dichos habitantes por el Derecho de gentes en tiempo de guerra? La respuesta es difícil, como tan a menudo acontece en Derecho internacional. Muchos han acudido, para darla, a las circunstancias del acuerdo. Pero esto no sirve para nada, pues sin esto es evidente que se trata de un convenio que no ha previsto nada acerca del trato que se ha de dar a los que tomen parte en la lucha sin ser de los expresamente reglamentados. Así, pues, hay una laguna, y es dudoso que se la pueda llenar por analogía (1).

3.— *Se suplen las deficiencias (lagunas) mediante una concepción demasiado amplia de las circunstancias del acto.*

a) Una manifestación de la voluntad puede ser impugnada por engaño, etc. (§ § 519 y siguientes del Código civil). ¿Se aplicará esto también cuando dicha manifestación consista en una declaración de que se aprueba algo o en la firma de suscripción de una acción? La ley calla; pero el tribunal del imperio (68, 344) se considera autorizado para introducir una norma de excepción negativa, considerando que la justifican los intereses predominantes de la seguridad del tráfico (2).

b) Según el § 365 del Código civil el deudor que en vez de cumplir su obligación entregase al acreedor una cosa o un derecho, está tenido a la evicción como si fuese un vendedor. El precepto está redactado en términos generales, por eso según el sentido literal, comprende también a aquellos que sean deudores en virtud de un contrato lucrativo para una de las partes y oneroso para la otra, por ejemplo: la donación. Pero aplicado a estos casos conduciría a resultados demasiado abiertamente contrarios a su sentido. Por eso ciertos autores, con razón, han hablado hasta de una «interpretación restrictiva» (3).

c) Según el § 1.353, apartado 2 del Código civil está autorizado el esposo que tenga derecho a pedir el divorcio, para abandonar a su cónyuge. Ahora bien, puesto que, como se sabe, puede pedir también el divorcio aquella mujer cuyo esposo sufra enfermedad mental permanente (§ 1.569), para el apegado a la letra no ofrecerá ninguna duda de que el cónyuge de un ser tan desgraciado le co-

(1) Vid. KOLLBRUNNER, *Volkskrieg und Kriegsrecht*, Neue Zürcher Zeitung, Nr. 1267, 1914.

(2) WILDHAGEN, *Rieserfestschrift*, 1913, 346.

(3) Vid. OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte*, 1912, pág. 97.

rresponderá también igual derecho. Pero tal interpretación literal no es satisfactoria. Más bien habrá que resolver, según la naturaleza de las cosas, si el sentido literal no va demasiado lejos, y si no se requiere mejor una norma excepcional, mientras la ley permita que se medite sobre un caso de una forma tan peculiar. En el terreno de los hechos se ha sostenido tal laguna (1). Si para ello se ha tenido razón es problema que aquí no necesita estudiarse, pues aun aquel que no reconozca aquella excepción, deberá conceder, sin embargo, que la concepción opuesta excepcional no está ya justificada por la rigidez en seguir la letra pura y simplemente, sino decididamente por la reflexión sobre la razón de la ley.

d) La ley de patentes alemana, salvo en el § 12, no establece ninguna diferencia entre nacionales y extranjeros. También pueden solicitar los últimos patentes. Pero con esto no se dice que en tiempo de guerra se aplique el precepto a los súbditos de una potencia enemiga, pues la ley de patentes no está acomodada al tiempo de guerra y tampoco tiene nada que ver con éste su § 12 (derecho de represalias). Por eso, a mi juicio, nada se opone a que en caso de guerra se permita una excepción en tanto se armonice ésta con la justicia y las prácticas internacionales. El *chauvinismus* no puede aquí ni en Derecho en general desempeñar ningún papel. Pero tampoco sin preocupación nacional se podrá sostener que un Estado que se halle con los apuros consiguientes a la guerra, deba privilegiar a los súbditos de un Estado enemigo otorgándoles un derecho de preferencia en relación con sus propios súbditos (2).

(1) LOBE, *Recht*, 1913, 700.

(2) Vid. RATHENAU, *Recht und Wirtschaft*, 1914, 243.



SECCION TERCERA

RESOLUCION CONTRA LA LEY

¿Ocurrirá, es imaginable, que el juez pueda dictar una resolución contra la ley escrita, esto es no solamente contra su sentido literal, sino contra su indudable significado? (1).

A

El problema que se encierra en la mencionada pregunta no es un problema nuevo. Miles de años se han esforzado en resolverle. Es propio de un estado especial profundo de pensamiento ético, como se ofrece en el siglo XIX, el encubrir con un manto lo grave de la tarea y fascinar a la conciencia científica.

1.—Ya los pensadores griegos se ocuparon en este problema.

Platón, en su *Plática* sobre las leyes, plantea la cuestión de si el legislador debe dejar en mayor libertad al juez, o si debe previamente regularlo todo hasta en los menores detalles. La contestación es la siguiente: si es la Constitución mala, si los jueces son mal intencionados y mal educados, el legislador deberá por sí mismo regular todo lo más posible, dejando al juez la menor estera libre posible. «Por el contrario, en un Estado en que los tribunales se hallen bien organizados y los jueces bien educados y se compruebe estrechamente su aptitud, es racional y justo dejar a tales jueces en la mayor parte de los casos libre la facultad de juzgar». Pero una vez que la ley haya regulado un problema, el juez está obligado a cumplirlo. Tampoco podrá éste separarse de la ley, aun cuando sea injusta e intolerable. Por el contrario, en tales casos, pueden los interesados invocar el juicio arbitral del Gobierno y pedir se los libere de la ley injusta. Esta liberación se otorgará «cuando es de suponer que el mismo legislador, si viviese aún y estuviese presente no insistiría en que se mantuviese en este caso lo que la ley prescribe» (2).

(1) Para la bibliografía véase HUCK, *Gesetzesauslegung*, pág. 198.

(2) Vid. también la cita de la *Politica* de PLATÓN en STAMMLER, *Theorie*, pág. 146.

Muy decididamente combatió también Aristóteles la sumisión del juez a la ley. El juez del Estado—manifiesta en su *Política*—tiene solamente que decidir el problema que se le plantea, y por cierto apoyándose en la ley. Su respuesta ha de ser sí o no; no hay término medio. El juez no es árbitro para poner de acuerdo a los litigantes con arreglo a equidad, sino juez que tiene que decidir según la ley y el Derecho. La práctica, muy extendida entre los cretenses, según la cual el juez podía dictar sentencia con arreglo a equidad, aun contra el tenor de la ley, supone un peligro para la imparcialidad de la jurisprudencia y para la libertad del ciudadano. Si la ley es manifiestamente injusta e insoportable, es deber moral de los interesados ceder algo de su derecho, de buena voluntad, y concertar un convenio conciliatorio equitativo; por el contrario, al juez no le es permitido ni aun en tal caso separarse de la ley.

2. Para los romanos de la República era el pueblo la única fuente de producción jurídica; no lo era el juez. *Praetor ius dicere potest, ius facere non potest*. Por eso no podía el pretor reformar en principio el Derecho de gentes vigente. Una regla jurídica de este Derecho seguía siendo Derecho, aun cuando el pretor no lo reconociese como tal; por el contrario, una regla jurídica no reconocida por el Derecho de gentes, no lo era aun cuando el pretor la hubiese establecido y la observase continuamente.

Pero esto era sólo en teoría. En la práctica las cosas ocurrían de un modo esencialmente distinto. El pretor era el supremo juez, el más elevado, en el fondo la única instancia judicial; en su persona se monopolizaba la jurisprudencia en su totalidad. Los principios fundamentales que desenvolvía para la jurisprudencia, y que públicamente declaraba en su edicto, eran, por eso, en sus efectos prácticos, absolutamente reguladores. Pero estos principios, con el transcurso del tiempo, se desviaron de un modo muy evidente de los principios establecidos en la ley y en el Derecho consuetudinario.

Tenemos aquí, ante nosotros, uno de los fenómenos más notables que haya jamás razonado la historia jurídica. Gracias a su fuerza oficial, a su imperio de magistrado, el supremo juez romano se ponía en pugna abierta contra la ley vigente, y los jueces, por él instruidos, juzgaban, no según la ley, sino según las indicaciones que, separándose de ésta, le daba el alto funcionario.

Así surgen dos Derechos: por una parte, un Derecho popular, que sólo podía reclamar para sí el título honorífico de *ius civile*

Romanorum; por otra, un Derecho judicial, por el que se dejaba guiar, en verdad, la jurisprudencia de los Tribunales, y según el cual se desarrollaba la real vida jurídica.

¿Cómo vamos a poner orden en este suceso notable? Qué es lo que era Derecho: ¿la norma de la ley, la prescrita por el pueblo, o la del edicto según la cual juzgaba el pretor? Los jurisconsultos romanos han expuesto la teoría del doble orden jurídico: ambas llegan a ser Derecho; junto al *ius civile* han puesto al *ius honorarium*. Pero esta extravagante explicación era intrínsecamente inexacta. Es tan poco satisfactoria como la doctrina de la teología católica sobre la doble verdad. Como sólo hay una verdad, así también sólo puede existir un solo Derecho vigente en una comunidad jurídica. Así, pues, el problema únicamente puede formularse del modo siguiente: ¿qué era realmente en Roma el Derecho vigente: el Derecho popular o el oficial? La respuesta no ofrece duda. Derecho vigente, esto es, Derecho efectivo, era, en caso de conflicto, exclusivamente el oficial. Esto es, en tanto en cuanto el último no coincidiese con el popular, se preferiría en la práctica aquél a éste, porque sólo el oficial contaba con la protección del juez. Pero Derecho vigente sólo es aquél que puede realizarse verdaderamente en la vida (1).

Así ocurrió que el pretor romano ha suministrado el modelo y el prototipo del llamado imperialismo judicial, el prototipo de aquel juez que, en lugar de aplicar exclusivamente la ley, la completa por propia perfección de poder, la desarrolla, y allí donde le parece necesario directamente la derriba. No sin razón algunos de los defensores de la teoría del Derecho libre han ensalzado al pretor, considerándolo como el tronco del que procede la jurisprudencia libre.

Si ahora nos proponemos el problema de en qué posición se encontraban los jurisconsultos romanos con respecto a la ley, ante todo habrá que llamar la atención acerca del hecho de que la situación de aquellos era completamente distinta a la actual. El número de las leyes propiamente dichas era menor, la mayor parte de ellas estaban anticuadas, y en la conciencia del pueblo carecían de fuerza. Cierta es que aun en el tiempo de Cicerón se aprendían de memoria las XII tablas; pero, sin embargo; sólo en el mismo sentido en el que hoy los muchachos de la escuela aprenden de memoria el cate-

(1) STAMMNER, *Theorie*, pág. 117. 169.

cismo luterano; esto no suponía necesariamente una apropiación ínfima. También la concurrencia que al antiguo Derecho popular se le hizo por las reglas vigentes, que al lado de él existían en el edicto del pretor, era poco adecuada para afirmar su autoridad. El edicto del pretor, por su parte, era de nuevo siempre una simple ordenanza oficial; el sagrado respeto que se debe a la ley difícilmente se le hubiese rendido. Añádase que sobrevino la internacionalización de Roma y, en su consecuencia, la invasión de la vida jurídica romana con las disposiciones elásticas, flexibles, del *ius gentium*, aquel compuesto mixto de usos o costumbres de los señores de todos los países. El material de normas obligatorias era, según todo esto, para los jurisconsultos romanos, muy modesto; frente al enorme bagaje de leyes escritas, por las cuales el jurisconsulto actual se ve limitado o constreñido en todos sus pasos, es aquél de muy escasa apariencia. Si, por otra parte, consideramos aun la situación especialmente autoritaria en que se encontraron ciertos jurisconsultos romanos, si no todos ellos, por otorgárseles el derecho por el Estado de emitir opiniones jurídicas dotadas de autoridad (*ius respondendi*), no podremos maravillarnos de que entre dichos jurisconsultos encontremos hombres, quienes, ante la ley escrita (y el edicto), muestran una libertad e independencia que debía parecer al jurisconsulto del siglo XIX obtenerlas para su persona, como una cosa puramente imposible.

Cierto es que una teoría sobre esta materia no la han formulado los romanos, quienes eran predominantemente prácticos. Pero sus resoluciones individuales, así como observaciones ocasionales, muestran palmariamente cuán animosamente con frecuencia estaban decididos a conceder la preferencia a las apremiantes instancias de la equidad natural (*aequitas*) respecto a los preceptos del *strictum ius*. No constituyen ninguna rareza entre los jurisconsultos romanos las resoluciones *contra legem scriptam* (1).

3. En terreno completamente distinto habría que creer que se ha asentado la Edad Media con su fe autoritaria. Pero las apariencias engañan, pues como la romana, así también la vida medioeval se halla dominada por un dualismo de órdenes jurídicos; dualismo que era mucho más poderoso y profundo que la oposición entre el Derecho civil y el honorario. El Derecho divino y el humano, el

(1) La demostración en KIPP, *Geschichte des Quellen*, 3.^a edición, 1009, pág. 9.

eclesiástico y el político, se hallaban en lucha y combatían por el predominio en los espíritus. Nunca la filosofía jurídica católica ha podido prescindir del convencimiento de que una ley humana que se oponga a algún mandato divino no puede tener derecho a exigir eficacia real. Hasta el día de hoy aquella doctrina se halla adherida a la tradición tomística, con arreglo a la cual una ley manifiestamente injusta, solamente ley por su forma, no es obligatoria, según la materia de las cosas, en virtud del principio de que se debe más bien obedecer a Dios que a los hombres (1).

4. Análogas ideas fueron adoptadas en los tiempos modernos, ante todo por la teoría del Derecho natural. Junto al Derecho positivo colocaba ésta al natural. Así, pues, volvía a surgir un dualismo.

Sobre cómo había de resolverse se han manifestado muchos de estos autores sólo tímidamente y con poca claridad. A esto pueden haber contribuido consideraciones políticas; era el tiempo del absolutismo de la Policía política. Así, la mayoría se adhieren al impercedero principio de que el Derecho natural sólo tiene validez como subsidiario y, por eso, no puede derogar las leyes positivas del Estado. Pero todos no se detienen en este punto. Por lo menos, existe la tendencia innegable de reivindicar para el Derecho natural o racional una especie de vigencia ultra-positiva. Los jesuitas y los calvinistas adversarios de la Monarquía absoluta coinciden en este mismo pensamiento; y la Revolución francesa, que tantas leyes positivas derribó, para «derivar del Cielo los eternos derechos individuales», fué, en no pequeña parte, la sedimentación práctica de ideas de Derecho natural, que conmovieron profundamente el siglo XVIII. No hay más que recordar a Rousseau (2).

5. Con los románticos de la Restauración, de la escuela de Derecho histórico, se modificó poderosamente el estado de cosas. La Santa Alianza fué el triunfo; la autoridad y la legitimidad fueron la solución.

El Derecho natural pareció teóricamente equivocado y prácticamente sospechoso. La simple meditación acerca del juzgar contra

(1) Víd. BONVOCÀ, *Derogabilità del diritto naturale nella Scolastica*, 1906 (a este propósito RICHIERI en *Lit. C. Bl.*, 1906, pág. 1240); CATHERIN, *Recht, Naturrecht, positives Recht*, 2.^a ed., 1909; HAYMANN, en el *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, 1914, pág. 240 y siguientes.

(2) STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1914, pág. 128.

ley apareció como un delito de alta traición. Con la Revolución del año 1848 no se ha modificado esto; todo lo contrario. El Constitucionalismo aceptó en este punto sin reserva la herencia del Absolutismo. La Filosofía se equivocó; el Positivismo se conformó con lo existente. Especialmente, el pensamiento ético sufrió un triste descenso; la Filosofía jurídica se sumió en profundo sueño. El problema de si una ley es justa y moral apareció como accesorio. Con esto desapareció de la memoria la necesidad de ocuparse seriamente en el problema de su aplicación incondicional (1).

Para la Dogmática jurídica oficial del siglo XIX es indiscutible que el juez nunca y en ninguna circunstancia podía desviarse de la ley. Cualquiera que se hubiese atrevido a dudar sobre este particular hubiese sido herido por el rayo del destierro. Hasta se hubiese llegado, no raras veces, a correr el riesgo de la dura sanción del Derecho penal; el juez, se decía amenazado, que conscientemente resuelve contra la ley, se hace reo de infracción del Derecho, pisotea el cargo y el juramento y ha incurrido en la pena de prisión correccional. A lo sumo, inconscientemente y sin querer—añadían algunos contemporizadores—, «podía» el juez desviarse de la ley. Como puede imaginarse, esto permanece, en verdad, cubierto por espeso velo.

b. Luego se presenta la escuela del Derecho libre. Con cierta osadía y viveza anunciaron algunos de sus partidarios la facultad del juez de resolver en ciertos casos contra la ley. En representación de todos nombremos solamente a Ohaus Flavius, en cuyo trabajo de lucha aparecido en 1906, en la pág. 41 se dice: que el juez civil puede juzgar contra ley:

- a) Cuando la resolución legal no está exenta de dudas;
- b) Cuando el juez está convencido de que el legislador actual hubiese dictado reglas distintas de las de la misma ley;
- c) En casos extremadamente complicados;
- d) Cuando las partes han dispensado de la observancia del Derecho establecido por el Estado.

Apenas fueron pronunciadas estas palabras, se levantó una pro-

(1) Solamente la Filosofía jurídica católica constituye una famosa excepción. Su situación se indicó antes. Estoy muy lejos de asociarme a esta opinión; pero el mérito, en medio del aplanamiento positivista, de mantener por lo menos despierta la tradición acerca de la situación del problema, no podría yo negárselo a la Filosofía jurídica católica del siglo XIX.

testa casi unánime de todas partes; las más vivas, naturalmente, del seno de los positivistas (1) ortodoxos. Un resonante grito de alarma se esparció por los territorios alemanes y austriacos. ¡La Patria está en peligro! ¡La autoridad de la ley amenazada! ¡La rebelión individualista está a la puerta.

Y ahora aconteció algo notable: los asaltantes e invasores perdieron visible y repentinamente los ánimos. Precisamente aquellos partidarios del Derecho libre que en su tiempo habían pedido con más claridad que fuese posible juzgar contra ley, modificaron súbitamente su credo jurídico. El revisionismo festejó el triunfo. Y no solamente se modificó su creencia, sino que llegó hasta a sostener, que ni en el pasado había habido nunca un partidario del Derecho libre, que hubiese predicado el juzgar contra ley; la afirmación de los que sostuvieron que tal cosa se dijo, era una pura fábula (2).

Esta retirada súbita ha producido una impresión muy penosa a los amigos de un «movimiento moderado en pro del Derecho libre». Se tuvo la impresión de una sacudida, de falta de perseverancia. Se pudo pensar en una fuga. Habéis sonado las trompas bélicas; pero cuando silbaron las balas retrocedisteis y abandonasteis, sin combatir, el campo al enemigo. Mirar esto era doloroso. ¿Podía uno aún maravillarse de oír siempre el rumor victorioso de que el movimiento en pro del Derecho libre se había detenido, ineficaz?

7. Pero aún ocurrió algo más: con frecuencia observamos en la Historia que el verdadero progreso se deriva, no de los que se muestran radicales, sino de los tranquilos y serios; de los que con tranquila reflexión marchan hacia adelante, paso tras paso, sin precipitaciones, pero también sin temores, probándolo todo y conservando lo mejor. Así acontece también aquí. Un pequeño grupo de pensadores, maduros y sólidos, cogió el problema, lo mantuvo tenazmente firme y luchó con él como Jacob con el ángel del Señor. Se hallan en primera fila entre estos hombres Ernesto Stampe, Erich Jung y Oscar Kraus. Pero no son los únicos (3). Y aun tengo la

(1) En el sentido de partidarios del Derecho positivo.—N. del T.

(2) D. R. Z., 1911, 258.

(3) Vid. aun RUMPF, *Gesetz und Richter*, 1906, pág. 77, 158; WISSENDÖRFER, *Archiv für zivil. Proc.* 110, 333; SPIEGEL, *Gesetz und Recht*, 1913, 133. Sobre CARLOS SCHMIDT, vid. pág. 142.

certeza de que de año en año la lista aumentará; pues allí donde hay un viñedo, se encuentran también los verdaderos trabajadores que no temen el esfuerzo que exige la labor.

B

Ahora bien; después de esta ojeada histórica retrospectiva, vayamos al problema mismo.

¿Cuándo puede el juez fallar contra la ley? Contestación: podrá hacerlo sólo cuando deba, pues lo arbitrario sería lo peor imaginable. Por eso ha de plantearse anticipadamente el problema en esta forma: ¿cuándo está obligado el juez a separarse de la ley?

Pero aún puede inducir a error el problema así planteado. El deber no necesita siempre ser jurídico, puede también ser moral o religioso. Es indiscutible que, en ciertas circunstancias, una infracción jurídica puede ser deber moral o religioso. Pero de esto no hablamos nosotros aquí. Nosotros hemos de ocuparnos más bien sólo en este lugar en el deber jurídico. Así, pues, pregunto una vez más: ¿cuándo está obligado jurídicamente el juez, por virtud de su cargo, a no seguir a determinada ley?

Yo no quiero dar en este lugar una contestación acabada a tan espinoso problema. No puedo darla, pues el problema está aún desarrollándose, y muchos puntos necesitarán aún ulteriores aclaraciones. Y no quiero darla, porque el peligro de ser mal comprendido, y por ello causar más daño que provecho, es aquí precisamente de un modo especial palmario. Por eso me limito a algunas indicaciones breves y circunspectas (1).

(1) Debe dejarse a un lado el problema de hasta qué punto le corresponde al juez la comprobación de la validez jurídica formal de la ley (promulgación conveniente, adecuada elaboración, constitucionalidad y congruencia con lo ordenado, por ejemplo, reglas de Derecho federal, etc.). Así, si se determina que una «ley» no reúne los requisitos de una ley válida, no se podrá a la inobservancia de esta «ley» calificársela de juzgar contra «ley»; porque la misma ley no existe como tal. Sin embargo, se hallan también aquí ocultas dificultades. Con razón plantea HACK el problema de sí, para la seguridad jurídica, no deberían aplicarse también la ley real bávara de 1913, aquellos que están convencidos de su anticonstitucionalidad (*Gesetzesauslegung*, pág. 192). Y análogas consideraciones hace EMBLICH (*Soziologie*, pág. 154) con respecto a la validez jurídica del llamado § 14 de la Ordenanza, cuya constitucionalidad, como es sabido, es asimismo muy discutida.

I. Primer principio: *El juez habrá de fallar CONTRA la ley cuando, según su convencimiento, inspirado en el deber, la norma legal, derogada por el Derecho consuetudinario, ha perdido su vigencia.* En este caso fundará más bien su resolución en las normas jurídico-consuetudinarias.

1. En los tiempos de los jurisconsultos clásicos de Roma expresaba este principio una gran verdad. Sólo los Emperadores bizantinos y, siguiéndoles, los Papas de ideas autocráticas, le han hecho oscilar. Repetidamente decretaron éstos: el Derecho consuetudinario no podrá derogar en lo más mínimo al Derecho legal. A ellos les siguió el siglo XVIII, y por completo más tarde el siglo XIX. Los legisladores modernos—tanto los de leyes ordinarias como los de las constitucionales—han seguido estas huellas y han aceptado el principio en sus codificaciones: el Derecho consuetudinario, o en general no tiene ninguna validez, o solamente en tanto la ley remite a dicho Derecho, o sólo en tanto la ley no resuelva el problema. Por eso, el Derecho consuetudinario derogante era declarado nulo y sin efecto. También en el Código civil alemán se ha querido incluir un precepto con este contenido; pero la ilustración de la I.^a Comisión ha hecho que se le tachase. Muy de lamentar es que el legislador civil suizo no haya seguido este laudable ejemplo. Es, por lo menos, dado a error el que se prescriba al juez, en el artículo 1.^o del Código civil suizo, que debe fallar según el Derecho consuetudinario, cuando no sea posible tomar una regla legal. Esto origina la opinión de que este Derecho debe sólo tener fuerza obligatoria subsidiaria, y que sólo debe ser tenido en cuenta *praeter legem*. Y realmente se ha sostenido esto (1).

Pero con tales preceptos, el legislador ha traspasado los límites de su poder y competencia, pues ni puede prohibir que se forme un Derecho consuetudinario, ni impedir que el Derecho de esta especie más moderno derogue a la ley más antigua. Qué sea fuente del Derecho y qué rango le corresponde no puede ser decidido por una sola de las fuentes jurídicas. Pero menos aún puede dictar disposiciones acerca de si una fuente jurídica, y en su caso cuándo, debiendo reconocerse como tal y como de igual derecho que las demás, se halla en condiciones para crear el Derecho. Así, pues, si, sin embargo, se atreve el legislador a emprender esta tarea, intenta lo imposible, y su prohibición es simplemente nula. No es menos

(1) GÜR, ob. cit., pág. 129.

ineficaz que, por ejemplo, la disposición del testador de que todo testamento posterior sea nulo. Es el mérito de Eisele haber puesto en claro esta verdad (1).

Con esto ciertamente no quiere decirse que la denominada cláusula derogatoria de las leyes modernas carezca de toda significación y eficacia, pues no debe dejarse en ningún caso de tener en cuenta la sugestión psicológica que suele ejercer sobre un juez, a quien para los principales asuntos se le dan leyes escritas, la advertencia del no empleo de normas no escritas. Aun las normas que erróneamente se consideren vigentes, como se sabe, tienen eficacia causal; el ejemplo de los *adventistas* (2) y de otras sectas lo explica. También por medio de una pistola descargada se ha intimidado a muchos.

Son problemas que sólo accidentalmente se deben aquí traer a discusión los de si realmente tal sugestión era necesaria, y si no bastaba ya la innata *vis inertiae* del hombre, y, en su consecuencia, se sentía inclinado ya a dar la preferencia, sin aquella sugestión, a la norma legal escrita, de empleo tan fácil, sobre la que sólo con esfuerzo se puede conseguir, derivada de un precepto de Derecho consuetudinario. Podría a veces ocurrir que no se tuviese tanto respeto al papel impreso (que ha alcanzado, por cierto, en nuestros tiempos grandes dimensiones), sino que más bien se sintiese uno movido por la comodidad de la lectura de los impresos, y que esta comodidad fuese la que en la actualidad, motivase que tan raras veces se hiciese uso de las normas de Derecho consuetudinario. Si éste viniese al mundo también impreso, o si la mayor parte de nuestros jueces fuesen analfabetos, el reconocimiento y empleo del repetido Derecho es de suponer que sería muy distinto.

2. Hasta ahora hablábamos por cautela solamente del Derecho consuetudinario más moderno, apoyándonos en el principio de que *lex posterior derogat priori*. Pero aun cuando la norma jurídico-consuetudinaria concurrente fuese de la misma época o más antigua que la ley, no por esto se afirmaría que siempre la norma escrita debía cederle la preferencia. Se trata aquí más bien, como se ha dicho insuperablemente, sencillamente de un problema potencial, esto

(1) EISELE, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt*, Archiv. civ. Praxis, 69, 275 y siguientes.

(2) Secta religiosa, derivada de los baptistas americanos, que creen en la proximidad de la vuelta de Jesucristo y del Juicio final.—N. del T.

es, de cuál de las dos normas en la vida de la comunidad desarrolla una fuerza mayor de convencimiento. Este fenómeno psicológico social, y él solo, es el que decide. Cualquiera que sea la palabra poderosa que el legislador emplee a este respecto no modificará los términos del problema. Como hay niños que nacen muertos, hay también leyes que nacen muertas, leyes que por un convencimiento opuesto más fuerte se ahogan en germen. El principio *lex posterior derogat priori* se ha de entender por eso con la limitación de que en tanto una norma más antigua, escrita o no escrita, no será derogada por la nueva, cuando aquélla por Derecho consuetudinario continúe manteniéndose en pie con fuerza mayor que la nueva ley (1).

3. Con esto podría haberse conseguido dar al primer principio importante que conviene afirmar suficiente fundamento y aclaración. Nosotros le formularemos aún con más exactitud diciendo: *Si una ley no tiene ya detrás de sí el convencimiento popular (o desde el principio no lo ha tenido), sino que, por el contrario, se separa éste general, fijo y activo, de la ley, el juez está obligado a juzgar contra la ley, y más bien según este convencimiento popular, que ha llegado a ser Derecho consuetudinario.*

Hacer esto es el deber del juez. Si no lo cumple obra contra Derecho y se hace culpable de infracción jurídica, pues el juez no está sometido a la ley, sino al Derecho, y por cierto en cada caso al Derecho vigente. Pero la aplicación de una ley dejada sin vigor por el Derecho consuetudinario derogante significa la aplicación de una norma jurídica no vigente y la no aplicación de otra en vigor. Si esto ocurre conscientemente hay infracción jurídica.

4. Se concederá esto, pero añádase la pregunta: ¿Ocurre este caso de hecho en general? Contestamos: Ciertamente, y hasta con mucha frecuencia. No se necesita sino referirse a aquel hecho, corriente para todo jurisconsulto teórica y prácticamente, del desuso a que han llegado ciertas leyes anticuadas. ¡Cuántos cientos de leyes han perdido en absoluto su vigencia por la constante y convencida

(1) A qué impotencia está condenada una ley cuando desde el principio tiene en contra de ella el sentimiento popular, lo pone de relieve PLAUNEK, en el *Allgemeinen österreichischen Gerichts-Zeitung*, 1914, 311 (en la Galicia austriaca, no se ha podido cumplir el principio de la inscripción en el registro de los bienes inmuebles); vid. también WILSPACH, *Eintragsprinzip*, 1914.

falta de aplicación y son sustituidas por una regla jurídica de contenido opuesto! No sólo las amarillentas leyes penales y de policía, sino hasta disposiciones constitucionales fundamentales de fecha reciente, han perdido su cualidad de vigentes de este modo (1). En el Derecho civil ha ocurrido el mismo fenómeno. Especialmente en Austria, con su mezcla heterogénea de razas, se han hecho experiencias ricas de doctrina acerca de si a la ley unitaria correspondía otra cosa muy distinta que un Derecho unitario (2).

Pero como de un modo más evidente justificamos lo dicho es citando un fenómeno, no en todas partes fausto, pero, no obstante, innegable y cotidiano: el llamado culto al precedente en lo juzgado. Si un Tribunal superior, o particularmente el Supremo, ha interpretado una vez una ley de un modo determinado, después los Tribunales subordinados al interpretante suelen, las más de las veces, atenerse a la interpretación dada. Y, a la verdad, esto ocurre a menudo, aun cuando aquellos jueces personalmente sean de otra opinión y ésta pueda ser la exacta, es decir, la única correspondiente a la ley. Así, pues, en tales casos, el uso judicial establecido ocupa simplemente el lugar de la ley. Esta interpretación, denominada usual, toma la apariencia de no ser otra cosa que la interpretación legal correspondiente, mientras que, en verdad, saca de quicio a la ley, y la sustituye en sus honores y derechos por una nueva norma de Derecho consuetudinario.

Con esta explicación no quiero tomar partido en favor de la esencia del prejuicio. No me importa lanzar una apreciación (3); aquí sólo se trata de determinar el hecho de que la conseciente repetición de prejuicios erróneos es uno de los vehículos por los cuales, bastante a menudo, el Derecho consuetudinario derogante hace su entrada en el mundo jurídico. Por eso, ya por otra parte se han hecho indicaciones acerca de que la esencia del prejuicio se halla en cierta contradicción con la exclusiva ligadura del juez a la ley (4).

(1) LABAND, *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, 1895; SMDLER, en el *Wiener Ungerschrift*, 1898, pág. 543 y siguientes.

(2) EHRLICH, *Soziologie des Rechts*, 1913, pág. 298 y siguientes.

(3) Muy ingeniosamente se expresa MAX BURKHARDT, *Der Richter*, 1909, pág. 70; el culto al precedente es el primer paso para la corrupción. Vid. también RISS, *D. R. Z.*, 1913, 525; MARCUS, *D. R. Z.*, 1914, 578.

(4) BURKHARDT, ob. cit. pág. 68; SPIEGEL, *Gesetz und Recht*, 1913, página 42.

En todo caso, consecuentemente obró Omar cuando quemó el tesoro de libros de Alejandría, fundándose en que la lectura de los mismos era o supérflua o prohibida, pues o coincidían con el contenido del Alcorán o se oponían.

II. **Segundo principio.**—*El juez no deberá ya aplicar una ley (1) cuando las circunstancias de hecho, desde que ésta se dictó, han cambiado de tal suerte que la ley no pueda obtener ya el objeto racional que antes perseguía y podía perseguir, y su aplicación (la de la ley) más bien, dadas las corrientes de los actuales tiempos, conduciría a resultados manifiestamente absurdos.*

1. La antigua doctrina ha dado a este principio una vuelta: *cessante ratione legis, cessat lex ipsa*. Ciertamente en el siglo XIX se ha hecho viva guerra a esta opinión doctrinal, y más bien se ha enseñado lo contrario: *non cessat*. Sin embargo, completamente sin razón. Una ley cuya razón de subsistencia haya cesado, llega a ser irracional; ya esto la hace sospechosa. Ciertamente es que no deja de tener validez la ley solamente porque no sea racional; hay también leyes que desde el principio son irracionales, y, sin embargo, son vigentes y deben ser soportadas con paciencia. Por eso puede depender de sí mismo el delicado problema de si una norma legal puede perder su fuerza porque la estimación moral o política, que era dominante y reguladora en la época en que se dictó, en la siguiente tiene que dejar el sitio a otros valores. No obstante, la cosa se ofrece esencialmente simple tan pronto la subsiguiente irracionalidad tiene su fundamento en la cesación de aquellas premisas de hecho, sin cuya existencia la ley, evidentemente y conforme a la razón, no hubiese sido dictada. Sin embargo, en tal caso sufren los hechos para los que la ley estaba calculada una modificación tan esencial que los tenidos en cuenta al dictar la ley en general no pueden ser ya considerados idénticos (2).

(1) Lo mismo se puede decir teóricamente del Derecho consuetudinario. Prácticamente, sin embargo, en tal caso un principio jurídico consuetudinario pierde su vigencia ya, por falta de uso, y cambio en el convencimiento.

(2) El § 4 del Código civil sajón ordena: «Si desaparecen los fundamentos de una ley, pierde ésta su fuerza si descansa exclusivamente sobre los fundamentos que han desaparecido». Véase también a LABAND, *Staatsrecht*, 5.^ª ed., II, pág. 75. Resuelve HOOK con distinciones, en *Gesetzesauslegung*, pág. 219. Las prescripciones necesarias, que se dic-

2. Séanos permitido aclarar lo que acaba de decirse, por medio de un paralelo con la teoría del acto jurídico. Si el fin y el sentido de un convenio está condicionado por la subsistencia de cierto estado de hecho, suele un contratante inteligente declarar que la desaparición de dicho estado será condición resolutoria del contrato. Esto tiene como consecuencia la destrucción de la eficacia del acto tan pronto el repetido estado cambia. Ahora bien; no siempre se necesita que se incluya expresamente en una cláusula esta condición; en no pocos casos se entiende implícita para toda persona inteligente, de suerte que el juez, sin pacto especial, la debe considerar como contenida en la intención de las partes (§ 157 del Código civil alemán) (1). El empleo útil en nuestro problema es evidente.

También las leyes han de entenderse con la reserva implícita de que la continuación de su vigencia debe estar resolutoriamente condicionada por la desaparición de aquellos hechos de cuya subsistencia depende su sentido y feliz éxito de un modo decisivo.

Quien busque un ejemplo puede de nuevo recordar el que en otro lugar de esta obra mencionamos acerca del criado al que su señor encarga que encienda las estufas todos los días. Dice el señor al comenzar el invierno: «De ahora en adelante enciéndelas todos los días.» Debía el criado ser un picaro si quisiese seguir la indicación al pie de la letra después de haber comenzado la primavera. Es evidente que el mandato debe dejar de cumplirse en cuanto soplen vientos tibios: su razón ha desaparecido (2).

Quizá aún es más instructiva la referencia del caso del jardinero que tenga que poner espantajos a los árboles frutales. ¿Habrà de

tan en caso de guerra, suelen perder su vigor al concertarse la paz. Pero aun cuando esto se desatienda, pueden también, por regla general, desaparecer con la cesación de la situación especial a que debieron su existencia.

(1) No es más que una exageración de este pensamiento, en sí indiscutible, cuando los partidarios del Derecho natural han establecido el principio de que a todo convenio del Derecho de obligaciones va aneja implícitamente la cláusula *rebus sic stantibus*, esto es una reserva rescisoria tácita para el caso de que varíen las circunstancias del caso.

(2) Ya arriba se indicó que la interpretación puede ayudar en estos casos.

observar esta orden aun cuando a los árboles se les haya cogido ya toda la fruta?

También en las órdenes del servicio militar se pueden encontrar ejemplos excelentes. Un oficial de artillería que debe cañonear una posición, no ejecuta esta orden estricta cuando en el intervalo sus propias tropas se apoderaron de la posición cañoneada (1).

3. Jueces inteligentes han aplicado ya antes las reglas explicadas. Solamente que, en la justificación jurídica de esta conducta, de vez en cuando toman otros caminos. Tan pronto se recurre a la interpretación restrictiva (y la restricción puede, como se sabe, llevarse tan lejos que, en suma, casi ya no quede nada), como al Derecho consuetudinario derogante. Si este fundamento es siempre correcto, no lo vamos ahora a dilucidar. Confesemos que en una ciencia práctica es más importante el resultado que el fundamento (2).

Cierto es que es necesaria la precaución. El peligro está demasiado cerca respecto a que el juez arroje por la borda a una ley que no le acomode, pretextando «que las circunstancias han cambiado». Esto lo alejamos de nuestro pensamiento.

4. El campo de batalla principal de las leyes que rápidamente envejecen y llegan a ser contrarias a su objeto es, como se sabe, la amplia esfera del Derecho administrativo. Se arrastran en los modernos Estados constitucionales verdaderos montones de leyes y ordenanzas anticuadas, que deben su origen a circunstancias de clases distintas, y que en la actualidad han perdido toda razón de ser y todo sentido: pero que, sin embargo, nunca han sido derogadas expresamente. Súbitamente, como un rayo caído del cielo, ocurre entonces un caso al que tal amarillenta ley inútilmente se querrá aplicar. Se ve en seguida que se acomoda a las circunstancias de la vida moderna tan mal como para un pez la respiración aérea. La mayor parte de las veces un juez, u hombre de administración, de pensamiento liberal, declara que aquella ley no está ya en vigor. Sólo necesitamos hojear algunos volúmenes de Jurispru-

(1) Con energía *Нюк*, *Gesetzesauslegung*, pág. 203, véase también pág. 55.

(2) También ocurre algo de esto en las ciencias teóricas. Mucha luz sobre este particular arroja la obra ya citada de *VAMINON*, *de Philosophie des Als Ob*; libro que debía también ser leído por los juristas.

dencia administrativa superior para encontrar suficientes testimonios. Pero también, por desgracia, no ocurre raras veces lo contrario. Se necesitó en el año 1914 una ley imperial para que, con toda seguridad, quedase sin aplicación una polvorienta orden del Gabinete prusiano de 1826, relativa al uso de armas por los militares.

En 1913, en la Cámara de los Diputados prusiana, se presentó una proposición de ley, en virtud de la cual el contenido de ciertas ordenanzas de policía debía en lo sucesivo, en lo tocante a su vigencia, estar sujeta a una prescripción extintiva legal de treinta años, transcurridos los cuales, sin renovar su publicación, debía perder *ipso facto* su vigencia. Era una sugestión muy útil y racional. Si hubiese llegado a ser ley, en lo futuro, hubiese evitado muchos problemas espinosos de conciencia a los funcionarios y jueces interesados. Asunto propio de las autoridades administrativas respectivas sería en tal caso el que aquellas ordenanzas de policía que pareciesen hallarse aún de conformidad con los tiempos, fueran publicadas de nuevo antes de que transcurriese el plazo de la prescripción. Tal nueva publicación sería por otros motivos también de gran utilidad, pues de este modo se traería a la memoria de nuevo a aquellos interesados las ordenanzas que amarillearon en los archivos legales.

III. Sólo con grandes reservas voy, finalmente, a un tercer principio. Algunos autores (Jung) han sostenido que el juez debe fallar por excepción contra la ley allí donde la aplicación de la ley al caso individual causaría aún mayor mal que su inobservancia. Otros (Stampe) han debilitado este principio, exigiendo que la aplicación del correspondiente precepto jurídico debe ya haber producido un cierto número de calamidades (1).

No debe disimularse que en estas fórmulas abstractas se ocultan ciertos peligros, pues tan pronto como se abre el portillo del capricho se puede llegar al arbitrio y anarquía más desenfrenados. No obstante, contienen indiscutiblemente un germen de justicia que conviene descascarillar y asegurarse contra el mal uso que del mismo pueda hacerse. Por eso conviene resueltamente precisar del modo más concreto posible la mencionada fórmula y limitar con cautela en lo posible su alcance. Cierto es que esto sólo puede hacerse a modo de indicio en la precedente consideración. Sin embar-

(1) Análoga posición adoptan los tribunales norteamericanos; vid. HANAUSEK, *Amerikanische Skizzen*, 1913, pág. 64.

go, se halla aún el problema en sus comienzos y pasará mucho tiempo hasta que se le divulgue (1).

Hay que meditar acerca de lo siguiente:

1. La ley sirve al orden. Para que este orden se mantenga y garantice debe poseer autoridad; por lo tanto, en principio será inviolable. Así, pues, aunque en grado bastante elevado sea injusto y contrario al fin, debe mantenerse. Así obedecemos también a un padre de corazón estrecho, a un maestro extravagante, a un superior caprichoso, tan sólo por amor al orden doméstico, a la autoridad de la escuela, a la disciplina del servicio (2).

Pero todo tiene sus límites, aun la obediencia hacia la ley. Sería la obediencia pasiva de un cadáver sostener también la ley allí donde el buen sentido aprecia que sólo por su forma merece aún el nombre de una ley jurídica. Este es el caso, no solamente cuando es injusta o contraria al fin, sino además precisamente inmoral. Pero es inmoral cuando se pone en evidente contradicción con la conciencia universal general de la época. Seguir y aplicar tal ley equivale a dejar que se precipite en un abismo un vehículo lleno de pasajeros pudiéndolo evitar. A hacer esto no está en absoluto obligado ni puede hacerlo un juez que sea un hombre de ideas morales, que es el servidor profesional de la comunidad moral.

Se replicará: «Te extravías en la esfera de la Moral. Si en tal caso el juez se separa de la ley podrá alabársele su conciencia moral, pero comete una infracción jurídica. Puede ser que ésta, dadas ciertas circunstancias, sea un deber moral; hasta el asesinato (el tiranicidio) ha sido defendido ya desde este punto de vista; pero el jurista debe atenerse al problema jurídico».

Responderemos: Lo que expongo no es sólo un principio mo-

(1) Puede parecer dudoso si es posible en general una solución sin excepciones. Resignado se manifiesta STAMMLER, pág. 750: «Así no se puede obtener una solución definitiva del conflicto posible por un Derecho técnicamente formado y rectamente elegido. Aquel tiene que existir sin remedio durante su validez, y en su forma condicionada, sin embargo, no puede ser nunca el supremo fin de la voluntad humana, sino debe llegar a ser la suma injusticia. La discordia es inevitable; existirá mientras existan hombres».

(2) Vid. SCHMITZ, ob. cit. pág. 62; F. W. FOENSTER, ob. cit., página 147 (Reunidos a SOCRATES; en contra KOHLER en *Kleinestschrift*, 1914, pág. 6); MAX WOLFF (Lissa) B. W., 1914, pág. 123; STERNBERG, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, I, 1913, pág. 147.

ral, sino también un principio de Derecho, pues también se pone a debate un asunto jurídico. Si, por ejemplo, se hallase un mandato legal en oposición con la conciencia civilizada general, moralmente puesta de relieve, se hallaría amenazada la autoridad del Derecho. Sin cierta conexión con la conciencia moral del pueblo nunca podrá desplegar una norma jurídica autoridad efectiva. Pensemos que una ley que desprecia todo sentimiento jurídico, precisamente por eso incita a la revuelta y a la desobediencia. Una ley que de tal suerte se halla en contradicción con el sentimiento moral universal sirve así, pues, a la autoridad tan poco, que más bien la pone en grave peligro, precisamente en tela de juicio. Prestar a tal ley rendido acatamiento equivale a aserrar la rama sobre la cual ha florecido la ley, no es otra cosa que ayudar a enlerrar, a causa de la autoridad de esta ley, la de la ley y la del Derecho en general (1).

Por eso si se debe, después de concienzuda comprobación, contestar afirmativamente en el caso concreto el grave problema planteado, se deberá también ordenar la desviación de la ley, por virtud del Derecho mismo; pues el juez tiene que servir al Derecho, pero no a aquel trozo de papel impreso que denominamos ley. Esta no es fin por sí misma, sino sólo medio para un fin, medio por cuya autoridad se produce el orden. Así, pues, si la ley concreta es abiertamente opuesta a este fin, en tanto en cuanto por su contenido quebranta precisamente aquella autoridad, es misión del juez dar preferencia al fin sobre el mero medio, poniendo el servicio del fin sobre el del simple medio (2).

Es un mal servidor el que sigue el mandato de su señor aun cuando vea claramente que, al seguirlo, deba producirle a éste una desgracia. La rigidez farisaica puede adularle, diciéndole que no ha hecho otra cosa que serle fiel; pero una ética más elevada le califica de rastro, servil y cobarde.

Si lanzamos una ojeada al Derecho privado, quedará confirmado cuanto hemos dicho. El mandatario, como se sabe, está obligado a seguir las instrucciones del mandante. Sin embargo, si ve que la obediencia estricta a aquellas instrucciones en un caso particular

(1) CONS. F. W. FORESTER, *ob. cit.* pág. 66; VRIEHEL, *Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung*, 1913, pág. 101.

(2) Una obra francesa, dada a luz en 1914, contiene el siguiente lema: «Lo más difícil en la vida no es seguir ciegamente un solo deber, sino dar a cada uno de ellos lo que le corresponde».

conduce a resultados contrarios al camino emprendido, especialmente si condujese a la no consecución del objeto final que se ha propuesto el mandante, está autorizado, y hasta *obligado*, a separarse de las instrucciones del último, esto es a obrar *contra legem contractus* (§ 665 del Código civil alemán). Esencialmente no es otra la posición del juez con respecto a las instrucciones del denominado legislador, instrucciones a las que denominamos leyes (1).

En virtud de lo expuesto llegamos a sentar el siguiente principio fundamental: *El juez está obligado, por razón de su cargo, a separarse conscientemente de un precepto legal, cuando aquel precepto se halla de tal suerte en contradicción con el sentimiento moral de la generalidad, que, si se mantuviese, correría mucho más peligro la autoridad del Derecho y de la ley, que por la inobservancia de dicho precepto.*

Para la aclaración de la palabra *abweichen* (separarse) observaremos lo siguiente: si el juez declara que falla contra la ley, declara por ello que ésta no es obligatoria. Así, pues, su conducta posterior es igual a la que observaría si la ley no existiese en general, es decir, el juez resuelve como debería resolver en el caso de alguna laguna o deficiencia (por analogía, según la naturaleza de las cosas).

2. No me jacto de que la fórmula que acabo de dar pueda desterrar en absoluto el peligro de cierto subjetivismo. Por eso, sea añadido aún un freno especial. A este efecto, puede ser relacionado con la obra llena de ideas, de Carlos Schmitt, *Gesetz und Urteil* (1912) (2).

Schmitt toma otro camino que el aquí seguido. También la fórmula que él expone es distinta de la aquí manifestada. Schmitt pone en primer término el postulado de la precisión jurídica, esto es, la previsión, la posibilidad de calcular previamente cuál será la resolución judicial. Por eso, el juez se ha de esforzar para que su fallo corresponda con la práctica usada en la realidad (pág. 78); así, pues,

(1) También ocurre algo semejante en la vida militar. Véanse las interesantes explicaciones de RUMPF sobre *Kleists Prinzen von Homburg*, en *Recht und Wirtschaft*, 1913, pág. 300, así como HECK, *Gesetzesauslegung*, 1914, pág. 171.

(2) A este propósito HOLLDACK, *Kantstudien*, 17 (1912), cuaderno 4; REICHEL, *Schweiz. Juristen-Zeitung*, 1912, pág. 78, y nuevamente de un modo profundo HECK, *Gesetzesauslegung*, pág. 251 y siguientes.

tiene siempre que plantear el problema de si otro juez resolvería del mismo modo que él mismo. Si la respuesta es afirmativa, sólo entonces, pero también siempre en tal supuesto, es su resolución justa (págs. 71 y 115). Aún un fallo contra ley es en tal supuesto justo, si hay que admitir que también otro juez, de los del término medio o normal, en el mismo caso, ha fallado precisamente contra ley, o en lo sucesivo fallará (pág. 112).

Hay mucho de exacto en esta manera de razonar, pues cierto es que siempre es bueno preguntarse lo que en el mismo supuesto haría otro en mi lugar. Precisamente, el juez, si no quiere ser un *Kadí*, se planteará este problema en cada caso. Sólo así escapa al peligro de la opinión egoísta subjetiva, al que en particular el juez único se halla muchas veces expuesto. Pero especialmente se puede aplicar esto cuando se trata de si debe dictarse un fallo contra la ley. A dar un paso de tanta trascendencia sólo se decidirá un juez concienzudo cuando pueda considerarse convencido de que otro juez obraría también en el mismo caso igual que él (1).

Pero al último origen de esta materia me parece que no se llega, sin embargo, con la fórmula de Schmitt. Es demasiado parcial para ello. Así es que por ella, en conclusión, no se hace más que aplazar la solución del problema decisivo, pero no se le resuelve; pues yo ahora pregunto: ¿Cómo fallaría el colega medio (juez normal) típico? A lo cual no se podría contestar según Schmitt: como yo mismo y los demás. Con esto empezamos a dar vueltas en un círculo sin encontrar la salida. Schmitt hubiese, pues, debido decirnos según qué criterio el problema de cómo el colega resolvería, al fin por su parte sería resuelto.

Lo justo se encuentra en la síntesis. En primer término, y a lo sumo, tiene el juez que preguntarse qué resolución *él mismo* consideraría justa, pues debe juzgar según su convencimiento acerca del Derecho vigente. A este propósito, deberá pesar todas las circunstancias. Pero para esta apreciación deberá también tener en cuenta la estabilidad y uniformidad de la jurisprudencia. Al hacer esta

(1) ROLIN, *Prolegómenos*, 1911, pág. 50 dice: «Un cambio súbito de jurisprudencia es un mal social que puede ser considerable. Los interesados sufren una decepción porque tenían la esperanza en cálculos legítimos. Es preciso que la solución nueva sea sensiblemente mejor que la antigua, para que haya ventaja sustituyéndola, si no el inconveniente del cambio como cambio contrapesa esta ventaja.

apreciación no debe prescindir del problema de cómo resolvería otro estimable juez de mi época y de mi país, según el material experimental que se posee y en vista de ciertos hechos de la Psicología (1). Para un juez consciente de su deber nunca podría serle indiferente si puede o no contar, al dictar su fallo, con el asentimiento de otros colegas profesionales, con que le sigan otros Tribunales. Si debe negar el problema, esto le producirá tanto sobrecogimiento como, por otra parte, le produciría fortalecimiento y alegría la afirmativa. El tener en cuenta la opinión de los colegas profesionales desempeña aquí quizá el mismo papel como en otras partes tenerla respecto a los usos o prácticas. Así como se interpretan los contratos de un modo decisivo teniendo en cuenta la buena fe, pero, no obstante, según los usos, del mismo modo los fallos judiciales, finalmente tienen que dictarse según el mejor convencimiento propio; pero, sin embargo, teniendo en cuenta las opiniones manifestadas por otros colegas profesionales. No otra cosa dispone el artículo 1.º del Código civil suizo cuando indica al juez que atienda «a la doctrina y a la jurisprudencia establecidas».

Si aplicamos especialmente lo dicho al problema de juzgar contra ley, resulta la siguiente reserva en cuanto al principio fundamental sentado en el número 1: *Sólo puede y debe el juez jallar contra la ley escrita cuando no solamente él mismo para su persona está convencido del deber de obrar así, sino cuando él además lo está de que también otros prudentes colegas profesionales en el mismo caso obrarían del mismo modo, o por lo menos en lo venidero obrarán del mismo modo que él.*

Con esta reserva, según mi opinión, se ofrece suficiente defensa contra el peligro de la indisciplina subjetiva. Si un juez estimase que le está ordenado encarecidamente desviarse de la ley en un determinado problema, deberá él empero, al mismo tiempo, preguntarse si, sin embargo, la gran mayoría de sus colegas (por causas psicológicas) en lo futuro resolverían aún conforme a la ley; en tal supuesto deberá sacrificar su convencimiento subjetivo a la unidad y constancia de la jurisprudencia.

Si el juez cree que otros jueces piensan lo mismo que él y le anima la esperanza de que le darán el aplauso, esto no significa otra cosa que la confianza en que la desviación de la ley llegará a

(1) Es sabido que entre estos hechos desempeñan un papel muy importante la *vis inertiae*, la imitación y el hábito.

convertirse en *Derecho consuetudinario*. Así, pues, es otro giro que se da a la misma cosa cuando decimos: *Presuposición de la desviación de la ley* (que hace el juez) es la *esperanza fundada en la formación posterior de un Derecho consuetudinario derogante*. La resolución contra ley debe ofrecerse como un *Derecho consuetudinario anticipado*.

Podemos aquí invocar a la Historia en calidad de testigo. Todas las veces que se ha formado un Derecho consuetudinario derogante ha habido antes que abrirse camino que dejara libre el paso a los fallos contra ley. Cuando nadie empezó no fué tampoco posible la continuación. La mayor parte de las veces han tenido estos ánimos los Tribunales Supremos cuyos fallos no podían revisarse; pero otras veces también han sido profesores de Derecho los que ponían a sus discípulos en camino con una palabra liberadora. Y así se amontonó piedra sobre piedra; lo que al principio era condenado como «infracción jurídica» era después imitado cada vez más, y después de tiempo no muy largo caía la ley en desuso y quedaba establecido el Derecho consuetudinario. Nunca se hubiera establecido éste si antes no se hubiesen hallado hombres valerosos que como precursores iniciaban el camino.

3. Pero, ¿cómo—oigo yo preguntar—se justificará públicamente un juez que juró respeto a la ley al apoyarse en argumentos contrarios a ésta?

Si el juez quiere valerse de una explicación formal nunca se hallará perplejo. La experiencia nos confirma esto. Ante todo debemos explicar aquí dos recursos a los que puede acudir.

a) Un artificio muy apreciado, que se encuentra en la armería de la doctrina ortodoxa sobre la aplicación del Derecho, es la interpretación restrictiva. Aun los jurisconsultos más fieles a la letra no han tenido nunca inconveniente en interpretar una ley, dadas ciertas circunstancias, de un modo muy restrictivo (1). Cierto es que sólo raras veces se llega a poner en claro prontamente lo que tal interpretación restrictiva significa; en muchos casos de los últimamente mencionados no es otra cosa que un consciente ahondamiento en la ley.

Se puede, sin embargo, por la interpretación restrictiva llegar a

(1) Con claridad palpable dice *ХАНАТЕСЪК* (el que por cierto es otra cosa muy distinta que jurista apegado a la letra), *ob. cit.* pág. 67: «Una norma contraria al fin debe ser interpretada restrictivamente».

herir hasta lo más íntimo de una ley, extraerle su contenido interior, robarle lo mejor y lo más íntimo. El tránsito de la interpretación restrictiva a la desaparición completa de una ley es sólo cuestión de grado, no de principio.

Ahora bien; yo no puedo felicitarme ciertamente, de un modo especial, por el auxilio de los citados «ahondamientos». Con facilidad tienen algo de falta de sinceridad. Se debería tener el valor de llamar a las cosas por su nombre; debe acrecentarse el ánimo para confesar la verdad; solamente ésta hace libre (1).

b) También en los tiempos modernos se sabe cubrir las cosas con un velo. Así, algunos autores muestran la innegable tendencia de atenuar los fallos contra ley considerándolos como resoluciones más allá de la ley (2).

También es esto un artificio cuyo peligro es palmario. Si una ley expresa de un modo claro y distinto su opinión, y queremos con la misma claridad y precisión sostener lo contrario, no veo dónde está la «laguna» en la que podamos meternos con una norma excepcional. Así, pues, la afirmación de que existe aquí la pretendida laguna no es de mejor calidad que la interpretación restrictiva acabada de combatir. Sirve, a lo sumo, para adormecer la conciencia.

4. Si estamos convencidos de que nuestro camino es el recto, no debemos acobardarnos por el mero temor ante el espectro de la infracción del Derecho, pues es evidente que lo que acaba de decirse corresponde al juez penal que tiene que aprobar la citada infracción. Un juez que, en las circunstancias mencionadas, a causa de un dictado del Derecho, fallase contra ley, ha obrado, no sólo subjetivamente con arreglo a la buena conciencia, sino también objetivamente según el Derecho. Así, pues, no se puede aquí hablar de ningún modo de infracción jurídica. Solamente quien mecánicamente pusiese juntos el Derecho y la ley, podría resolver de otro modo; y tal resolución sería contraria a Derecho (3).

5. Aún se ofrece, finalmente, otro problema: ¿ocurre el caso aquí propuesto en general en la actualidad? La contestación que ha de darse es que, por fortuna, ocurre muy raras veces, pues nuestras leyes, en conjunto consideradas, son justas y se acomodan a los tiempos; la crítica pública es activa y liberal, y la maquinaria legis-

(1) Vid. RUMPE, D. R. Z., 1913, 769; ИВСК, *Gesetzesauslegung*, 234

(2) Véase por ejemplo a DANZ, D. J. Z., 1914, pág. 19.

(3) Véase STAMMLER, *Theorie*, pág. 745.

lativa trabaja en general abundante y rápidamente. Pero ha habido siglos en los cuales las cosas ocurrían de otra suerte; recordemos la función correctiva del edicto del pretor, o la suerte de Carolina, y también en el porvenir podrían llegar tiempos en que la ley y el sentimiento jurídico se divorciasen en agudo disentimiento. Entonces, después de la negativa de los cónsules, reclamaremos a los jueces: *videant ne quid detrimenti capiat respública!*

C.—Ejemplos.

1. *Derecho consuetudinario.*

a) El Derecho canónico hace depender la admisión de la prescripción de la buena fe del obligado. Este principio fué admitido; pero el sentimiento jurídico de siglos posteriores se revolvió contra aquél. Por eso se trató de disputarle el camino; finalmente, obtuvo la victoria, en la práctica, la opinión de que el requisito de la buena fe se refería, en general, no a la prescripción, sino sólo a la larga posesión (1).

b) Una ordenanza admitida de Marco Aurelio castigaba al acreedor que se hace pago por sí mismo quitándole con violencia cosas al deudor, con la pérdida de su crédito. Esta disposición draconiana parecería en el siglo XIX contraria al espíritu de los tiempos; también se halla en pugna con el Derecho penal moderno. Por eso, se haría bien si se la declarase en desuso consuetudinariamente (2).

c) El Derecho de familia del Código civil (francés) ha sido derogado en gran parte consuetudinariamente en el curso del siglo XIX (3).

2. *Ratio cessans.*

a) Una ley contraria al Cristianismo de un Estado pagano dispone que los cristianos no puedan ser designados para cierto cargo honorífico, o que no deban ser favorecidos con cierta rebaja de los impuestos. Más tarde, las clases directoras abrazan la religión cristiana y ésta es la del Estado. Ahora bien; ¿deberán aquellas dos normas, que en alguna ley secundaria prolongaron su existencia, continuar vigentes sólo porque se han olvidado de derogarlas

(1) WINDSCHEID, *Pandekten*, § 105.

(2) Vid. WINDSCHEID, *ob. cit.* § 123.

(3) EARLTON, *Sociologie*, pág. 319, con las citas.

expresamente? Ciertamente no. Ningún juez inteligente las aplicará ya, pues con el triunfo del Cristianismo han perdido la razón de su existencia.

b) Durante una guerra con B dicta el Estado A una ley, según la cual los pertenecientes a aquel Estado deben sufrir penas especiales. Después de concertarse la paz se omite derogar dicha ley. ¿Estará vigente? Difícilmente se podría afirmar que lo estuviese, pues han desaparecido su sentido y su objeto.

3. *Convencimiento popular opuesto.*

a) La celeberrima *lex Genucia* (a. 342 antes de J. C.) prohibía bajo penas recibir intereses. «¡Aun cuando esto hubiese sido posible! La ley estuvo vigente hasta el fin de la República; pero, naturalmente, sólo en teoría.» (Sohm.)

b) La ley francesa de 1824 que castigaba con la pena de muerte la entrada violenta en los edificios religiosos y la profanación de los mismos, debe haber servido de fundamento a muy pocas condenas; los jueces, «en cuanto ha sido posible, han prescindido» de aplicar tan bárbara disposición. En el año 1829 se tuvo que abolir de nuevo la ley (1). Igual ocurrió ya en 1806 con la ley francesa sobre el descanso dominical; no se encontró ningún funcionario que haya actuado por infracción de la misma (2).

c) La venta de un burdel es inmoral y, por lo tanto, nula (§ 138 del Código civil alemán). Ahora se pregunta: ¿qué se hará respecto al convenio de venta del edificio en que se halle instalado, así como con la hipoteca que lo grave por precio aplazado de la venta? Para obrar consecuentemente con la ley habría, o que declarar nulos ambos contratos, o considerar nulas las disposiciones antes citadas, pues lo que se diga de la una se debe decir de la otra (3).

Pero ninguno de estos caminos los considera accesibles el Tribunal del Imperio. Más bien declara el convenio válido, y la hipoteca, por el contrario, ineficaz. En esto hay un quebrantamiento legal, pueda darse la explicación que se quiera; sin embargo, el Tribunal imperial ha creído deber tener en cuenta las insistentes demandas del sentimiento moral. Se ha dicho que esto es contra

(1) KAUFMANN, *Wesen des Völkerrechts*, 1911, pág. 53.

(2) EURLICH, *Sociologie*, pág. 300.

(3) REICHEL, *D. J. Z.*, 1907, 109.

ley (1). Si lo es realmente no lo podemos dilucidar en este lugar, pues sólo nos importa ilustrar el problema.

d) Sólo el que es capaz de derechos lo es para contratar. La Asociación que no es capaz de derechos debe ser capaz de contratar pasivamente (§ 50 de la Ordenanza procesal civil alemana). Estas claras disposiciones legales no dejan lugar a ninguna duda acerca de que, según la voluntad de la ley, las Asociaciones jurídicamente incapaces deben carecer de la capacidad de contratar activamente. Así, pues, cuando no pocos autores reclaman para ellas la capacidad de contratar activa (2), resuelven el problema contra la ley (no más allá de la ley). Si existe para ello bastante fundamento, es para mí muy dudoso, tanto antes como después (3), pues no se halla en juego una demanda persistente de la moralidad.

e) El Derecho de acciones suizo (art. 612 del Derecho de obligaciones) prescribe imperativamente que la firma (denominación) de la Compañía por acciones no puede contener el nombre de ningún socio.

La práctica no ha hecho caso de esta disposición. La protesta de muchos teóricos que sostenían que la inscripción de tales firmas con nombres personales era contraria a la ley ha resonado en el vacío, pues las necesidades de la práctica se han mostrado con mayor fuerza. No quiero decir que esta práctica sea digna de elogio, pues no se halla aquí en juego un interés moral; pero muestra el ejemplo cuán impotente puede mostrarse una ley tan pronto como se arrostra su inobservancia por las esferas de la vida llamadas a obedecerla y se considera admisible su desobediencia por los jueces competentes. También puede servir al efecto de aciaración el ejemplo de la marcha de un Derecho consuetudinario derogante.

(1) WILDHAGEN en *Riessefestschrift*, 1919, pág. 345.

(2) GEMKEN, *Vereine ohne Rechtsfähigkeit*, 2.^a ed., pág. 45; HELLWIG, *Lehrbuch des Zivilprozesses*, I, 304; HÖLDER, *Natürliche und juristische Personen*, 1905, 266; DANZ, *D. J. Z.*, 1914, 10.

(3) *Consultose Reichsgericht*, 57, 90; REICHEL, *Prozesse des vorläufigen Erben*, 1911, pág. 72.

CONCLUSIONES

Hemos llegado a las conclusiones de nuestra exposición orientadora. La quinta esencia de la misma puede quizá considerarse compendiada en el siguiente proceso mental.

I. Nuestra consideración histórica da como resultado:

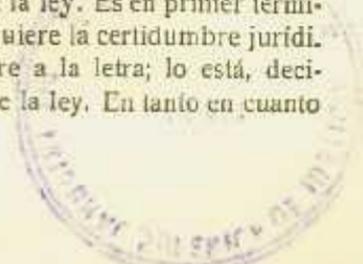
1. La trinidad de poderes de Montesquieu, sirviendo de base a la delimitación de la competencia entre la ley y el juez, hundía el platillo de la balanza demasiado parcialmente en favor de la primera. Las modificaciones en las circunstancias de la vida y los cambios en las concepciones políticas, han hecho aparecer en la conciencia la necesidad de una revisión de estos límites, en esferas siempre más amplias. Con razón pide el juez actual una parte mayor, no ciertamente en la producción del Derecho, sino en la determinación de aquello que debe estimarse Derecho, correspondiendo a las necesidades de los tiempos.

2. Así surge aquella reacción que traté de describir. Como todo impulso de combate, primeramente traspasó los límites de su objeto. En su oposición contra la universalidad legal, algunos reformadores han desconocido el gran valor de la ley escrita, y, en su consecuencia, han mostrado inclinación a destronar al legislador para coronar al juez. Este radicalismo desecha conjuntamente lo bueno y lo malo. Consecuentemente desarrollado, sustituiría el absolutismo legal por el de la judicatura. Ya por causa de la libertad de los ciudadanos esto no es factible.

3. Por eso han comprendido los espíritus reflexivos que el tiempo no está ni para reacción ni para revolución, sino solamente para una reforma inteligente. No está indicada la desaparición de los límites de la competencia, sino una alteración bien meditada. Dejar a la ley lo que deba quedarle, pero también dar al juez lo que le corresponda; esta es la labor de la época.

II. Ayudar, al comenzarse esta tarea, aportando un modesto granito de arena, es el objeto de esta segunda parte de nuestras reflexiones. Su resultado podrá quizá resumirse diciendo:

1. El juez está en principio ligado a la ley. Es en primer término el encargado de aplicarla. Esto lo requiere la certidumbre jurídica. Pero la ligadura del juez no se refiere a la letra; lo está, decidiendo, mucho más al contenido final de la ley. En tanto en cuanto



éste no se desprende claramente de la misma ley, habrá que derivarlo de las condiciones de tiempo y de civilización de nuestra comunidad jurídica. La estrella-guía de toda aplicación legal es la subordinación, de suerte que la ley deba ser el medio adecuado para el buen fin.

2. La ley es ciertamente la fuente jurídica más importante, pero no la única en absoluto. Ninguna ley puede ni debe precaverlo todo; por eso todas ellas ofrecen necesariamente lagunas. Estas, si no las rellena el Derecho consuetudinario, se cubrirán determinando aquella norma que se desprenda de la naturaleza de las cosas, después de meditar acerca de todas las circunstancias de tiempo. Esta norma es norma jurídica objetiva y positiva igual a la ley; su aplicación se ofrece pretendiendo validez general. La naturaleza de las cosas (por lo menos subsidiariamente) es fuente de Derecho.

3. Ya de lo que antecede se desprende que no son idénticos el Derecho y la ley. No todo lo que es Derecho se halla contenido en la última. El Derecho consuetudinario, esto es, el convencimiento jurídico social, socialmente realizado, puede derogar a la ley. Y aun allí donde un Derecho consuetudinario derogante no se ha formado aún, puede el juez hallarse en el deber de tener que separarse de la ley escrita por la exigencia preferente del pensamiento jurídico. La ley sólo es medio para el fin, pero su fin es el orden jurídico. Así, pues, el juez sólo es, por eso, el servidor de la ley, porque por el servicio que presta a este medio debe servir al fin del mismo, esto es, al Derecho. Por consiguiente, si en un caso particular se opone la ley al pensamiento y al fin del Derecho, se pone a debate a éstos precisamente, y puede ser ordenado entonces que al postulado del pensamiento jurídico, que se halla sobre la ley, se le otorgue mayor fuerza que a la exigencia sin voluntad de la ley apóstata. La mera inconveniencia o incongruencia con el fin de la ley no es suficiente para poder fundar el caso de necesidad; pero puede esto acontecer muy bien cuando la ley se opone a las inexorables exigencias de la moralidad social. *Pues lo supremo en el mundo es lo bueno.* Cooperar a su realización, poner nuestra vida a su servicio, es toda nuestra tarea, y también lo es la del juez.

FIN





INDICE

| | <u>Págs.</u> |
|---|--------------|
| PRÓLOGO del autor..... | I |
| PRIMERA PARTE.—Parte histórica. Observación preliminar..... | 1 |
| <i>Sección 1.^a—El absolutismo de Estado.....</i> | 2 |
| <i>Sección 2.^a—El absolutismo legal.....</i> | 5 |
| <i>Sección 3.^a—Corrientes opuestas.....</i> | 18 |
| <i>Sección 4.^a—La emancipación del juez.....</i> | 26 |
| <i>Sección 5.^a—La contra-reforma.....</i> | 41 |
| <i>Sección 6.^a—El término medio.....</i> | 45 |
| SEGUNDA PARTE.—Parte fundamental. Observación preliminar..... | 57 |
| <i>Sección 1.^a—Resoluciones (judiciales) según la ley.....</i> | 58 |
| <i>Sección 2.^a—Idem en defecto de la ley.....</i> | 89 |
| <i>Sección 3.^a—Idem contra ley.....</i> | 119 |
| Conclusión..... | 145 |