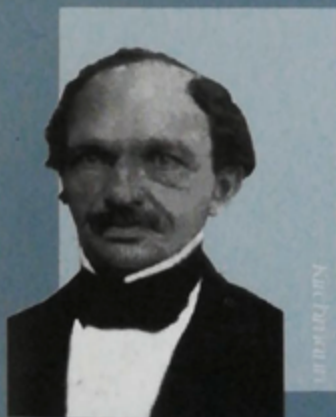


Savigni, Kirchmann, Zitelmann y Kantorowicz



LA Ciencia del Derecho



"2007, Mediación: Proceso Flexible y Solución Confiable"

MÉXICO, D.F., 2007

COLECCIÓN “DOCTRINA”

**EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y
DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL DISTRITO FEDERAL**

MAG. JOSÉ G. CARRERA DOMÍNGUEZ

Y LOS CONSEJEROS DE LA JUDICATURA:

DR. JAIME CÁRDENAS GRACIA,

DR. SERGIO E. CASANUEVA REGUART,

MAG. RAFAEL CRESPO DÁVILA,

MTRO. MANUEL DÍAZ INFANTE,

LIC. LUZ DEL CARMEN GUINEA RUVALCABA,

LIC. LUIS MANUEL MÁRQUEZ LUGO.

**TIENEN EL HONOR Y AGRADO DE HACER
LLEGAR AL LECTOR LA PRESENTE OBRA,**

PORQUE PUBLICAR LIBROS ES NUESTRA TAREA,

Y

DIFUNDIR CONOCIMIENTO ... NUESTRO COMPROMISO

LA CIENCIA

DEL

DERECHO

POR

FREDERIC CARL VON SAVIGNY

JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN

ERNST ZITELMANN

HERMANN KANTOROWICZ

Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial

2007

PRESENTACIÓN

El *Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, con motivo de la labor editorial que realiza, tiene a bien editar una serie de obras de primer orden dentro del pensamiento jurídico, como lo ha venido haciendo a través de su *Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial*. Lo anterior, se pone de manifiesto con la publicación de "*La Ciencia del Derecho*", obra que reúne a cuatro destacados juristas: *Frederic Carl von Savigny, Julius Hermann von Kirchmann, Ernst Zitelmann y Hermann Kantorowicz*. La traducción fue realizada por Werner Goldschmidt, con excepción del estudio del tercero de estos autores, trasladado al castellano por *Carlos G. Posada*.

— 0 —

Frederic Carl von Savigny nació en Frankfurt, Alemania, y vivió de 1779 a 1861. Su contribución es reco-

nocida principalmente por el surgimiento de la ciencia histórica del Derecho o del historicismo jurídico, y por su preferencia por un método hermenéutico que atendiera, no sólo a la investigación de la voluntad del legislador, sino a las necesidades sociales y económicas que originan la ley positiva. El texto incluido en la obra se extrajo del "*Sistema de Derecho Romano Actual*" ("*System des heutigen römischen Rechts*") y se refiere a las fuentes jurídicas, a la interpretación de las leyes y a las relaciones jurídicas.

Para tener una idea más exacta del contenido de la exposición de Savigny, es importante no perder de vista que consideraba al "*Derecho Romano actual*" como el Derecho común aplicable a Alemania. Para él, la fuente del Derecho se encuentra en las tradiciones y usos de la nación o del pueblo, cobrando especial importancia la costumbre; afirma que "La forma en la cual el Derecho vive en la conciencia común del pueblo, no es la regla abstracta, sino la contemplación concreta de las instituciones jurídicas en su contexto orgánico".

En segundo lugar, se incluye una conferencia de *Julius Hermann von Kirchmann* (1802-1884), pronun-

ciada en 1847 con el rótulo "*El carácter a-científico de la llamada ciencia del Derecho*", en la cual hace una interesante comparación entre la "*ciencia del Derecho*" y las ciencias exactas. Señala que el objeto siempre mudable de la primera, debido a que la legislación es algo en constante cambio, pone en entredicho su carácter científico. Para llegar a esta conclusión se tiene en cuenta que los hechos objeto de las ciencias tienen carácter universal y permanente, como sucede, por citar un ejemplo, tratándose del comportamiento de los cuerpos bajo la ley de la gravedad.

Kirchmann, además de jurista y estudioso de la Filosofía fue también hombre político, por tanto, su visión comprende el orden fáctico y el estado de la aplicación de las normas jurídicas en el momento histórico que vivió. La crítica que hace a "*la ciencia del Derecho*", por considerarla incapaz de dirigir el rumbo de las instituciones e ineficaz para hacer la impartición de justicia en verdad asequible al ciudadano, es uno de los pilares en que descansa el ulterior desarrollo de la Teoría General del Derecho.

De *Ernst Zitelmann* (1852-1923) se incluye en la presente publicación su monografía titulada "*Las lagunas*

del Derecho". Zittelmann destacó especialmente como catedrático en la Universidad de Bonn, además incurrió en el ámbito de la historia y de la literatura, llegando a publicar diversas obras. Como jurista fue parte de la corriente que sentó las bases para la configuración del Derecho Civil alemán moderno, contribuyendo a superar los postulados del pandectismo, principalmente gracias a sus ideas en torno a la labor creadora del juez en la aplicación del Derecho y a su consideración de la realidad jurídica como un todo, en la que el órgano jurisdiccional es un componente más de la estructura, de la misma manera que lo es el legislador.

De acuerdo con la postura anterior, resulta congruente su aserto, aceptado en la actualidad, de que sólo la ley tiene lagunas, no el Derecho. Este principio y el que señala que "... para que existan efectos jurídicos hace falta una regla que los establezca; para impedir tales efectos no hace falta regla alguna", fundamentalmente aplicable al Derecho Penal, son objeto de un acucioso análisis por parte del autor.

La obra que se publica cierra con *"La lucha por la ciencia del Derecho"*, de Hermann Kantorowicz (1877-

1940), quien nació y se formó en Alemania y después emigró a Estados Unidos y a Inglaterra, a causa de su origen judío.

Kantorowicz fue un conspicuo integrante de la “escuela de Derecho libre”, reconocido no sólo por sus aportaciones a la Teoría General del Derecho, sino también a la Sociología, la Historia del Derecho y el Derecho Penal. En “*La lucha por la ciencia del Derecho*”, adoptando un tono combativo, abre un frente crítico dirigido al legalismo extremo inherente al positivismo, para reivindicar al Derecho natural, entendiendo por éste no un Derecho de validez general, como lo habían sostenido numerosos jusnaturalistas hasta entonces, sino aquellos principios, normas culturales, valoraciones, etc., que a pesar de carecer de validación oficial, son imprescindibles para enmendar las insuficiencias del Derecho escrito, a través de la interpretación de la ley. Afirma, que dichos principios o valoraciones “no pueden por esa su función pertenecer al Derecho estatal. No obstante, deben constituir Derecho y han de incluirse, por ello, en el Derecho libre”. Con lo anterior, se da una idea de los postulados básicos de la escuela del Derecho libre, a la

del Derecho". Zittelmann destacó especialmente como catedrático en la Universidad de Bonn, además incurrió en el ámbito de la historia y de la literatura, llegando a publicar diversas obras. Como jurista fue parte de la corriente que sentó las bases para la configuración del Derecho Civil alemán moderno, contribuyendo a superar los postulados del pandectismo, principalmente gracias a sus ideas en torno a la labor creadora del juez en la aplicación del Derecho y a su consideración de la realidad jurídica como un todo, en la que el órgano jurisdiccional es un componente más de la estructura, de la misma manera que lo es el legislador.

De acuerdo con la postura anterior, resulta congruente su aserto, aceptado en la actualidad, de que sólo la ley tiene lagunas, no el Derecho. Este principio y el que señala que "... para que existan efectos jurídicos hace falta una regla que los establezca; para impedir tales efectos no hace falta regla alguna", fundamentalmente aplicable al Derecho Penal, son objeto de un acucioso análisis por parte del autor.

La obra que se publica cierra con *"La lucha por la ciencia del Derecho"*, de Hermann Kantorowicz (1877-

1940), quien nació y se formó en Alemania y después emigró a Estados Unidos y a Inglaterra, a causa de su origen judío.

Kantorowicz fue un conspicuo integrante de la “escuela de Derecho libre”, reconocido no sólo por sus aportaciones a la Teoría General del Derecho, sino también a la Sociología, la Historia del Derecho y el Derecho Penal. En *“La lucha por la ciencia del Derecho”*, adoptando un tono combativo, abre un frente crítico dirigido al legalismo extremo inherente al positivismo, para reivindicar al Derecho natural, entendiendo por éste no un Derecho de validez general, como lo habían sostenido numerosos jusnaturalistas hasta entonces, sino aquellos principios, normas culturales, valoraciones, etc., que a pesar de carecer de validación oficial, son imprescindibles para enmendar las insuficiencias del Derecho escrito, a través de la interpretación de la ley. Afirma, que dichos principios o valoraciones “no pueden por esa su función pertenecer al Derecho estatal. No obstante, deben constituir Derecho y han de incluirse, por ello, en el Derecho libre”. Con lo anterior, se da una idea de los postulados básicos de la escuela del Derecho libre, a la

manera en que esta corriente fue desarrollada por *Hermann Kantorowicz*.

— 0 —

Luego de haberse abordado de manera general algunas de las cuestiones tratadas por los juristas incluidos en esta edición, no hay duda que se trata de una obra de especial valor para el estudioso del Derecho, toda vez que reúne a cuatro autores clásicos, brindándole una aproximación a la naturaleza del Derecho desde diferentes perspectivas. Por ello, para el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal constituye un motivo de especial satisfacción poner a disposición del foro y de los miembros de la judicatura capitalinos la presente publicación, incluida en la reconocida Colección *Doctrina*.

MAG. JOSÉ G. CARRERA DOMÍNGUEZ.

**PRESIDENTE DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
Y DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL DISTRITO FEDERAL.**

Verano de 2007.

La presentación en conjunto de estas cuatro figuras prestantísimas, Savigny, Kirchmann, Zitelmann y Kantorowicz, con las muestras más afamadas o más trascendentales de su talento jurídico, no es arbitraria ni casual. Ni responde, únicamente, al propósito de una elección hecha para reunir modelos notables en su género. El título de la obra en común, aunque este carácter no se deba a la voluntad de las partes, expone el concepto que la guía y define, conjunción de esfuerzos que, desde sectores distintos, concurren a que el Derecho merezca el nombre de ciencia en su significado realmente científico.

Entre las muestras aludidas hay, en efecto, algo más que el guión de un solo ritmo interno. Sin quererlo, se ha realizado una colaboración efectiva, sobremanera valiosa por cuanto sus resultados son acumulables en lo que seleccionan, y tienden, directa o indirectamente, a la unidad del conocimiento. Rememorando a Jannelli, quien, en los albores del siglo pasado, hablaba ya de los nexos de origen, coexistencia y sucesión con los cuales se comunican las cosas humanas, Del Vecchio escribe justamente sobre la "comunicabilidad del Derecho" entendida como reelaboración propia sobre lo permanente, y no como un endoso, un transporte material de valores adquiridos. En lo que atañe a la manera de ver y practicar la Ciencia jurídica, —lo demuestran estos cuatro

estudios, correlacionados igual que si fueran cuatro capítulos de un libro—, el progreso resulta de una integración depurada a impulso de esfuerzos tan bien articulados por sus consecuencias, que parece, en verdad, un desenvolvimiento.

Federico Carlos de Savigny (1779-1861) representa en el campo jurídico, sin desmedro de los honores que Hugo merece, al historicismo alzado contra el imperio del Derecho natural en su versión racionalista. Expresamente reconoce que el insigne profesor de Göttingen, —a quien se atribuye el título de filosofía aplicado a nuestra materia, título también de una de sus obras, "Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts", año 1809—, sostuvo la tesis de que "en cada época el derecho positivo constituye un todo viviente", y pugnó por esta finalidad contra la absorción de los viejos y caducos principios. Savigny, que no asistió a su aula más que ocasionalmente, lo escucha, sin embargo, a través de sus escritos, donde encontró, siempre, "un efecto singular de estímulo e ilustración".

Conocida es la histórica incidencia con Thibaut, —quien venía prestigiado ya por otra discusión mantenida mucho más atrás con Hugo—, a raíz de un trabajo que el profesor, entonces, de Heidelberg, elaboró acerca de "la necesidad de un derecho civil universal para Alemania". Contestó Savigny con su famoso opúsculo "De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia", año 1814, en el que, prescindiendo de otras proposiciones más bien circunstanciales, se opone a una legislación por la cual se ignoraba el arraigo que toda nación, provista de personalidad, tiene en sus costumbres y en sus tradiciones:

«Era una resistencia más contra la expansión que, sub

jugum político y militar, cubrió a Europa, jurídica y aun filosóficamente, bajo los postulados que la Revolución francesa proclamara en nombre de la Razón eterna. Lo importante es que se labraron así las bases de lo que, en medio a cuestiones del momento que lo semivelaron como las hojas al fruto, significó mucho más que una ponencia o un credo personal. Savigny construyó sobre ellas su escuela, y perduró. Construir en cualquier sentido de lo verdadero es perdurar. Poco después, en 1815, funda con Eichhorn y Göschen, la "Revista de la ciencia histórica del Derecho". El mismo año inicia la publicación de su "Historia del Derecho romano en la Edad media", que concluye en 1831, y luego, decantadas mejor sus ideas, comienza la del "System des heutigen römischen Rechts", que tuvo las proporciones de un acontecimiento. "Acontecimiento, confirma Jhering, que produjo verdadera sensación en el mundo jurídico".

De esta obra se han entresacado, vertidas por primera vez del alemán, —pues la edición que circula en castellano es traducción de la traducción francesa de Guénoux—, las piezas comprendidas en los parágrafos 4 a 16, capítulo 2 y 32 a 52, capítulo 4, del libro primero, y en los parágrafos 52 a 59, capítulo 1, del libro segundo (corresponden también a las páginas 25-63, 145-221, 222-271, inclusive, del texto en español por Massía y Poley, Madrid, 1878-79). En esos pasajes tiene su expresión más acendrada, sin los excesos atribuibles a la "vehemencia", que dice Bodenheimer, propia del incidente originario, la teoría general de Savigny, tal como éste la utilizó en función de científico y como sirvió de modelo a los juristas ulteriores. La que más alto lo consagra también. Porque su gran mérito está en "haber comprendido que el Derecho debe ser esencialmente Ciencia" (Sternberg).

La crítica no fué siempre justa. Ni perspicaz. Tam-

poco supo, a veces, discernir, separando al metal duradero de la inevitable escoria. Sin detenernos en más consideraciones, señalemos a los que asimilan el "Volksgeist" con la "volonté générale" de Rousseau, y a los que le rehusan a Savigny, —lo propio que a Hugo y a Puchta—, un sentido lealmente positivista, para juzgar con Radbruch, que su concepción reviste un aspecto "religioso", o con Gurvitch, que la misma sufre, por cuanto distingue entre un derecho instituido y otro espontáneo, filtraciones jusnaturalistas.

Savigny evoca al "espíritu del pueblo" como surgente creadora. El Derecho se formaría con los usos y bajo la convicción reflejada por ese espíritu en cada nación, manifestándose inmediatamente en la costumbre, testimonio vivo de la convicción susodicha. De ahí que se la incluya en el romanticismo, peculiar, según Stammler, de los que creen en los espíritus; tendencia polifásica a la que mucho debe la noción de la realidad en su tránsito del naturalismo atomístico al organicismo, previo a la idea contemporánea de la estructura. Es el espíritu popular y no la ley, simple órgano de expresión, lo que, para Savigny, genera al Derecho, aunque en forma oculta y misteriosa, por una irradiación connatural de armonías reguladoras. Hipótesis generalizada y cómoda, ante la que ironizó fácilmente Jhering, aludiendo a un Derecho en estado sonámbulo.

No todo podía ser exacto y concluido en Savigny. Pero, descartando lo que se quiera, ¡qué magnífico saldo arroja su labor! ¡cuán admirable, sobre todo, el hallazgo intuitivo que en el acierto de la nueva dirección proporciona a la gnoseología del Derecho! Savigny estableció la Ciencia jurídica en su posición real, pues que, por lo menos, la orientó hacia el orden genérico de los objetos a que obedece. Ontologizó el derecho positivo y repudió el jusnaturalismo. Negó que el Derecho resida en los principios y en las normas. Sostuvo, en-

tonces, que no había otro Derecho que el positivo (a saber, puesto por el Estado; "positivus", forma adjetiva de "positum"), y que ese derecho existe en la realidad. Más aún: reveló, internándose hasta las fuentes madres, en Roma, no ciertamente con prurito de paleontólogo, la espiritual sequentia que triunfa de los siglos, aunque es a menudo mal aplicada, como sucede cuando los procesalistas se refieren a los órganos jurisdiccionales y, contemplando al eficiente pretor, inquieren modelos entre sus obras en vez de pedir ejemplos a su actitud.

Sóbranse, pues, a Savigny, méritos bien saneados, frente a todos los reparos que con justicia se le formulan: la inconsecuencia demostrada, efectivamente, con su propio descubrimiento; la visión estrecha que tuvo del positivismo; el error consistente en buscar la experiencia jurídica por los medios aptos para obtener la experiencia natural; el relativo alcance de su mayor conquista, que es sólo una rectificación incompleta, una simple aproximación.

Compartimos las ideas de Savigny cuando rechaza el jusnaturalismo y admite como único derecho al que aparece en contextura positiva; las compartimos cuando recurre, para el conocimiento de este último, al factor material, no menos necesario que el formal. Pero su objetivación a ese respecto es deficiente, y por eso bregamos con el fin de que sea llevada, sobre un reajuste preciso, hasta sus conclusiones definitivas. Entre los rasgos que mejor definen a la escuela donde nos proveemos del instrumental destinado a resolver nuestras dificultades jurídicas, ninguno es, a nuestro juicio, tan relevante como aquél que ostenta con su infatigable afán de rigor metódico y certeza constrictiva; tanto que dicha tendencia nos resulta, así, un desarrollo múltiple hacia sus debidas ulterioridades, sobre un eje fundamental que radicara, originariamente, en la teoría de los objetos.

La insuficiencia del enfoque tenía que traer sus perturbaciones, que hicieron crisis en otro episodio resonante. Julio Hermann von Kirchmann (1802-1884) pronunció en 1847 una conferencia que, vertida por primera vez al castellano, figura igualmente en esta edición. Como lo indicaba el tema, "Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft", la jurisprudencia, en su parecer, carece de valor científico. Le negaba relevancia a lo que veía, porque lo que veía estaba más allá del plano a que podía alcanzar el procedimiento aplicado. Subrogaba un objeto con otro, cometiendo una especie de superfetación. Su escepticismo, si cabe llamarlo así, tan diferente, por cierto, del clásico escepticismo que deja en suspensión todo juicio y conduce a la ataraxia, no le impidió, pues, intuir la realidad jurídica. Su error, frecuentísimo aún, consistió en no problematizar el método mismo a los efectos de su debida selección. Y subyugado por el sistema de las ciencias naturales, adoptó su procedimiento en donde no correspondía, para concluir desconociendo la pertinencia de aquella realidad indudable. (Error común, en puridad, a todos los tiempos. "—Veo perfectamente, dijo Antístenes, a un caballo real, más no veo, en parte alguna, tu caballo-idea. —Es que tienes con que ver el caballo real y no el caballo-idea, replicóle Platón).

Tres consideraciones subraya Stammler en la impugnación que hizo el ilustre procurador imperial de Berlín contra la jurisprudencia en su aptitud científica: la materia del Derecho está expuesta a continua mudanza; no se agota en el dominio del saber, pues que también afecta a los sentidos; depende, únicamente, de las normas positivas.

La materia del Derecho, vida en creación incesan-

te, no se unimisma, en efecto, con la Naturaleza, creación hecha ya totalmente en una variedad de fenómenos que se repiten dentro de cierta relación constante y necesaria. Todavía hoy "florece la rosa como en el paraíso terrenal"; todavía "los animales viven y los árboles crecen como en los tiempos de Plinio", bajo el mismo sol y las mismas estrellas. Tomando, entonces, como prototipo, a la física y a la matemática, resultará efectivamente imposible una ciencia cuyo objeto, por esa transfiguración perenne, se pondría fuera de su órbita, escapando siempre a los juicios de generalización.

Lo evidente, sin embargo, es que el objeto existe. ¿Y bien? El Derecho, contestamos, no tiene por qué someterse a un determinado y ajeno patrón metodológico, y menos al patrón de las ciencias naturales. Por el contrario, debe tener su método, ya que no se concibe un objeto sin una vía propia que lo torne accesible. Con lo que volvemos a declarar que el método es, ante todo, un problema.

Debemos a von Kirchmann, entre otras cosas, (Sternberg afirma que se adelantó a su época y que la siguiente no lo comprendió), el atisbo de la verdadera realidad jurídica. Sólo que von Kirchmann quería explicarse lo que se conoce comprendiendo, y negaba, ilógicamente, lo que por tratar de explicarse no podía conocer. (Dilthey nos demostró, luego, que son diferentes, y cuáles son, los caminos que conducen a la Naturaleza y a la Cultura).

Recordemos, ahora, cómo distingue Kelsen entre el ser y el deber ser. A esta división corresponde la que se hace de la lógica: una, forma-analítica; y otra, jurídico-formal. El objeto de la segunda es la norma, y la norma no existe en el ser estimado a la manera kantiana, como acaecer efectivo, orden natural sujeto a la causa. Pero, a su vez, el Derecho, al decir de Savigny,

no reside en la norma, elemento conceptivo con el cual aprehendemos su objeto que vive en el reino de la cultura.

La conclusión que se impone es, en nuestro sentir, evidente. Si la lógica analítica no se refiere al deber ser y la lógica jurídica no se refiere al ser, una de dos: o la teoría kelseniana es ciencia —ciencia de normas, que son objetos irreales que no tienen existencia ni están en la experiencia—, en cuyo caso no estamos sobre el Derecho, objeto real, que tiene existencia y está en la experiencia;

o la teoría kelseniana es lógica y sólo lógica —precisamente lógica jurídica—, en cuyo caso tampoco es el Derecho, sino elemento integrante de la conceptualización científica del Derecho; lógica contrapuesta a la lógica aristotélica que sirve para los objetos naturales, neutros al valor, pero que no puede servir para el Derecho, objeto de la cultura y, por tanto, valioso.

Mucho se adelantó, pues, en la nueva trayectoria, con Savigny y von Kirchmann. Pero se impone un adelanto más. No basta saber que sólo hay derecho positivo y que su fuente se halla en la realidad. Ni que esta realidad es Cultura y no Naturaleza. Requiere todavía un nuevo discrimen. Y bien: nosotros concebimos el Derecho como conducta humana en interferencia de dos o más sujetos (Del Vecchio), y siendo así no se objetiva fuera del hombre, en el mundo, a semejanza de los demás productos culturales. Tiene, como todos, substrato y sentido, que se confunden por cuanto el substrato de su sentido es la propia existencia del hombre plenario, objeto de nuestro conocer, (mientras que el substrato de las creaciones mundanales existe como cosa, no humana, de la naturaleza); es vida viviente y arraiga en el yo, ego. Así, pues: el objeto del Derecho consiste, para nosotros, en una rea-

lidad, no sólo cultural, sino precisamente egológica (Cosío).

El ataque de von Kirchmann, quien, sin quererlo, perfeccionó la reivindicación positivista y realista de Savigny, preparó el terreno para otra cuestión. El Derecho aparecía, por un lado, en la realidad proteica y fluyente de la cultura, y por otro, en el texto fijo de las legislaciones. Aquella cifra, creciendo siempre con su formación y transformación perpetuas de valores, tenía que rebasar, por fuerza, las posibilidades contenitivas de la norma formulada. Ahora bien, el Derecho que no cabe en esta ley, que se desarrolla al margen de sus previsiones, ¿no es Derecho? Y si lo es, ¿cómo y por qué lo es? ¿no existe la deficiencia que se supone, o la salva el juez, haciendo de legislador, con actos de libre voluntad realizadora?

Ernst Zitelmann (1852-1923) sostuvo la primera de estas dos últimas tesis en una prolusión, al asumir el rectorado de la Universidad de Born, el 18 de octubre de 1902, episodio que también agitó el ambiente jurídico, resolviendo el problema con la aserción de que no hay lagunas en el Derecho. El juez no se hallaría nunca en la imposibilidad de proveer por ausencia de una disposición legislativa, y, en tal virtud, nada tendría que suplir.

El Derecho, todo el Derecho, positivamente considerado, es entonces una realidad comprendida en la legislación. Ante un caso no contemplado expresamente en ésta, se produce, a juicio de Betti, quien adapta una difundida metáfora de Zitelmann, "por incremento aluvional", que entrará, siempre, en el gran fondo legislativo. "Al re-crear, el juez pasa de la norma, que representa la tierra firme, al gran mar de los hechos"

(Paresce). En tales condiciones, proclamóse, elevándola a la categoría de postulado formal, la plenitud del Ordenamiento jurídico.

Sería ocioso encarecer el significado profundo de la revelación hecha por el eminente jurista, que ya contaba con otros éxitos, como el que correspondió a su conferencia sobre "La posibilidad de un Derecho mundial", año 1888. Del Vecchio le prestó en su "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", preferente atención, acogiendo varias notas de autores diversos, que ilustran el asunto con amplitud. Nos remitimos, sin más comentarios, a las que, persiguiendo una definición concreta, ponen de relieve la norma general y a la vez fundamental sentada por Zitelmann, norma negativa (otros aluden a un "criterio periférico o criterio límite") en cuanto dispone que "todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido". En cambio, Donati se pronuncia por una norma positiva, pues no concibe ninguna zona de la actividad humana que sea extraña al Derecho; toda acción está, o impuesta o prohibida por una norma legal, o bien ocurre en la esfera de la libertad y se halla, sin más, permitida. Los dos autores toman posturas unilaterales, criticadas, entre nosotros, con razones que no podemos ignorar sin perjuicio e injusticia, por cuanto, aparte su eficacia, brindan la solución en nuestro concepto, integral. Superando la tesis del realismo ingenuo, que admite omisiones o espacios vacíos como efecto de una capacidad de previsión forzosamente limitada, y la del empirismo científico, donde Zitelmann y Donati figuran con sus particulares nociones, labra Cossio, a su vez, el estructuralismo lógico-trascendental en "Las Lagunas del Derecho", con que remata las ideas de "La plenitud del Ordenamiento jurídico", expuestas en una acepción más bien apriorística.

La clasificación de Zitelmann en el empirismo es, a

todas luces, fundada. Creemos suficiente, para demostrarlo, reproducir lo que arguye al final de su discurso, cuando expone: "la actividad del jurista que intenta corregir o completar la ley, no es jamás una actividad puramente lógica, y cuya exactitud o falsedad pudieran ser demostradas; las operaciones intelectuales por las que el juez llega a su conclusión descansan, en su mayor parte, sobre valoraciones y apreciaciones, impresiones y concepciones de un color subjetivo que por la ley y sólo por la ley no se dejarían justificar". Y si este pensamiento tiene importancia, no la tiene menos, por lo que sugiere, el que sigue: "la que los juristas llaman decisión por analogía es, en efecto, muy semejante a lo que así se llama en lógica, pero siendo, no obstante, específicamente distinta".

En la teoría egológica, desde que postulamos aquella misma plenitud, que entendemos hermética, no admitimos tampoco la existencia de huecos o claros en el Ordenamiento jurídico. Este Ordenamiento en el que entra toda concepción positiva de Derecho, no acaba para ella en la ley, ni consiste en una mera suma o yuxtaposición de normas. La teoría que profesamos tiene en ambos sentidos algo propio que aducir. Porque si acepta la extensión kelseniana de la norma, que no es sólo general, que puede ser también individuada, la completa en el deber jurídico, incluyendo a la prestación y no exclusivamente a la sanción. Y porque si juzga que el Ordenamiento es uno solo, identificado esencialmente hasta la "Grundnorm", y constituyendo así una totalidad ("todeidad" es la palabra que Giner de los Ríos como krausista reformado emplea con otro fin, y no sin fundamento, aunque desagrada a Menéndez y Pelayo), concibe esa totalidad como una estructura donde, ya que no hay sumandos ni partes, no caben, a fortiori, resquicios ni intervalos.

Por supuesto que, entonces, tampoco surge ningún

problema. Y menos aun si llevamos en cuenta la formidable obra de reducción intrasistemática efectuada por Kelsen. El juez, como el legislador, como cualquier órgano de la individuación o concretación normativas está en la propia estructura, desde que es uno de sus elementos entitativos y fundamentales.

Lógicamente no hay sino una concepción, aunque por grados sucesivos, a la cual no escapa ningún caso, pues "lo que no está prohibido está jurídicamente permitido". En uno de ellos actúa el juez, y en otro, de alcances generales, el legislador (y en otro, aun más vasto, el constituyente). Así crea el juez. Vale decir que crea en la creación del legislador, haciéndola efectiva con su sancionamiento y en ese mismo acto. Sólo hay diferencia de cantidad. Esencialmente, la creación es una sola, individuada en la sentencia. El distingo respecto a las personas (juez, legislador, constituyente) interesa a la información histórica y al análisis explicativo. Sólo uno es también el órgano del Estado como voluntad de imputación.

El juez no se halla nunca expuesto a tropezar con un hecho dado (conducta humana en interferencia intersubjetiva) sin juridicidad dada. En la concretación que pretende, dispondrá siempre de una norma general, porque si no encontrase una norma explícita que fuere aplicable, otra habrá inexplicita, y si no existiese ninguna en un sentido, siempre existirá la contraria, lo que no implica, ciertamente, ausencia normativa. Pero, además, ese juez como órgano de la individuación, es y no puede menos que ser órgano del Estado, el Estado de Derecho. Componente de la estructura que perfecciona con su sanción, componente del Ordenamiento jurídico, siempre hará, como juez, Derecho, y no dejará de hacer otra cosa que Derecho.

La propia individuación responde a un deber jurídico. Es normativamente, que se pasa de un estrato a

otro. Establecido por el legislador cierto género y sus sanciones, deberá ser por el juez la determinación de la especie; y determinada la especie, correspondiente a ese género, deberá ser la sanción que proceda imputar.

Si no existiera más derecho que el positivo y positivo sólo en cuanto lo hubiese puesto la ley, si el juez operara desde afuera y se encontrase ante uno de esos intersticios que se pretenden en el Ordenamiento, sugiriendo la actitud de quien tiene que refeccionar un edificio agrietado, ofreceríansele dos arbitrios: o someterse a la imposibilidad de hacer justicia, una vez agotado el stock de las normas generales, o erigirse en legislador (Bulow). Varias tendencias, más o menos audaces, perfiláronse en este último sentido, sobresa- liendo dos: la Jurisprudencia de los intereses ("Inter- essen Jurisprudens") y el Derecho libre con Géný que entregó al órgano jurisdiccional la "libre recher- che scientifique", y con Kantorowicz que le adjudicó poderes suficientes para subsanar las fallas de previ- sión legislativa, ejercidos conforme a las exigencias de la época y las convicciones sociales del pueblo.

Hermann Kantorowicz (1877-1940) le infundió a esta escuela sus mejores bríos. Fué, valga la expresión de Max Ernst Mayer, quien "echó aceite a la lámpara". Su vibrante "panfleto", como se le denomina, "Der Kampf um die Rechtswissenschaft", que publicó en 1906 con el seudónimo Gnaeus Flavius, tuvo una repercu- sión intensa. Por primera vez aparece también aquí, en su versión al castellano. Como las otras dos traduc- ciones especiales, la de Savigny y la de Kirchmann, per- tenece la de Kantorowicz al ilustrado profesor Werner Goldschmidt, que sabe, por cierto, lo que hace.

Traducir no significa ya, como en la vieja etimología

del verbo, y menos tratándose de producciones científicas, trasladar meramente, sino también interpretar, empresa difícil que requiere, a más del conocimiento de la lengua originaria y la española, el conocimiento de la materia que con el trueque se plasma. Concurren notoriamente, las aludidas condiciones, en este profesor y jurisfilósofo alemán, miembro del "Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique" y de nuestro Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, quien las ha consagrado, por lo demás, con otros trabajos, en los amplios términos que convienen a una autoridad.

Kantorowicz tenía agudos el ingenio y la palabra. Mientras argumenta, lanza molestos dardos contra el legislador, comparándolo al teólogo, y contra las legislaciones, parangonándolas a las Santas Escrituras. En escaso tiempo conquistó para su causa, más que Ernst Fuchs, a quien se supone mejor pertrechado, una inquietante gravitación. Inquietante para la Seguridad jurídica si en el ejercicio de la creación libre, y libre frente al régimen de la norma general, podía el juez decidir contra legem; si en la valoración de los casos nuevos (Kantorowicz recomendaba que se contemplasen las "circunstancias de cada caso") podía entregarse a una operación tan sólo intuicional, abandonando, como quien dice, las riendas, para dejarse llevar ciegamente por las objetividades empíricas.

Muchas sugerencias aportó el sabio profesor de Derecho penal y de Filosofía jurídica de Friburgo (Brisgovia). Algunas aprovechó el culturalista Radbruch (quien le dedica, precisamente, su "Filosofía del Derecho") para sobreponerse al intelectualismo abstracto de Stammler. Pero la más trascendental es, sin duda, la que ilumina este nuevo episodio, como también le llamamos, igual que a los anteriores con los cuales tiende, aunque de rechazo, a definir cierta posición. (Mayer, re-

cordaremos, ya que viene al caso, lo eslabona a la referida incidencia de Kirchmann, donde en cambio estaría, para Larenz, el origen probable de la Jurisprudencia de los intereses que propugna Ehrlich). A pesar de las exageraciones arbitristas que la tornaron peligrosa, la tesis de Kantorowicz tuvo su influencia útil en la resultante final, fuera de otros beneficios, más o menos indirectos, como la disposición propicia que suscitó hacia los juicios de valor, actualizando los problemas de la cultura, y el interés que en distinto plano alentó por las fundamentaciones universales, estimulando el renacer de la Filosofía jurídica.

Cada una de las conquistas logradas tenía en sí el germen de su propia superación, porque guardaba en sus desvíos y limitaciones otros tantos motivos de rectificación o complemento. La teoría egológica supo aprovechar las adquisiciones sucesivas, comprendiendo qué eran y hasta dónde eran acumulables, para levantar su construcción en la sola entidad norma-conducta y presentarla a las investigaciones sobre la interna homogeneidad gnoseológica de una común estructura.

Acompaña primero a Savigny, buscando también sus fuentes en la realidad, que es donde el derecho existe; pero Savigny toma por rutas extraviadas y como von Kirchmann advierte que así no se va a la experiencia jurídica, acompaña a von Kirchmann, sin perder lo ganado legítimamente, y prolonga luego, en una línea de conducta insobornable, el movimiento emprendido, a cuyo efecto precisa en su verdadera región al objeto de nuestra Ciencia, que es cultural-egológico, y, en toda su eficacia, al método conducente, que es empírico-dialéctico.

También Zitelmann había puesto su parte, cuando

aparece Kantorowicz proclamando la autonomía del juez como sentenciador, contra el absolutismo de la ley, y convierte al "órgano de las subsunciones" en órgano libre de creación jurídica, hasta el extremo de que su actividad llega a ser, para algunos, ametódica. Es en este punto que la teoría egológica asume una de sus actitudes más claras y menos comprendidas.

Hay términos tan cargados de ideología que comprometen sólo con su contacto. La ofuscación obsta al más elemental discernimiento. Así, no podemos aducir que el juez crea Derecho sin que se pretenda que, por ello, admitimos, como ideal, que debe crearlo libremente, a saber: en la in-diferencia conceptual de lo arbitrario o lo anárquico y, por añadidura, con la posible anulación, no sancionable, del individuo. Nada más evidente, sin embargo, que esta verdad: la creación jurídica en sí es independiente de la suma de poderes otorgables al juez lo mismo que de su mayor o menor autonomía frente al legislador. El sentido filosófico de esa creación normativa cabe perfectamente en el acto judicial más ceñido a la ley; así como puede hacerse amplio voluntarismo en el propio instante de esta subsunción.

Nos situamos dentro de la teoría pura y compartimos la noción de un Ordenamiento escalonado en la unidad de su esencia constitutiva. Las concretaciones de una norma en otra menos general, hasta la norma individuada, resultarán, en mérito al principio de regulación, con la procedencia que lógicamente convenga a toda la estructura: garantía máxima de Seguridad jurídica.

El juez crea y no legisla. (En el concepto de la plenitud hermética no tiene por qué legislar). Y crea libremente. Pero la libertad del juez que sentencia es, para nosotros, libertad jurídica, y se traduce en un deber ser, elemento funcional de la norma que también

integra este órgano de la jurisdicción. Como tal órgano integrante y en función de tal deber ser, el juez llena su misión estableciendo la consecuencia por la cual y con la cual, justamente, crea Derecho. La consecuencia debida y no otra, so pena de incurrir en responsabilidad. Estas operaciones, diversas para el análisis, forman una estructura. Ya el genio de Kant había observado, en cuanto a los juicios, que la "asociación" de Hume no satisface, puesto que el acto de juzgar difiere esencialmente de tal processus. El juez interpreta el caso que se plantea, individuando la norma general; lo interpreta a través de la subsunción y mientras subsume. Con dicha subsunción regulada en el todo, conoce el objeto de la experiencia, que sin ella sería algo así como un nómeno jurídico. Lo que nos asegura otra ventaja: el aprovechamiento de todas las posibilidades que explícita o implícitamente encierra la norma promulgada. (Consignemos aquí, ya que viene a las puntas de la pluma, esta sorprendente anticipación de Alberdi, en sus "Bases", año 1852: "La verdadera sanción de las leyes reside en su duración. Remediamos sus defectos, no por abrogación, sino por la interpretación". Esto es: no legislativamente, sino judicialmente).

Nos encontramos, ahora, en el talweg mismo de la rectificación que se llamó copernicana y por la que avanzan en lo fundamental, la gnoseología y aun la filosofía moderna. Nosotros la seguimos como juristas, como estudiosos del Derecho, fieles también en lo atinente, al propio renovador cuyas "Críticas" enseñaban, no una filosofía, sino a filosofar. Pues la filosofía es, ante todo, método. (Natorp).

La antítesis, ontológicamente irreductible, entre el

ser y el deber ser, (adquisición definitiva, según Sauer) importa sólo una distinción, gnoseológicamente. La posibilidad del conocer, en cuanto a las cosas, aparece: con "la intuición mediante la cual se da el objeto como fenómeno, y el concepto mediante el cual es pensado un objeto que corresponde a tal intuición". Iríase contra la Ciencia jurídica, en una actividad esterilizante por abstracta, si se prescindiera de su objeto, que es real o empírico (egológico). Negaríase el Derecho, con una actividad jurídicamente ciega, al dejar que la intuición se imponga sola (si fuese posible), contra o sin los conceptos normativos.

El error está en desconectar a la materia de la forma, o en no relacionar debidamente a una con otra. Savigny, cuando refiere la objetivación del Derecho a la realidad empírica, no echa en olvido las enseñanzas que, por intermedio de Hugo probablemente, encuentra en el filósofo de Königsberg, quien, rechazando el calificativo de idealista que se le hiciera desde las columnas de "Göttingische Gelehrte Anzeigen", había escrito que su puesto no estaba en lo alto de las torres, donde sopla demasiado viento, sino en "la fecunda bathos de la experiencia". Kantorowicz, por el contrario, se desenlaza de toda preconcepción legal, supe- ditando la juridicidad a la concepción exclusiva del intérpete, con lo que iniciaba la pendiente por donde rodarian los escritores del Rechtsfindung, como Freisler, Rothenberger, Schmidt-Klenenow, procesalistas del último régimen alemán, quienes, en principio, se rendían ante el fenómeno sociológico librado a su propia conducción empírica.

La teoría pura corre, en cambio, el peligro de caer en el otro extremo de la antítesis. Faltaría Kelsen, a pesar de lo que reconoce expresamente en el prólogo de su "Teoría General del Estado", a los vínculos que admite con los fundamentos de Kant, si confinara su

concepción en la norma y pretendiese, no obstante, hacer ciencia y no solamente lógica, si estimase que la primera, ciencia de la realidad, concluye en un sistema de puras formas. Precisamente, el mismo Kant dijo de la metafísica: "aislado conocimiento especulativo de la razón, que nada toma de las enseñanzas de la experiencia y que se sirve tan sólo de meros conceptos (a diferencia de las matemáticas en que se aplican los conceptos a la intuición), no tiene la suerte de haber podido entrar en el seguro camino de una ciencia". La prevención es muy justa. Una ciencia de la realidad empírica, por la sola virtud de la Razón, parece humanamente imposible. La Razón no puede extraer de sí misma otra cosa que razón; razón de la Razón, crítica de la Razón.

Si identificamos la realidad con el pensamiento nos sumergimos en el "sueño dogmático"; si desligamos de la realidad al pensamiento, edificamos "en el aire" como los metafísicos Leibniz y Wolff. El racionalismo, jurídicamente, no tiene vigencia sino en las normas y aquí también al precio de su respectiva subjetivación. Mal podría entonces fundamentar objetivamente a la ciencia (y, falta de objeto, ¿habría, por ventura, ciencia?), pues los conceptos jurídicos sin intuición estimativa, intuición axiológica, están vacíos para el Derecho.

Nuestra tendencia arranca de Savigny, y si llega hasta Dilthey para saber cómo es el objeto de la experiencia jurídica y para saber cómo se le aprehende, no reduce por ello su actividad a las valoraciones positivas. También acepta a Kelsen, pero lo acepta a condición de no abstraerse en valoraciones subjetivas. La tendencia en que militamos cierra, al fin, mediante una síntesis poderosa, la clásica distinción entre concepto y objeto, entre norma y conducta, por cuanto el objeto, que radica en la conducta pensada como libertad metafísica, evidencia una dirección compatible con

la del concepto jurídico. Si la norma kelseniana es un deber ser lógico, aquella libertad, como dato, previa a la conducta en que se fenomeniza, es un deber ser existencial.

Una sola estructura, una misma técnica. Por eso, los juristas en cualquier rama del Derecho, nos entendemos perfectamente dentro de la teoría egológica. La ciencia, ha dicho Taine, "n'est qu'une langue bien faite". En esa teoría hablamos un lenguaje unívoco, sin dialectos irreductibles. Porque una es su estructura, una también su técnica. Y a nuestro juicio, nada podría justificar tan satisfactoriamente su validez como esa plena e íntima solidaridad gnoseológica.

LORENZO CARNELLI

Buenos Aires, diciembre de 1947.

FEDERICO CARLOS VON SAVIGNY

LOS FUNDAMENTOS DE LA CIENCIA JURÍDICA

Título del original alemán:
System des heutigen Römischen Rechts

Primera edición alemana: 1840

Primera edición castellana: 1949

Traducción directa por:
WERNER GOLDSCHMIDT

LA NATURALEZA GENERAL DE LAS FUENTES JURÍDICAS

§ 4.

RELACIÓN JURÍDICA

Para encontrar el fundamento del Derecho romano actual hemos de comprobar sus fuentes jurídicas. A este efecto resulta necesaria una investigación general de la naturaleza de las fuentes jurídicas en sí.

Si contemplamos los hechos jurídicos que en la vida real nos rodean y dominan, nos aparece en primer lugar el poder correspondiente a la persona particular: una esfera en la cual su voluntad reina con nuestro consentimiento. Denominamos este poder *un derecho* de esta persona, en el sentido de facultad. Algunos lo llaman derecho en sentido subjetivo. Un tal derecho aparece preferentemente en forma visible, si se halla dudoso o controvertido, y se reconoce por ello su existencia y su contenido por una sentencia judicial. Sin embargo, una consideración más exacta nos convence que esa forma lógica de la sentencia sólo fué provocada por la necesidad casual y que, lejos de agotar el problema, requiere más bien un fundamento más profundo. Tal base la encontramos en la *relación jurídica* de la cual cada derecho particular no es sino un aspecto

particular aislado mediante la abstracción, de suerte que la sentencia sobre el derecho particular sólo puede ser verdadera y convincente en cuanto parte de la visión total de la relación jurídica. La relación jurídica a su vez tiene una naturaleza orgánica; y ésta se evidencia, en parte, en el contexto de sus elementos que mutuamente se apoyan y condicionan; en parte, en el desenvolvimiento progresivo que advertimos en su nacer y perecer. Esa construcción orgánica de la relación jurídica en cada caso dado constituye el elemento espiritual de la práctica jurídica, y distingue la nobleza de ella del mero mecanismo que tantos profanos le atribuyen. Para que este punto importante no sólo sea comprendido en general, sino para que se evidencie toda la riqueza de su contenido, no parece superfluo explicarlo por un ejemplo. La célebre *L. Frater a fratre* trata del siguiente caso jurídico: Dos hermanos se hallan bajo la patria potestad de su padre. Uno da un préstamo al otro. El prestatario lo devuelve después de la muerte del padre; y se pregunta si puede pedir la devolución de lo pagado puesto que el pago se basaba en un error. El Juez tiene que juzgar exclusivamente acerca del problema de si la *condictio indebiti* está o no está fundada. Pero a tal fin el juez debe tener presente la visión total de la relación jurídica. Sus diversos elementos eran: la patria potestad sobre ambos hermanos, un préstamo del uno hecho al otro, un peculio que el deudor había recibido del padre. Esta relación jurídica compleja se ha desenvuelto de manera progresiva por la muerte del padre, la herencia, la devolución del préstamo. La sentencia del juez debe basarse sobre todos estos elementos.

§ 5.

INSTITUCIÓN JURÍDICA

La sentencia sobre cada derecho particular supone necesariamente la referencia de los hechos individuales a una regla general que domina los diversos derechos. Denominamos esta regla *el Derecho* en general o el Derecho general. Algunos lo llaman Derecho en sentido objetivo. Este Derecho aparece preferentemente en forma visible en la ley que es un pronunciamiento del poder supremo del Estado sobre la regla jurídica.

Pero de idéntica manera que la sentencia en una controversia particular sólo posee una naturaleza limitada y dependiente y no encuentra sino en el enjuiciamiento de la relación jurídica su raíz viva y su fuerza convicente, radica la regla jurídica y su acuñación legal en el enfoque de la *institución jurídica* como en su fundamento más profundo, cuya naturaleza orgánica tanto se evidencia en el contexto vivo de los elementos como en su desenvolvimiento progresivo. Si por tanto no nos paramos ante el fenómeno inmediato, sino que nos adentramos en la esencia misma del asunto, conocemos que en efecto cada relación jurídica se halla debajo de una institución jurídica correspondiente que es su tipo y que la domina de idéntica manera en que la sentencia particular es dominada por la regla jurídica (a). Esta última subsunción es dependiente de la primera, a través de la cual recibe verdad y vida. A título de ilustración empleamos el mismo caso jurídico aducido en el anterior párrafo. Los instituciones jurídicas implicadas son: la adquisición del padre a

(a) Véase Stahl. Filosofía del Derecho, tomo II, págs. 165 y 166.

través de los hijos, el antiguo peculio y sobre todo la *deductio* aplicable al mismo, la trasmisión de los créditos a los herederos, la confusión de créditos y deudas, la *condictio indebiti*. Para el desarrollo del pensamiento existe una diferencia natural en que construimos en primer lugar las instituciones jurídicas separadamente y que las podemos combinar después según nuestro arbitrio, mientras que la relación jurídica nos es dada por los acontecimientos de la vida y aparece por tanto inmediatamente en su composición concreta y en toda su complejidad.

Una ulterior consideración nos enseña que todas las instituciones jurídicas están ligadas en un sistema, y que sólo pueden ser comprendidas por completo dentro del magno contexto de este sistema, en el que de nuevo hace aparición la misma naturaleza orgánica. Por inmensa que sea la distancia entre una relación jurídica individual y limitada y el sistema del Derecho positivo de una nación, no se trata sino de una mera diferencia de dimensión: esencialmente no existe diferencia y tampoco la hay en el proceso del espíritu dirigido hacia el conocimiento de la relación o del sistema.

De estos hechos se desprende la absurdidad de la ciencia jurídica al tratar con frecuencia teoría y práctica como separadas o inclusive como opuestas. Lo que sí es diferente es la carrera profesional exterior y la aplicación de los conocimientos jurídicos adquiridos. Empero la manera y dirección del pensamiento así como la cultura que lo hace posible son comunes; y sólo llevará a cabo dignamente cualquiera de ambas ocupaciones aquel que tenga presente aquella identidad (b).

(b) Estas convicciones nacieron en el ánimo del autor al principio al conocer más detalladamente a los juristas romanos, precisamente grandes en este aspecto. Más tarde estas con-

§ 6

CONCEPTO DE LAS FUENTES JURÍDICAS

Denominamos *fuentes jurídicas* las causas de nacimiento del Derecho general o sea tanto de las instituciones jurídicas como de las reglas jurídicas particulares formadas por abstracción de aquéllas. Este concepto tiene un doble parentesco, por lo cual es menester rechazar dos clases de confusiones.

1º) También las relaciones jurídicas particulares tienen sus causas de nacimiento(a), y el parentesco de las relaciones jurídicas con las instituciones jurídicas produce fácilmente una confusión de las primeras con las causas de nacimiento de las reglas jurídicas. Si se quisiera p. ej. enumerar exhaustivamente los presupuestos de una relación jurídica, habremos de mencionar indudablemente tanto la existencia de una regla jurídica como la de un hecho correspondiente a esta regla, así p. ej. una ley que reconoce contratos y la celebración de un contrato. No obstante, ambos presupuestos son específicamente diferentes, y la equiparación de contratos y leyes como fuentes jurídicas produce confusión de conceptos (b).

vicciones se desarrollaron y robustecieron principalmente por la actividad del autor durante largos años en la práctica jurídica.

(a) La teoría general de estas causas de nacimiento se encuentra en el tercer capítulo del libro segundo.

(b) Esta equiparación se encuentra entre otros autores y prescindiendo de los modernos, en Cicerón (v. abajo § 22, nota m). De análoga manera en la que en el citado pasaje se elevan equivocadamente los contratos a la categoría de las fuentes jurídicas, se rebaja en otros sitios con error opuesto a

2º) Otra confusión, más bien producida por el nombre, es la confusión de las fuentes jurídicas con las fuentes históricas de la ciencia jurídica. A éstas últimas pertenecen todos los monumentos de los cuales deducimos el conocimiento de hechos jurídicos históricos. Ambos conceptos son por tanto completamente independientes; y su coincidencia en un punto cualquiera constituye una mera casualidad, por frecuente e importante que esa coincidencia sea. Así p. ej. pertenecen el Digesto de Justiniano a las fuentes en ambos sentidos de la expresión; la Lex Voconia pertenece a las fuentes del Derecho antiguo, pero, como se ha perdido, no cuenta entre las fuentes de la ciencia jurídica; respecto a los pasajes en antiguos historiadores o poetas que contienen observaciones jurídicas, ocurre todo lo contrario. No obstante, hay que advertir que en gran mayoría de veces si hablamos de fuentes jurídicas, coinciden ambos sentidos del término, de guisa que el peligro de una confusión conceptual a causa de la ambigüedad del término no es grande. Así por ej. son los elementos del *Corpus Iuris* como leyes de Justiniano fuentes jurídicas del Imperio Justiniano, a causa de su recepción por nosotros fuentes jurídicas nuestras, y finalmente como libros aún existentes, fuentes de nuestra ciencia jurídica. De análoga manera son los libros jurídicos germánicos de los siglos XIII y XIV como manifestaciones de costumbres jurídicas fuentes del Derecho, como libros conservados fuentes de la ciencia jurídica. Por esta razón emplea la mayoría de los autores el término, sin informar a sus lectores sobre sus diferentes sentidos y no se les puede reprender por ello.

las leyes, considerándolas como causa de nacimiento de las relaciones jurídicas para salvar la errónea doctrina del *titulus* y *modus acquirendi*. Hopfner, Comentario, § 293. La primera equivocación se debe en gran parte al término multívoco "autonomía".

§ 7.

NACIMIENTO DEL DERECHO GENERAL

¿Cuáles son las causas de nacimiento del Derecho General o en qué consisten las fuentes jurídicas?

Se podría suponer que el nacimiento del Derecho sea diferente por completo según la influencia del azar o de la arbitrariedad humana, de su inteligencia y sabiduría. Pero a esta suposición se opone el hecho indudable que en todas partes donde aparezca en la conciencia una relación jurídica, desde hace largo tiempo existía para la misma una regla, que, por ende, no hace falta ni siquiera sería posible inventar. En atención a esta cualidad del Derecho general, en virtud de la cual siempre tiene ya existencia real y dada en cualquier estado en el que puede ser buscado, lo denominamos *Derecho positivo*.

Si a continuación preguntamos por el sujeto en el que y para el que el Derecho positivo tiene su existencia, lo encontramos en el Pueblo. El Derecho positivo vive en la conciencia común del Pueblo, y por ello habremos de llamarlo también *Derecho del Pueblo*. Pero no debemos imaginarnos que los diferentes miembros del Pueblo produjesen el Derecho mediante su arbitrariedad, puesto que tal arbitrariedad de los particulares pudiera tal vez escoger el mismo Derecho por casualidad, pero con más probabilidad elegiría Derecho muy diverso. Más bien se trata del espíritu del Pueblo que en todos los individuos juntos vive y actúa, y que produce el Derecho positivo. El mismo es, por ende, para la conciencia de cada individuo no casual sino necesariamente un solo Derecho. Al suponer un nacimiento invisible del Derecho positivo, debemos renunciar ya por esta sola

razón a toda prueba documental. Pero este defecto es común a nuestra opinión del nacimiento con cualquier otra, ya que hallamos ya en todos los Pueblos que aparecen dentro de los límites de la historia documental un Derecho positivo cuya producción genuina por ello se encontrará fuera de aquellos límites. Tampoco nos faltan pruebas de otra índole adecuadas a la naturaleza especial del objeto. Una tal prueba se encuentra en el reconocimiento general y uniforme del Derecho positivo y en el sentido de su necesidad interna, por el que la idea del mismo está acompañada. Este sentimiento plasma de la manera más decidida en la afirmación antiquísima de un origen divino del Derecho o de las leyes, puesto que no es imaginable siquiera una oposición más radical al nacimiento por azar o por arbitrariedad humana. Una segunda prueba se encuentra en la analogía con otras particularidades de los Pueblos que también poseen un nacimiento invisible y trascendente a los documentos históricos como p. ej. las usanzas de la vida social y sobre todo el lenguaje. Respecto al lenguaje se encuentra la misma independencia del azar y de la libre elección de los individuos; sólo que en él todo es más visible y claro que en el Derecho gracias a la naturaleza sensible del lenguaje. Es más; la naturaleza individual de los diferentes Pueblos sólo se determina y conoce por aquellas direcciones y actividades comunes, entre las cuales el lenguaje como la más visible ocupa el primer lugar.

La forma, en la cual el Derecho vive en la conciencia común del Pueblo, no es la regla abstracta, sino la contemplación concreta de las instituciones jurídicas en su contexto orgánico, de suerte que si es menester darse cuenta de la regla en su forma lógica, la misma ha de ser desprendida de aquella concepción total mediante un proceso artificial. Aquella forma se evidencia en los actos simbólicos que representan la esencia de las

relaciones jurídicas a fuerza de imágenes y en las cuales los genuinos Derechos de los Pueblos se expresan las más de las veces con más claridad y hondura que en las leyes.

La mencionada tesis del nacimiento del Derecho positivo prescinde todavía y por lo pronto de la vida de los Pueblos en el transcurso del tiempo. La influencia del tiempo sobre el Derecho consiste sobre todo en su robustecimiento. Por más tiempo que las convicciones jurídicas vivan en el Pueblo, con más profundidad arraigan en el mismo. Además, el Derecho se desarrollará por la práctica; y lo que al principio sólo existía en germen, llega por el uso a la conciencia en determinada forma. Pero también la modificación del Derecho puede operarse por este camino, puesto que lo mismo que no se advierte en la vida del hombre individual ningún momento de una parada completa sino un proceso orgánico, así también ocurre en la vida de los Pueblos y en cada uno de los elementos de los cuales esta vida común se compone. Así hallamos en el lenguaje un continuo desenvolvimiento y progreso; y otro tanto podemos afirmar del Derecho. Y también este progreso se rige por la misma ley de la producción en virtud de la fuerza intrínseca y de necesidad, con independencia del azar y de la arbitrariedad individual, de análoga manera que el nacimiento genuino. Pero el Pueblo no sólo experimenta en este proceso natural de desarrollo una modificación en sí, sino que la experimenta también en una determinada y regular continuación de las etapas; y en estas circunstancias posee cada etapa una relación particular con la expresión especial del espíritu del Pueblo, por la cual se produce el Derecho. Dicha expresión es más libre y fuerte en la época juvenil de los pueblos, en la cual la unión nacional aún es íntima y la conciencia de la misma generalmente divulgada, no empañada todavía por las di-

ferencias de la formación individual. Pero en cuanto la cultura de los individuos se hace más heterogénea y preponderante y en cuanto se realiza una separación más rigurosa de las ocupaciones, conocimientos y por ello de las profesiones. llega a ser más difícil la producción del Derecho que descansaba en la comunidad de la conciencia. Es más: desaparecería finalmente por completo, si en su lugar y por la influencia de las mismas nuevas etapas no se desarrollaran nuevos órganos: la legislación y la ciencia jurídica, cuya naturaleza expondremos en seguida en lo que sigue.

El desenvolvimiento del Derecho puede, por lo demás, encontrarse en las relaciones más diferentes con el Derecho que existía al principio. Pueden producirse nuevas instituciones jurídicas o pueden transformarse las antiguas; y estas últimas pueden inclusive desaparecer si se hallan divorciadas del sentido y de las necesidades de la época.

§ 8.

EL PUEBLO

Dijimos de manera provisional que la producción del Derecho se realiza por el Pueblo como su sujeto personal activo. Ahora nos toca determinar con más precisión la naturaleza de este sujeto.

Si al considerar la relación jurídica nos abstraemos de todo contenido concreto de la misma, queda como su esencia general la reglamentación determinada de la convivencia de varios hombres. Podría parecer natural contentarse con este concepto abstracto de una pluralidad en sí y concebir el Derecho como su invención sin la cual no pudiera existir la libertad exterior de ningún individuo. No obstante, una tal reunión casual

de una multitud indeterminada constituye una idea arbitraria y carente de toda verosimilitud; y si la multitud en efecto se congregara, adolecería necesariamente de la capacidad de producir Derecho, puesto que no coexiste siempre la necesidad y la fuerza de satisfacerla. En realidad, empero, encontramos que, dondequiera que los hombres convivan y en cuanto la historia nos informa, siempre se hallan en una comunidad espiritual que en el uso del mismo lenguaje se evidencia, robustece y desarrolla. La sede de la producción del Derecho se encuentra en esta totalidad natural, ya que la fuerza de satisfacer la necesidad arriba reconocida reside en el espíritu común del Pueblo que matiza a los individuos.

Sin embargo, los límites de estos Pueblos individuales son poco precisos y mudables; y este estado dudoso se patentiza también en la unidad o diferencia del Derecho por ellos producido. Tratándose de estirpes populares emparentadas, puede parecernos dudoso, si nos encontramos con Un Pueblo o con varios; igualmente habrá entre los respectivos Derechos, si bien no coincidencia completa, al menos parentesco.

Mas inclusive donde la unidad de un Pueblo sea indubitable, hallamos con frecuencia dentro de sus fronteras círculos más reducidos unidos por lazos especiales al lado de los generales del Pueblo entero, como p. ej. ciudades, pueblos, corporaciones de artesanos o de otra clase, que constituyen segregaciones especiales del Pueblo en su totalidad. También en estos círculos puede arraigar una producción jurídica particular expresiva del Derecho *particular*, al lado del Derecho común del Pueblo, que de este modo en algunos aspectos se completa o inclusive se transforma (a).

a) Así existieron en Roma Derechos consuetudinarios antiquísimos de diferentes *gentes* (véase Dirksen, Artículos civilísticos, tomo 2, pág. 90.

Esta opinión que reconoce al Pueblo individual como productor y soporte del Derecho positivo o real, puede parecer a algunos demasiado limitada, puesto que se inclinan a atribuir la producción del Derecho al espíritu común de la humanidad y no al espíritu de cada Pueblo individual. No obstante, ambas opiniones no parecen contradictorias a una investigación más precisa. Lo que opera en cada Pueblo individual no es sino el espíritu general de la humanidad que se evidencia en el primero de modo individual. Pero la producción del Derecho es una acción común; y ella sólo es realizable para aquéllos respecto de los cuales una comunidad del pensamiento y del obrar no sólo es posible, sino también efectiva. En atención a que tal comunidad sólo existe dentro de las fronteras de un Pueblo individual, también sólo dentro de ellas puede producirse el Derecho real, si bien en la producción del mismo se puede advertir la expresión de un instinto general humano de cultura y no la arbitrariedad particular de determinados Pueblos, de la que no se pueda encontrar en los demás el más mínimo rastro. El Derecho como producto del espíritu del Pueblo puede ser privativo de un Pueblo determinado o puede existir de manera uniforme en varios. Expondremos abajo (§ 22) cómo los romanos concibieron este fundamento general del Derecho popular como *Jus gentium*.

§ 9.

ESTADO, DERECHO DEL ESTADO, DERECHO PRIVADO, DERECHO PÚBLICO

El Pueblo al que tuvimos que atribuir como totalidad natural invisible límites indeterminados, no existe sin embargo en ninguna parte y en ningún tiempo de este

modo abstracto. En él opera más bien un instinto insostenible de patentizar la unidad invisible en una aparición visible y orgánica. El *Estado* es el cuerpo de la comunidad espiritual del Pueblo y con él tenemos a la vez fronteras rigurosamente determinadas de la unidad.

Al preguntar por el nacimiento del Estado, hemos de arraigarlo en una necesidad superior, en una fuerza operante desde dentro hacia fuera en analogía con lo que dijimos arriba del Derecho en general. Esta afirmación no se refiere sólo a la existencia de un Estado en general, sino también a la forma particular que el Estado en cada Pueblo reviste, puesto que también la producción del Estado es una clase de producción de Derecho, inclusive la suprema forma de toda producción de Derecho.

Desde el nuevo ángulo visual podemos dividir la totalidad del Derecho en dos esferas: *Derecho del Estado* y *Derecho Privado*. El primero se ocupa del Estado o sea de la aparición orgánica del Pueblo; el segundo se dedica a la totalidad de las relaciones jurídicas que rodean al hombre individual para que lleve dentro de ellas su vida interior y le dé una figura determinada (a). Entre ambos campos jurídicos no faltan tránsitos y parentescos. La familia p. ej. tiene en su estructura duradera así como en la relación de gobierno y obediencia una semejanza inconfundible con el Estado; y, por otro lado, también mucho se asemejan los municipios que no obstante constituyen verdaderos elementos del Estado (§ 86), a las relaciones de los individuos. No obstante, subsiste entre ambas materias una oposición muy determinada, ya que en el Derecho Pú-

a) L. 1 de J. et J. (I. 1.). *Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.* Véase L. 2, § 45 de orig. jur. (I. 2.).

blico aparece la totalidad como fin y el individuo como subordinado, mientras que en el Derecho Privado es fin en sí cada hombre individual, refiriéndose cada relación jurídica como mero medio a su existencia o a sus estados particulares.

Sin embargo, ejerce el Estado también una grande y variada influencia sobre el Derecho Privado, y en primer lugar sobre la realidad misma de su existencia. En el Estado recibe el Pueblo su verdadera personalidad o sea la capacidad de actuar. Si por tanto atribuimos al Derecho Privado fuera del Estado sólo una existencia invisible en sentimientos, pensamientos y costumbres comunes, en el Estado reviste vida y realidad por el establecimiento del cargo judicial. No queremos decir con ello que en la vida de los Pueblos exista realmente una época antes de la invención del Estado, en la cual el Derecho Privado tuviese esta naturaleza incompleta (estado de naturaleza). Al contrario cada Pueblo así que aparece como tal aparecerá a la vez como Estado, tenga la forma que sea. Nuestra afirmación se refiere, pues, sólo a aquel estado del Pueblo que nos queda en la mente, si lo abstraemos artificialmente de su cualidad de Estado. Con ello experimenta también su realidad y acabamiento la relación de los individuos con el Derecho general. El Derecho existe en el espíritu común del Pueblo (§ § 7, 8) o sea en la voluntad común que por ello lo es también de cada individuo. Pero el individuo puede gracias a su libertad sublevarse mediante lo que quiere para sí, contra lo que piensa y quiere como miembro de la totalidad. Esta contradicción es el entuerto o la infracción del Derecho, que tiene que ser destruída, si el Derecho quiere existir y dominar. Para que dicha destrucción se haga independiente del azar y se realice con seguridad regular, hace falta que se lleve a cabo dentro del Estado. Sólo en él puede enfrentarse la regla jurídica con el

individuo como una cosa exterior y objetiva. En esta nueva relación aparece la libertad individual capaz de realizar el entuerto como vinculada y sumergida en la voluntad común.

Pero aun prescindiendo de ello tiene el Estado la influencia más decidida sobre la producción del Derecho en el Derecho Privado; y ello no sólo respecto a su contenido de lo cual hablaremos más abajo, sino también en lo que atañe a los límites de la producción del Derecho, puesto que la comunidad del Pueblo será dentro del mismo Estado más íntima y eficaz; entre varios Estados, en cambio, aun siendo emparentados, menos íntima y obstaculizada de múltiple manera. El nacimiento de un Derecho particular de un determinado sector del Pueblo (§ 8) no resulta imposible dentro de la unidad del Estado, pero sí limitado por el hecho de que no se debe poner en peligro aquella unidad esencial. Sería erróneo sobreestimar en este respecto la influencia del Estado en comparación con otros factores, o llegar a afirmar que el Estado es la única causa. Así p. ej. existieron en la Edad Media después de la destrucción del Imperio Occidental-Romano varios Estados Germánicos con súbditos germánicos y romanos. El mismo Derecho Romano se aplicaba a los súbditos romanos de los diferentes Estados, mientras que los súbditos germánicos obedecían a Derechos al menos emparentados entre sí. Y esta comunidad jurídica más o menos completa no fué impedida por las fronteras de los Estados.

Para que la clasificación establecida de los Derechos vigentes dentro del Estado no parezca incompleta, es aun menester el siguiente complemento. No pienso limitar el Estado a los fines del Derecho; opino que la teoría no debe pretender limitar la libertad del desarrollo individual por el establecimiento de fines exclusivos de la actividad del Estado. No obstante, su pri-

mera y más urgente misión consiste en imponer el reinado de la idea del Derecho en el mundo visible. A ello se encauza una doble actividad del Estado. En primer lugar debe el Estado conferir protección al individuo lesionado en su derecho contra esa misma lesión. Las reglas que reglamentan esta actividad se denominan *proceso civil*. En segundo lugar, defenderá y restablecerá el Estado el Derecho infringido con prescindencia del interés individual. Ello se realiza por medio de la pena, por la cual la voluntad humana imita en el terreno limitado del Derecho la ley de la retribución moral que reina en la ley eterna (b). Las reglas que regulan esta actividad se llaman *Derecho Criminal*, de las cuales el proceso criminal sólo forma una parte (c). El proceso civil, el Derecho criminal y el proceso criminal son, por ende, partes del Derecho del Estado y como tales fueron consideradas entre los romanos. En tiempos recientes nos hemos alejado algo de dicha concepción, puesto que la aplicación del Derecho criminal ha sido confiada con frecuencia a los mismos cargos judiciales que la protección del Derecho Privado, por lo cual el tratamiento de ambos objetos ha tomado el mismo cariz. En el proceso civil se compenetra la actividad del Estado con los derechos de los individuos de tal forma que prácticamente no es posible realizar una separa-

(b) Por ello se puede decir que la ley general moral de la retribución reviste de modo limitado la naturaleza de una institución jurídica, y que como tal debe ser llevada a cabo por el Estado. Véase Hegel, *Derecho Natural*, §§ 102, 103, 220; Klentze, *Tratado de Derecho Penal*, págs. X a XVII.

(c) Depende del Derecho positivo de cada Estado en qué medida el Estado quiere ejercer este derecho inmediatamente o ceder el ejercicio del mismo al individuo lesionado al lado de la persecución de sus propios derechos. Este último tratamiento fué observado por las penas privadas del Derecho Romano. Un desarrollo más completo del Poder estatal conducirá en todas partes a que se abandone éste último camino.

ción completa. No obstante, no se modifica por ello la naturaleza indicada de dichas disciplinas jurídicas. Para expresar adecuadamente, por un lado, la esencia de las cosas y, por el otro, aquellas relaciones más prácticas, es usual y conveniente emplear al lado del nombre "Derecho del Estado" el término más general del *Derecho Público*, por el cual se comprende tanto el proceso civil como el Derecho criminal. En lo que sigue aplicaremos esta voz.

Diferente papel desempeña el *Derecho Eclesiástico*. Desde un punto de vista puramente secular aparece la Iglesia como cualquier otra sociedad; y lo mismo que otras corporaciones, en parte en el Derecho del Estado, en parte en el Derecho Privado, ocupan una posición dependiente y subordinada, lo mismo podría hacerse con la Iglesia. Sin embargo, no es posible tal tratamiento por la importancia trascendental de la Iglesia que domina la esencia más íntima del hombre. En las diferentes épocas de la Historia Universal han adoptado por tanto la Iglesia y el Derecho una actitud muy diversa con respecto al Estado. Entre los romanos el *jus sacrum* era una parte del Derecho del Estado y subordinado al poder estatal (d). La naturaleza ecuménica del cristianismo excluye este tratamiento meramente nacional. En la Edad Media intentaba la Iglesia subordinar a los Estados y dominarlos. Nosotros sólo podemos considerar a las diferentes Iglesias Cristianas como colocadas al lado del Estado y en múltiple e íntimo contacto con él. Por esta razón concebimos el Derecho Eclesiástico como un campo jurídico independiente que no se debe subordinar ni al Derecho Público ni al Derecho Privado.

(d) L. 1 § 2, de just. et jure (L. 1).

§ 10.

OPINIONES DISCREPANTES ACERCA DEL ESTADO

Nuestra tesis sobre el nacimiento y la esencia del Estado no cuenta, ni con mucho, con el general consentimiento.

Con frecuencia se concibe como sujeto del Estado el concepto indeterminado de una multitud en general, abstraído de la unidad del Pueblo. Pero esta afirmación se encuentra sobre todo en contradicción con el hecho de que en todos los tiempos los Pueblos aparecieron en la forma orgánica de Estados. En los casos en que se hizo un ensayo grande de congregar masas de hombres arbitrariamente sin tener en consideración la completa diferencia de estirpes como p. ej. en los Estados americanos de esclavos, el resultado ha sido muy desgraciado e ineludibles obstáculos se han puesto en el camino de la formación del Estado. En oposición a esta doctrina reiteramos nuestra tesis de que el Estado nace genuinamente y naturalmente en un Pueblo, *por y para* el mismo.

Otra opinión muy divulgada afirma que los Estados se crearon por el arbitrio de los individuos, o sea por contrato. El desenvolvimiento de tal doctrina conduce a consecuencias tan perniciosas como erróneas. Se cree que los individuos que juzgaron conveniente fundar precisamente este Estado, también podrían haberse quedado sin Estado o podrían haberse creado el Estado de otra manera o haber escogido cualquier otra constitución. Estas consideraciones no sólo hacen caso omiso de una unidad natural contenida en el Pueblo y de su necesidad intrínseca, sino también de la circunstancia de que dondequiera que se haga tal suposición, siem-

pre existe un Estado real como hecho y como Derecho. Por ello nunca se puede hablar, como aquellos autores pretenden, de la creación artificial del Estado, sino a lo sumo de su destrucción. Dos confusiones fomentaron sobre todo este error. En primer lugar, se advierte una gran variedad en la formación de los Estados, es decir de su elemento histórico e individual; variedad que se confundía con la libre elección y arbitrariedad de los individuos. En segundo lugar hay que tener en cuenta la confusión continua, frecuentemente inconsciente entre los diversos conceptos designados todos ellos con el nombre común de *Pueblo*. En efecto, este nombre denomina:

1º) La totalidad natural que realmente constituye al Estado en la cual éste existe; y respecto a la cual no cabe hablar de elección y de arbitrio.

2º) El conjunto de todos los individuos que coexisten en un Estado.

3º) Estos mismos individuos deduciendo de ellos al gobierno, o sea los que obedecen en oposición a los que gobiernan.

4º) En Estados republicanos como en Roma aquella asamblea organizada de individuos en la cual según la constitución descansa realmente el poder supremo.

Ahora bien, los autores que manejaban todos estos conceptos de modo confuso, se dejaban seducir a atribuir el Derecho ideal del Pueblo como totalidad natural (1) y el Derecho histórico del *populus* romano (4) al conjunto de los súbditos (3), con lo cual adjudicaron, invirtiendo toda verdad, el dominio a aquellos que en Derecho deben obedecer. Pero aun cuando no se dé este último paso y se deje el Derecho y el Poder al conjunto de todos los individuos actualmente existentes, inclusive los que gobiernan (2), poco se ha mejorado. Sobre todo hay que poner de relieve que los individuos no constituyen el Estado como tales y en virtud de su

número, sino sólo en su estructuración constitucional. Luego no se debe olvidar que los individuos nunca pueden querer y actuar en su totalidad sino siempre sólo en una selección reducida de modo que respecto a la mayoría (mujeres y menores) sólo nos queda el remedio de la vacía ficción de una representación. Finalmente abarcaría la totalidad de los individuos sólo los del momento actual, mientras que el Pueblo ideal, al que nos referimos, implica lo porvenir entero y posee por tanto una existencia imperecedera (§ 8).

No obstante existe en las opiniones rechazadas un elemento verdadero. Es cierto que el azar y el arbitrio ejercen una poderosa influencia sobre la formación de los Estados; y sobre todo se determinan sus fronteras por conquista y desmembración frecuentemente de modo diferente de las naturales dadas por la unidad del Pueblo. También es cierto que, por el contrario, el Estado asimila muchas veces un elemento heterogéneo, aunque la posibilidad de tal asimilación tiene sus condiciones y etapas, y aumenta sobre todo por cierto parentesco con el nuevo elemento y la perfección interior del Estado receptor. No obstante, todos estos acontecimientos, por frecuentes que sean en la historia, son meras anomalías. El Pueblo sigue siendo la base natural del Estado y éste nace de modo natural en virtud de la fuerza ínsita en el Pueblo. Si en este proceso natural de formación interviene un momento heterogéneo histórico, la fuerza moral y la salud del Pueblo lo pueden superar y asimilar. Pero si esta asimilación no se consiguiese, surgiría una situación morbosa. De esta manera se explica cómo lo que primitivamente era violencia y entuerto, poco a poco puede transformarse por la fuerza atractiva inherente al estado de Derecho en un elemento nuevo y legítimo. Pero resulta completamente condenable y absurdo el intento de presentar las anomalías perturbadoras que ponen a prueba la fuerza mo-

ral como el nacimiento verdadero de los Estados; y de buscar así la única salvación posible ante aquella doctrina peligrosa que afirma que los Estados surgen por el contrato arbitrario de sus miembros individuales (a). Respecto de este ensayo de salvación, difícil es decidir si es peor el remedio o la enfermedad.

§ 11.

DERECHO INTERNACIONAL

Si consideramos la relación entre diferentes Pueblos y Estados coexistentes, la misma nos parece a primera vista semejante a la relación entre diferentes individuos que se han encontrado casualmente, sin que se hallen ligados en una comunidad popular. Si cada uno de ellos es bien intencionado y bien educado, aplicará a la unión casual la conciencia jurídica que posee de su anterior estado; y establecerá así por su arbitrio un estado jurídico forzosamente más o menos imitado, trasladado. De análoga manera pueden varios Estados independiente aplicar arbitrariamente a su relación mutua lo que cada uno tiene como Derecho en cuanto sea adecuado y ello les parezca conveniente. No obstante, no se origina de esta manera Derecho. Sin embargo, también entre diferentes Pueblos puede surgir una comunidad de la conciencia jurídica semejante a la que engendra en un Pueblo el Derecho positivo. La base de esta comunidad espiritual consistirá en parte en un parentesco nacional, en parte y preferentemente en convicciones religiosas comunes. Sobre esta base descansa el *Derecho Internacional* que sobre todo existe entre los Estados cristiano-europeos; pero que tampo-

- (a) Haller. Restauración de la ciencia del Estado.

co era desconocido a los Pueblos antiguos, así p. ej. existía entre los romanos como *jus feciale*. También el Derecho Internacional es Derecho positivo. Pero por dos razones se trata sólo de una formación jurídica imperfecta. En primer lugar, por lo incompleto de un contenido seguro; y en segundo lugar, porque le falta aquel fundamento real que el Derecho de los diferentes miembros del mismo Pueblo posee en la autoridad del Estado y sobre todo en la magistratura (§ 9).

La cultura moral creciente basada en el Cristianismo empujará a cada Pueblo a aplicar algo analógico al Derecho Internacional positivo inclusive a Pueblos completamente extranjeros, los cuales no comparten este ánimo ni contestan con una conducta recíproca. Pero tal procedimiento reviste carácter meramente moral y no tiene la naturaleza de un Derecho positivo.

§ 12.

DERECHO CONSUETUDINARIO.

G. F. Puchta, Derecho Consuetudinario, tomos 1º y 2º, Erlangen, 1828, 1837/8. La producción del Derecho conforme la acabamos de exponer con el nombre: "Derecho del Pueblo" y que se realiza de modo invisible, sin que sea por ello posible reconducirla a un acontecimiento exterior y a un momento determinado, ha sido reconocida en todos los tiempos. No obstante, este reconocimiento quedó por regla general estéril por dos razones: se le adjudicó un puesto demasiado limitado y se concibió su naturaleza erróneamente. No podemos explicar lo primero sino más abajo en relación con el poder legislativo. Lo segundo se relaciona con lo que se denomina "Derecho consuetudinario".

Este nombre podía fácilmente sugerir la siguiente ge-

neología. Si en una relación jurídica había de ocurrir algo, lo que acontecía era primitivamente indiferente. El azar y el arbitrio determinaban una resolución cualquiera. Si luego el mismo caso se repetía, era mucho más cómodo volver a dictar la anterior decisión que elaborar otra nueva, procedimiento que con cada nueva repetición debía aparecer más cómodo y natural toda vía. Después de algún tiempo semejante regla llegaba a ser Derecho, aunque la regla al principio no tenía un título mejor de vigencia que la regla contraria. El fundamento del nacimiento de este Derecho fué, pues, sólo y exclusivamente la costumbre.

Si se contempla los verdaderos fundamentos de todo Derecho positivo, el núcleo inmutable del mismo, se llega al resultado de que la anterior doctrina invierte la verdadera relación de causa y efecto. El fundamento tiene su existencia y realidad en la conciencia del Pueblo. ¿Mediante qué medios podemos conocer esta existencia invisible? La conocemos en cuanto se evidencia en actos exteriores, en cuanto se patentiza en usanzas, hábitos, costumbres. La uniformidad de una conducta continuada y duradera nos revela como su raíz común, opuesta al mero azar, la convicción del Pueblo. La costumbre es, por tanto, el síntoma del Derecho positivo, pero no su causa de nacimiento. Sin embargo, también aquel error que convierte la costumbre en la causa de nacimiento del Derecho contiene un elemento verdadero, al que sólo hay que reducir a sus justas dimensiones. En efecto, al lado de aquellos fundamentos del Derecho positivo generalmente reconocidos e indubitados en la conciencia del Pueblo existen disposiciones detalladas que poseen una existencia menos segura. Para darles más consistencia hace falta conseguir mediante frecuentes repeticiones una conciencia más precisa del

Pueblo (a). Semejantes casos serán más frecuentes en un Pueblo respecto al cual la fuerza productora del Derecho no pertenece precisamente a sus características destacadas. Además, existen muchas disposiciones cuyo contenido es, de cierto modo, esencialmente, indiferente. Lo único que importa es que rija cualquier regla fija y que ésta sea conocida como vigente, sea la que fuere. A este grupo pertenecen los muchos casos en los cuales la regla jurídica implica cualquier número, en cuyos casos entre ciertos valores extremos siempre queda en pie un amplio margen del arbitrio; piénsese p. ej. en los plazos de la prescripción. También forman parte de este grupo las disposiciones referentes a la forma externa de un negocio jurídico. En todas éstas y en semejantes hipótesis se erige nuestro anterior pensamiento y querer en autoridad para toda futura aplicación hecha por nosotros mismos; y de esta forma repercute realmente la costumbre sobre la formación del Derecho. Nos encontramos aquí con la ley de la continuidad de los credos, actos y estados humanos, ley, que también en algunas instituciones jurídicas, ocupa un destacado lugar (b). La suposición de una costumbre que repercute sobre el Derecho mismo, sería para el mismo sólo desprestigiosa, si se concibiese la conducta repetida como inconsciente y determinada por mero azar externo. Si se considera, en cambio, la conducta como conscien-

(a) Puchta, II. p. 8, 9: "También para el Pueblo de cuyas opiniones jurídicas nace la costumbre, sirve la misma de cierto modo como espejo en que se refleja su propia manera de ser".

(b) La misma ley se revela en la carga de prueba (como condición de un cambio del estado actual), en la posesión, la usucapión, la prescripción de acciones, finalmente también en la fuerza de los antecedentes (§ 20); en todas partes, sin embargo, con mezcla y desarrollo especiales. En este lugar nos limitamos a indicar este punto de vista común. Le demostraremos al exponer las mencionadas instituciones jurídicas.

te y dimanante de la energía del espíritu, el descrito proceso no pone en peligro la dignidad del Derecho. Pero si bien se puede explicar el nombre de "Derecho consuetudinario" desde dos lados y justificarlo de cierta manera, es no obstante deseable emplearlo de manera menos exclusiva, puesto que lleva consigo desde siempre muchos malentendidos.

La costumbre es, pues, importante en dos aspectos: como síntoma del Derecho positivo y como causa productora concomitante. Sobre todo resultan fértiles y eficaces dos clases de acciones: las formas simbólicas de los negocios jurídicos y las sentencias de los tribunales populares(c). Las primeras ilustran el sentido de las instituciones jurídicas como totalidad; las segundas, provocadas por la oposición de pretensiones en litigio, tienen que concebir y exponer la relación jurídica necesariamente en límites rigurosamente delimitados.

(c) Acentúo en este lugar sobre todo a los *tribunales populares* en oposición a los tribunales profesionales de nuestros tiempos modernos que consisten a la vez en colegios duraderos (§ 14). Aquel carácter se encuentra de manera inconfundible en los tribunales germánicos de escabinos. Pero en el mismo grado merecen mención las "res judicatae" romanas; y ello no, como fácilmente se podría pensar, porque los "judices" eran personas particulares escogidos del Pueblo (puesto que la regla jurídica —y eso es lo decisivo— partió del praetor y no del iudex), sino porque el mismo praetor cambiaba anualmente y no pertenecía a una clase de juristas letrados, por lo cual encarnaba la opinión general del Pueblo. Por esta razón atribuyen los mismos romanos las "res judicatae" como fuentes jurídicas a los praetores como sus autores. Auctor ad Heren. II. 13. Pero todo ello se refiere sólo a los jueces ordinarios nombrados por el praetor para cada caso, individualmente o en número reducido. En cambio, en los juicios de los "centumvires" dimanaba la regla jurídica de los mismos juzgadores (a los cuales no se prescribía ninguna "fórmula"), y así surgió sobre todo la "querela inoficiosi".

Si por lo demás hemos afirmado que se puede considerar la costumbre del Derecho popular en algunos casos como medio de su conocimiento, nos referíamos a un conocimiento *mediato*, necesario para aquéllos que contemplen este Derecho de cierto modo desde fuera, sin pertenecer ellos mismos a los miembros de la comunidad dentro de la cual nació y continúa su vida duradera el Derecho del Pueblo (§§ 7, 8). Puesto que para los miembros no es necesario desprender el Derecho de los diferentes casos de la práctica, siendo su conocimiento inmediato y descansando sobre la intuición (§ 30).

§ 13.

LA LEGISLACIÓN

Aun si el Derecho positivo tuviese suprema seguridad y determinación, no obstante por error o mala voluntad se podría intentar sustraerse a su dominio. Por ello puede ser menester darle una existencia exteriormente conocible, por cuya virtud se descarte toda opinión individual y se facilite el combate eficaz de la voluntad torticera. El Derecho positivo, encarnado en el lenguaje y provisto de poder absoluto, se denomina *Ley* y su establecimiento pertenece a los derechos más nobles del poder supremo en el Estado. La legislación puede actuar tanto en el Derecho Público como en el Derecho Privado. En este lugar la contemplaremos preferentemente en este último aspecto.

El contenido de la ley está ya determinado por la anterior deducción del poder legislativo. Su contenido es el Derecho del Pueblo ya existente o, lo que es lo mismo, la ley es el órgano del Derecho del Pueblo. Si se quisiera dudarlo, se habría de concebir al legislador

como existiendo fuera de la Nación. Pero en realidad se encuentra el legislador en su centro. En el legislador se encarnan su espíritu, sus credos, sus necesidades. A él hemos de considerar como el auténtico representante del espíritu del Pueblo. Sería completamente erróneo imaginarse que esta situación del legislador dependa del establecimiento diverso del poder legislativo en esa o aquella constitución política. La relación actual entre el legislador y el Derecho del Pueblo no se ve afectada por el hecho de que la ley hecha por un príncipe, o por un senado, o por una asamblea mayor tal vez surgida a base de elecciones, o quizás por el consentimiento de varios de estos poderes. Los que sostienen que sólo una ley hecha por representantes elegidos contiene verdadero Derecho del Pueblo, incurren en la ya arriba censurada confusión de conceptos.

Esta tesis de la naturaleza y del contenido de la ley fué frecuentemente desinterpretada, como si se atribuyera al legislador un papel inferior, indigno de él; como si inclusive se quisiera tácitamente declarar que toda la actividad legislativa es superflua y aun nociva. Este malentendido se descarta del modo más seguro al demostrar en qué consiste la verdadera influencia de la legislación sobre la producción del Derecho y qué importancia particular cabe adjudicar a esta influencia. Tal influencia importante se revela sobre todo en dos aspectos: primero, como auxilio complementario del Derecho positivo; segundo, como apoyo de su continuo progreso.

En el primer aspecto recordamos lo que ya dijimos respecto del Derecho consuetudinario (§ 12). Pese a toda seguridad de los fundamentos del Derecho positivo muchos detalles pueden haberse quedado indeterminados; y ello sobre todo entre Pueblos cuyo talento e interés tiende más hacia otras direcciones que la pro-

ducción de Derecho. Además existen muchas disposiciones que, según su naturaleza contienen un cierto campo de acción para el arbitrio, como p. ej. todas aquellas que contienen como supuesto un determinado plazo. En todos estos casos se requiere un complemento del Derecho del Pueblo; y, si bien este complemento como indicamos más arriba puede ser dado por costumbre, puede ser realizado mejor, más rápida y más seguramente por la legislación.

Pero la influencia de la legislación sobre el progreso del Derecho es más importante aún que la ejercida sobre la genuina producción del Derecho. Bien es verdad que si por un cambio de las costumbres, opiniones o necesidades se hiciese precisa una alteración del Derecho existente o si en el decurso del tiempo instituciones jurídicas completamente nuevas se hiciesen necesarias, estos nuevos elementos podrían insertarse en el Derecho antiguo por la misma fuerza interior e invisible, que primitivamente produjo el Derecho. Pero no lo es menos que precisamente en este punto puede ser en extremo saludable e inclusive imprescindible la influencia del poder legislativo. En efecto, aquellas causas eficientes se realizan sólo poco a poco, por lo cual el Derecho de transición es necesariamente poco cierto; y esta incertidumbre puede ser descartada por el pronunciamiento de la ley. Además, todas las instituciones jurídicas se encuentran mutuamente relacionadas por causalidad recíproca de modo que cualquier proposición jurídica nueva puede producir imperceptiblemente una contradicción con otras reglas en sí no modificadas. Por estos hechos se hace necesaria una adaptación que casi es realizable con seguridad por reflexión e intervención intencionada o sea personal(a). La importancia de estas razones sube de punto en los

(a) Stahl, Filosofía del Derecho, II, 1 pág. 140.

casos en los cuales también ya el Derecho necesitado de una actual modificación fué corroborado por la antigua legislación, puesto que aquél posee la fuerza del Derecho escrito, fuerza resistente y en todas partes visible, que o impide por completo un progreso interior paulatino o le disminuye frecuentemente hasta un grado insatisfactorio(b). Finalmente se efectúan en la historia de todo Pueblo etapas genéticas y situaciones que no son ya favorables a la producción del Derecho por la conciencia común del Pueblo (§ 7). En estos momentos se encargará de esta actividad, de todas maneras imprescindible, en gran parte y automáticamente

(b) Este es el verdadero sentido del pasaje de Goethe, tantas veces desinterpretado:

heredan Leyes y Derechos. (Es erben sich Gesetz und Rechte).

Como una eterna enfermedad. (Wie eine ew'ge Krankheit fort).

Se transmiten de generación a generación (Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte).

Y se mueven lentamente de un lugar a otro. (Und rücken sacht von Ort zu Ort).

La razón se convierte en sinrazón, los beneficios en plaga. (Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage.)

¡Ay de ti que eres un nieto! (Weh Dir, dass Du ein Enkelbist.)

¡Del Derecho que nació con nosotros!) (Vom Rechte, das mit uns geboren ist).

¡Desgraciadamente nunca se trata. (Von dem ist leider! nie die Frage).

Bastantes veces se interpreta este pasaje como si contuviera una reprensión general del Derecho positivo y el sentimiento de que no reinara meramente el Derecho Natural. No afirmo que el poeta haya colocado los citados versos conscientemente en el mismo contexto de pensamientos en el que yo los inserto. No obstante pertenece a los privilegios del visionario producir inmediatamente por intuición interna lo que nosotros sólo podemos encontrar por el largo y penoso camino de los raciocinios coherentes.

la legislación. En ninguna época apareció esta última modificación de manera tan visible y súbita como bajo Constantino, a partir del cual la legislación imperial sumamente activa se hizo cargo del progreso del Derecho.

Se desprende de estas consideraciones que la legislación no posee de ninguna manera una importancia subordinada en comparación con el Derecho del Pueblo puro (es decir con aquel que no se ha transformado en leyes). Pero ahora nos toca denunciar el error opuesto que considera el Derecho del Pueblo sólo como un pobre sucedáneo de una legislación casualmente inexistente y del que no se debe seguir hablando así que ésta última haya surgido. La aplicación consecuente de esta doctrina lleva al resultado de juzgar imposible la modificación de una ley por nuevo Derecho del Pueblo (costumbre abrogatoria). Si se atribuye en cambio a ambas formas de la producción jurídica una misma dignidad independiente, se ve con claridad que la fuerza natural y formadora del Derecho del Pueblo no puede ser suprimida por la circunstancia en sí casual de que un anterior producto del mismo reviste la forma legislativa.

Prescindiendo del contenido de la ley, del que hemos tratado hasta ahora, habremos de tener en consideración especial también su forma. La misma se determina tanto en atención al hecho de que la ley dimana del poder supremo como teniendo en cuenta el poder absoluto con el cual la ley debe actuar. A esta génesis y a este efecto nada puede ser tan conveniente como la forma abstracta de la regla y del imperativo. Todo lo demás que pudiera relacionarse con ello como la justificación, la exposición, la persuasión, es ajeno a la naturaleza de la ley, y pertenece a otras esferas de la comunicación. Por ello, se origina una desarmonía entre la ley y la institución jurídica cuya naturaleza orgánica nunca puede ser agotada en aquella forma abstracta. No obstante, el legislador debe tener en su mente la intuición

más completa de la institución orgánica jurídica a fin de que la ley cumpla su misión, y debe desprender la disposición abstracta de la ley mediante un proceso artificial de aquella intuición total. De análoga manera hay que añadir a la ley, cuando de su aplicación se trata, dicho contexto orgánico mediante un proceso inverso, ya que la ley ofrece de él de cierto modo sólo un término medio. Aquella desarmonía y la necesidad del descrito proceso artificial aparece menos violenta, si la ley cumple sus misiones arriba expuestas de completar y de asistir, puesto que estos fines especiales revisten ya a su vez naturaleza abstracta y pueden por tanto ser agotados con más facilidad por la forma abstracta de la ley.

§ 14.

DERECHO CIENTÍFICO

Según el desarrollo natural de los Pueblos se segregan, en la medida del progreso de la cultura, diversas actividades y conocimientos, constituyendo así la profesión particular de capas sociales determinadas. También el Derecho, primitivamente patrimonio común de todo el Pueblo, se ramifica y detalla por las complejas relaciones de la vida activa, de suerte que no puede ser ya dominado por el conocimiento divulgado uniformemente entre el Pueblo. Entonces se constituirá una clase especial de los peritos en Derecho, la cual, ella misma elemento del Pueblo, representa a la comunidad en este campo del pensamiento. El Derecho no es en la conciencia particular de esta clase sino una continuación y desenvolvimiento particular del Derecho del Pueblo. Este lleva ahora una vida doble: con arreglo a sus rasgos fundamentales continúa viviendo en la

conciencia común del Pueblo; pero su desarrollo más detallado y su aplicación a los diferentes casos pertenecen a la profesión especial de los juristas.

Las formas exteriores de la actividad de dicha profesión reflejan su lento desarrollo. Al principio los juristas dan meros consejos en casos particulares, sea por dictámenes acerca de la resolución de un litigio (a), sea por la información sobre la acertada redacción de negocios jurídicos solemnes. Simultáneamente se encuentran como primeros ensayos literarios, por regla general, formularios o sea indicaciones mecánicas de la exacta ejecución de negocios jurídicos. Poco a poco se espiritualiza la actividad y se transforma en ciencia. Ahora aparecen como formas teóricas exposiciones del Derecho, en parte en múltiples libros, en parte como enseñanza oral. Las formas prácticas plasman en las sentencias de los tribunales, que se distinguen de las resoluciones de los antiguos Tribunales populares o por la cultura científica de los miembros o por la tradición de colegios permanentes.

Los juristas despliegan, por tanto, una doble actividad; una actividad material por concentrarse en ellos principalmente la producción jurídica del Pueblo, la que practican continuamente como representantes de la totalidad; y una actividad formal, puramente científica por llevar a la conciencia y exponer científicamente el Derecho, no importa el origen que haya tenido. Respecto a esta última función parece a primera vista la actividad de los juristas como dependiente que recibe su materia desde fuera. No obstante, produce la forma científica de la materia que tiende a revelar y rematar su unidad inherente, nueva vida orgánica que repercute a su vez sobre la materia, de suerte que la misma ciencia da lugar

(a) Al principio dictámenes orales de los "advocati" ante el Tribunal, luego "responsa" por escrito.

inconteniblemente a una nueva especie de producción jurídica. Cuán importante y sana esta repercusión formal de la ciencia sobre el Derecho puede ser, salta a la vista. Sin embargo, no carece de peligros. Ya en tiempos antiguos intentaron los juristas romanos establecer fórmulas generales para el tratamiento de muchas relaciones jurídicas, fórmulas que se transmitieron por tradición y que recibieron fama grande y duradera. Sobre todo nos conservó Gaio muchas de ellas. No obstante, ellos mismos (y con sus palabras Justiniano) llaman la atención sobre el peligro de la entrega incondicional a estas fórmulas (b); y las caracterizan como intentos de concebir el Derecho y de condensar su contenido, y no como fundamento del Derecho (c). En tiempos modernos llegó a ser la mencionada repercusión formal más frecuente, compleja y poderosa. He aquí precisamente el gran peligro de la redacción de un código completo: Inevitablemente petrifica el resultado temporal del enfoque formal sustrayéndolo de la purificación natural y de su dignificación por medio del desarrollo científico progresivo.

Si se analiza la relación de los juristas con el poder legislativo, ésta brinda diversos aspectos al observador.

(b) L. 202 de R. J. (50 17): "*Imnis definitio in jure civili periculosa est: parum (rarum) est enim, ut non subverti possit*".

(c) L. 1 de R. J. (50 17): "*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non (ut) ex regula jus sumatur, sed (ut) ex jure quod est regula fiat: quae, simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum*". Es decir: nunca debemos sacrificar una disposición concreta y razonable en aras de una regla científica. Por tanto cabe el reconocimiento de excepciones al lado de la regla, siendo lo que denominamos excepción en el fondo sólo el reconocimiento de una redacción incompleta de la regla. Otra naturaleza revisten las reglas generales de la ley, respecto a las cuales hemos de observar más cautela en la admisión de excepciones.

Los juristas tienen influencia sobre la legislación, sea porque el Derecho del Pueblo que ellos elaboran lo mismo que el Derecho del Pueblo primitivo se convierten en material de la legislación; sea en atención a la cultura jurídica de las personas que en las diferentes etapas de la legislación ejercen influencia. Por otro lado, los juristas trabajan sobre la ley y son mediadores de su aplicación a la vida real. En efecto, las formas libres y múltiples en las cuales los juristas se pueden mover, les hace posible exponer las reglas abstractas de la ley en el contexto orgánico de la institución jurídica que no se hace directamente visible en la ley, si bien la última partía también de su contemplación (§ 13). El trabajo científico facilita y asegura a la ley el dominio de las relaciones de la vida.

La influencia de los juristas sobre el Derecho positivo es, por ende, múltiple. Contra la afirmación de esta influencia se ha levantado a veces el reproche de una usurpación ilegítima. Este reproche tendría sólo fundamento, si los juristas quisieran constituir una casta cerrada. Pero como cualquier persona que realiza el esfuerzo necesario puede llegar a ser jurista, la mencionada afirmación contiene sólo el enunciado sencillo de que quien del Derecho hace su profesión tendrá más influencia sobre el mismo que los demás gracias a su mayor pericia.

Denomino esta manera especial de producir el Derecho "Derecho científico". En otro lado se habla de "Derecho de juristas".

Hemos sostenido que el desarrollo espiritual es supuesto del Derecho científico. No nos referimos sólo a un alto grado de cultura científica, puesto que puede ser suficiente un comienzo modesto. A nadie se le ocurre en general trazar en estas materias líneas divisorias nítidas. Más importante es la observación de que una relación semejante, si bien más limitada, puede deducirse ya de la constitución de un Estado, si ésta

faculta a una clase especial para conocer el Derecho a diferencia de las demás. Así se acepta en Roma una "Prudentium auctoritas", cuando todavía no existía ni la más leve señal de necesidades científicas, teniendo la misma relación con los conocimientos exclusivistas de los "pontífices" y por ello y a la vez con los privilegios de la clase de los patricios(d).

§ 15.

LAS FUENTES JURÍDICAS EN SUS RELACIONES MUTUAS. NATURALEZA Y ORIGEN DE SU CONTENIDO.

Se deduce de nuestra exposición hasta aquí que primitivamente todo Derecho positivo es Derecho del Pueblo y que la legislación (muchas veces ya en tiempos remotos) se colocó al lado de la genuina producción del Derecho en función complementaria y de asistencia. Cuando por el desarrollo progresivo del Pueblo, a la legislación se añade la ciencia jurídica, el Derecho del Pueblo se halla provisto de dos órganos: la ley y la ciencia, de los cuales cada uno lleva su propia vida. Si finalmente en tiempos tardíos la fuerza productora de Derecho disminuye en la totalidad del Pueblo, continúa sin embargo viva en estos órganos. En esta fase poco suele ser visible del antiguo Derecho popular en su forma primitiva, puesto que la mayor y la más importante parte del mismo estará ya elaborada en la legislación y en la ciencia, apareciendo inmediatamente sólo en esta última. De esta manera puede ocurrir que el Derecho popular se encuentra casi por completo tapado por la ley y por la ciencia, en las cuales conti-

(d) 2, § 5, 6. de orig. jur. (1.2). No nos toca en este lugar investigar hasta qué grado hemos de atribuir verdad a esta indicación histórica.

núa su existencia, por lo cual se olvida y desconoce con facilidad el verdadero origen del Derecho positivo existente(a). La legislación posee, sobre todo, en su potencia externa tal preponderancia que fácilmente se produce la apariencia engañosa de que fuera la única causa del Derecho, debiendo considerarse todo lo demás a su lado sólo en la situación inferior de un mero auxilio o sucedáneo. No obstante, un estado sano del Derecho existe sólo si las diferentes fuerzas productoras del Derecho colaboran, no aislándose ninguna de las demás. Y puesto que la legislación y la ciencia de modo ininterrumpido son elaboradas por individuos intencionada y conscientemente, es también de importancia que tengan ideas acertadas sobre la génesis del Derecho positivo y sobre la verdadera relación de las fuerzas que en ella operan, llegan a dominar y a mantenerse.

Esta relación interna de la legislación y de la ciencia con el Derecho popular, que también para aquellas ofre-

(a) Esta ocultación de la producción jurídica primitiva por formas tardías hacia las cuales la materia primitiva se ha desarrollado, se revela sobre todo en un constante uso lingüístico del Derecho Romano postclásico. Antes se indicaba como fuentes jurídicas: *Leges*, *plebiscita*, *Senatus consulta*, etc. Luego todo ello formaba partes desde hace mucho tiempo de los escritos de los famosos juristas. A su lado sólo existían y se renovaban continuamente las leyes imperiales. Por ello se dice que todo Derecho descansa en *Leges* o *Constitutiones* (leyes imperiales) y *Jus* o *Prudentia* (literatura jurídica). Así en varios pasajes del "Commonitorium" ante el Breviario de los godos del Occidente. Int. L. 2. C. Th. de dot. (3.13). Int. L. un C. Th. de resp. prud (1.4). Int. Cod. Greg. II. 2.1. *Edictum Theodorico* in epílogo. Prooem. Inst. § 2.4. Const. Deo auctore § 1.2.9.11. Const. Cordi. pr. § 1. L. 5. C. quorum appell. (7.65). Justiniani Sanctio pragmatica § 11 De analoga mane a decansa todo el Derecho inglés en dos bases: "statute law" y "common law". Lo que en Roma eran las leyes imperiales, son en Inglaterra las leyes dadas por el Parlamento.

ce el fundamento, hace sumamente necesaria una investigación más detallada de la naturaleza del contenido del Derecho popular. Encontramos en él un doble elemento: un elemento individual privativo de cada Pueblo; y un elemento general basado sobre lo común de la naturaleza humana. Ambos elementos hallan su reconocimiento científico y su satisfacción en la historia del Derecho y en la Filosofía Jurídica. Entre los autores que se ocuparon desde siempre de la naturaleza del Derecho, hay bastantes que trataron su idea como algo en sí existente, sin tener en consideración su desenvolvimiento en la situación real existente ni tampoco la influencia de sus pensamientos sobre esta situación. Sin embargo, también aquellos que intentaron dar a su trabajo científico una relación determinada a la situación jurídica real, han sido conducidos frecuentemente a un análisis unilateral del Derecho al reconocer sólo uno u otro de los dos elementos jurídicos. Unos concibieron el contenido del Derecho como casual e indiferente y se contentaron con la apercepción del hecho como tal. Los otros establecieron un Derecho normal que flota por encima de todos los Derechos positivos y que todos los Pueblos en sí harían bien en adoptar en lugar de su Derecho positivo. Esta última unilateralidad sustrae al Derecho toda su vida, mientras que la primera le niega toda dignidad superior. Evitamos ambas equivocaciones al estatuir una misión general cuya solución particular constituye la tarea histórica de cada uno de los Pueblos.

La lucha enconada en torno de estas oposiciones ha servido, por cierto, para llevarlas al conocimiento con más agudeza y determinación. Pero también condujo con frecuencia a desconocer unilateralmente el elemento verdadero en las aspiraciones de los adversarios. Puesto que no debemos olvidar que una investigación aparentemente limitada a detalles, puede revelar el sentido de la to-

talidad, de la importancia superior de las instituciones jurídicas. De análoga manera es posible que una indagación dirigida hacia lo general sea realmente penetrada de la intuición de la vida histórica de los Pueblos. Si se prescinde de los efectos del espíritu partidista (que son nulos y perecederos) y si se contempla las direcciones científicas de nuestra época en toda su pureza, es lícito albergar la idea agradable de una aproximación interior y por ello de un auténtico progreso.

La misión general de todo Derecho puede ser reducida sencillamente al destino moral de la naturaleza humana conforme la misma se expresa en la concepción cristiana de la vida. En efecto, no debemos reconocer sólo el Cristianismo como regla de la vida, sino que el mismo transformó realmente el mundo, de suerte que por ajenos e inclusive hostiles que nuestros pensamientos puedan parecer respecto a él, no obstante los domina y matiza el Cristianismo. Este reconocimiento de una meta más lejana no diluye el Derecho dentro de un campo más amplio y le priva de su existencia específica: El Derecho aparece más bien como un elemento muy particular en la serie de los supuestos de aquella misión general y domina dentro de su territorio con plena soberanía, estribando meramente su verdad superior en aquel lazo con la totalidad. El establecimiento de una meta es por completo suficiente; y no es de ningún modo necesario colocar a su lado otra segunda completamente diferente con el nombre del bienestar público: al lado del principio moral otro independiente de economía política. En efecto, este último aspira al ensanchamiento de nuestro dominio sobre la naturaleza, por lo cual aumenta y dignifica los medios para alcanzar los fines morales de la naturaleza humana. Pero no contiene él mismo un nuevo fin.

Si enfocamos desde este ángulo visual el Derecho positivo de determinados Pueblos, encontramos en su

producción en gran parte ambos elementos del Derecho, no como diferentes sino como una sola fuerza indivisa y creadora. Con cierta frecuencia, no obstante, se separan ambos colocándose en una determinada oposición, se combate y se limitan mutuamente para disolverse más tarde tal vez en una unidad superior. En esta oposición nos aparece el elemento especial o nacional y todo lo singular que esté contenido lógicamente en él, como la mera letra del Derecho ("jus strictum", "ratio juris") (b). Con tal restricción es dicho elemento incompleto y limitado; pero posee la capacidad de absorber en el curso del tiempo en medida creciente los principios más generales que le sean afines y de ensancharse de este modo. El elemento general a su vez aparece en diferentes formas. Dicho elemento entra en aparición en la forma más pura e inmediata en cuanto en él resulta eficaz la naturaleza moral del Derecho en general: o sea el reconocimiento de la dignidad y libertad del hombre igual en todas partes, la salvaguardia de esta libertad mediante instituciones jurídicas junto con todo lo que surge de la naturaleza y de la determinación de estas instituciones por consecuencia práctica y que los autores modernos llaman "naturaleza de la cosa" ("aequitas" o "naturalis ratio"). El elemento jurídico general aparece de modo más mediato y mezclado 1º) como observación de fines morales fuera del campo jurídico ("boni mores"), en el Derecho más moderno también de fines eclesiásti-

(b) Indicamos en este pasaje los términos técnicos romanos, no con el fin de fijar históricamente los conceptos existentes entre los romanos, sino para arrojar luz sobre la exposición general presente por el recuerdo de aquellos términos técnicos conocidos. Su relación con los conceptos fundamentales del nacimiento del Derecho dominantes entre los romanos se analizará en el § 22. La consecuencia lógica es expresada muy claramente en el siguiente pasaje: L. 51. § 2, ad L. Aquil (9.2.) "Multa autem jure civili, contra rationem disputandi, pro utilitate communi recepta esse".

cos; 2º) como observación del interés del Estado ("pública utilitas, quod reipublicae interest"); 3º) como atenciones paternales del bienestar del particular ("ratio utilitatis"), p. ej. fomento del tráfico, protección de algunas clases como mujeres e hijos contra peligros especiales. Después de esta visión de conjunto podemos clasificar también las causas de nacimiento del Derecho de la siguiente manera: Ellas descansan o en el terreno jurídico aisladamente considerado ("jus strictum" y "aequitas") o simultáneamente en la colaboración con otros principios que no se encuentran dentro de los límites de aquel campo, si bien tienen de común con él la meta general ("boni mores" y toda clase de "utilitas").

Este reconocimiento de ambos elementos de todo Derecho positivo, del elemento general y del individual, abre a la vez a la legislación una nueva y sublime misión. Puesto que precisamente en los efectos recíprocos entre ambos elementos estriba el motivo más importante del Derecho popular progresivo. Lo que importa es ver con toda claridad la meta general y aproximarse a ella sin debilitar la fuerza fresca de la vida individual. En este camino hay que arreglar muchos desperfectos, superar bastantes obstáculos, y en esta tarea puede el poder legislativo prestar auxilio muy bienhechor al espíritu popular que invisiblemente trabaja. Sin embargo, ninguna actividad requiere tanta cautela, para que la opinión unilateral y el arbitrio no desplace el Derecho vivo que progresa. En esta ocasión, sobre todo, precisa el legislador el sentido de la verdadera libertad, del que muchas veces adolecen aquellos precisamente que frente a los demás se vanaglorian de él.

§ 16.

DERECHO ABSOLUTO Y DERECHO MEDIADOR, DERECHO NORMAL Y ANORMAL.

Al considerar los elementos del Derecho objetivo encontramos dos oposiciones cuya exposición ya nos incumbe en este lugar, puesto que ejercen una influencia múltiple sobre las doctrinas siguientes.

En primer lugar, analicemos la relación en la que se encuentran las reglas jurídicas con las relaciones jurídicas por ellas dominadas (§ 5). En este punto existe la siguiente oposición. Una parte de las reglas jurídicas debe reinar con necesidad inalterable, sin dejar campo de acción al arbitrio individual. Las denominó reglas jurídicas *absolutas* o *imperantes*. El fundamento de esta necesidad puede estribar en la naturaleza del mismo organismo jurídico conforme se expresa en el Derecho positivo, o en fines políticos y de economía política o también inmediatamente en consideraciones morales (§ 15). Otra parte de las reglas concede en principio libre poder a la voluntad individual; y sólo donde la voluntad ha dejado de ejercer su poder se coloca la regla jurídica en su lugar para dar a la relación jurídica la necesaria determinación. Estas reglas a las cuales se puede considerar como interpretaciones de la voluntad que quedó imperfecta, las denominó reglas *mediadoras*. Los juristas romanos reconocieron esta oposición de modo muy determinado. Designan las reglas de la primera clase las más de las veces como "jus publicum" (a), también como "jus" sencillamente (b), como "jus commu-

(a) L. 38 de pactis (2.14), L. 20 pr. de relig. (11.7), L. 42 de op. lib. (38.1), L. 45, § 1 de R. J. (50.17) etc.

(b) L. 12, § 1 de pactis dot. (23.4), L. 27 de R. J. (50.17).

ne" (c) o "juris forma" (d). Para las reglas de la segunda clase, cuya naturaleza resulta en la mayor parte de los casos de la misma oposición, no poseen un término tan usual (g). Los autores modernos piensan en parte en los mismos conceptos al dividir las leyes e imperantes, prohibitivas y facultativas (h). En lo que atañe a esta división hemos de reprender primeramente la limitación a leyes, ya que la misma oposición existe en el Derecho consuetudinario. Además, las leyes imperantes y prohibitivas se distinguen meramente por la forma lógica de la afirmación y de la negación, circunstancia en sí indiferente e inidónea para apoyar una división. Finalmente y respecto a la tercera categoría, hay que poner de relieve que lo decisivo no es el permiso sino el complemento de una determinación voluntaria defectuosa. La actividad de permitir algo podría sólo tener sentido respecto a una prohibición presupuesta; sea que la suprima por el permiso, sea que la limite a título de excepción. En efecto, se suele referir preferentemente esta categoría a leyes en las cuales se reconoce a personas determinadas capacidad de obrar, es decir, a leyes negativas de una negación. Entre los citados términos

(c) L. 7, § 16 de pactis (2.14).

(d) L. 42 de pactis (2.14), L. 114, § 7 de leg. 1 (30), L. 49, § 2 de fidej. (46.1).

(e) L. 27, § 4. L. 7, § 14 de pactis (2.14) publica causa, res publica.

(f) Consultatio, § 4 en varios pasajes.

(g) Res. familiaris, privata, ad voluntatem spectans. L. 7, § 14. L. 27, § 4 de pactis (2.14). L. 12, § 1, de pactis dot. (23.4). L. 27 de R. J. (50.17). De la distinción entre ambas clases de reglas jurídicas se tratará en el capítulo cuarto.

(h) Glück, I, § 14. El origen de esta distinción descansa en L. 7 de leg. (1.3) donde sólo se enumera un eslabón más: "Legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire". Pero este pasaje da sólo una modesta visión de conjunto sobre la manera de eficacia de las leyes y no el fundamento de una clasificación.

técnicos se encuentra uno que requiere aun una exposición más detallada por haber producido su ambigüedad grandes confusiones. Me refiero a la voz "publicum jus". "Publicum" en general es "populicum": lo que tiene relación con el "populus". Este concepto fundamental produce las siguientes variedades. Primero, el término puede referirse al "populus Romanus" (lo que es el significado normal) o al "populus" de una ciudad particular (i). Segundo, "publicum" puede referirse al "populus" como totalidad (como "ager publicus", la "bonorum publicatio", etc.) o a todos los miembros del mismo (como las "res publicae" en el uso común de los individuos) (k). Lo que atañe especialmente el "publicum jus", este término puede designar relaciones completamente diversas del "jus" al "populus". Así significa "publicum jus" en primer lugar el Derecho Público, es decir las reglas jurídicas, cuyo objeto es el "popular" (§ 9.a); además, en general las reglas jurídicas (el Derecho objetivo) que *nacen* por el reconocimiento del "populus" (§ 7, 8) (l); finalmente, aquellas reglas del Derecho Privado en las cuales está interesado el "populus" ("publice interest, publica utilitas") y las cuales por ello son independientes del arbitrio individual o sea las reglas jurídicas absolutas (nota a). Sin embargo, el término "publicum jus" no se aplica sólo a las reglas jurídicas (el Derecho objetivo), sino también a las facultades de los individuos (derecho subjetivo). Así pertenece al "publicum jus" el disfrute de los ríos y carreteras militares que es común a todos

(i) L. 15 de V. S. (50.16), L. 16 cod. L. 9 de usurp. (41.3).

(k) L. 5 pr. de div. rer. (1.8), L. 7 § 5. L. 14 pr. L. 30, § 1. L. 65, § 1 de adqu. rer. dom. (41.1). L. 6 pr. L. 72, § 1 de contr. emt. (18.1), L. 45 pr. de usurp. (41.3).

(l) L. 8. de tut. (26.1), L. 77, § 3 de cond. (35.1), L. 11, § 1 de R. J. (50.17), L. 8.14. C. de Judaeis (1.9).

(m). También se llaman "publica jura" los derechos que corresponden a los individuos como senadores, como miembros de la asamblea popular, etc. (n). El descuido de estos diferentes sentidos afines produjo, no raras veces, confusiones (o).

Una segunda oposición se relaciona con el diferente origen de las reglas jurídicas, según que las mismas nazcan en el campo del Derecho puro (ora "jus" ora "aequitas") o en un terreno ajeno al mismo (§ 15). Estas últimas intervienen en el Derecho como elementos extraños, modificando sus principios puros y dirigiéndose, por tanto, "contra rationem juris" (p). Las denomino por tanto reglas *anormales*. Los romanos las llamaron "jus singulare" y localizan su causa de nacimiento en la "utilitas" o "necessitas" diferentes del Derecho (q). El Derecho engendrado en el campo ju-

(m) L. 1, § 16, 17. L. 3, § 4. L. 4 de O. n. n. (39.1). Semillante reza L. 40 ad. L. J. de adult. (48.5).

(n) L. 5, § 2. L. 6 de cap. min. (4.5.).

(o) En gran parte se basa en ellas la obra de Burchardi, Rasgos fundamentales del sistema jurídico de los romanos, desarrollado de sus conceptos del Derecho Público y Privado (Bonn, 1882). Dicho autor considera todo el Derecho de personas como "jus publicum", el Derecho de cosas como "jus privatum" y el Derecho de acciones como mezclado de ambos. La idea fundamental me parece errónea. No obstante, su aplicación sutil otorga al libro valor instructivo.

(p) L. 14. 15. 16 de leg. (1.3), L. 141 pr. de R. J. (50.17). En el fondo se trata de la misma opinión fundamental, expuesta ya por Thibaut, Ensayos, II, número 13.

(q) L. 16 de leg. (1.3). "Jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est". El nombre de "jus singulare" se encuentra también en L. 23, §3 de fid. lib. (40.5). L. 23, § 1, L. 44, § 1, de adq. poss. (41.2). L. 44, § 3 de usurp. (41.3). L. 15 de reb. cred. (12.1) ("Singularia quaedam recepta"). "Utilitas" (v. arriba § 15) como causa de nacimiento también en L. 44, § 1, cit. L. 2, § 16 pro. emt. (41.4). - "Necessitas" (no diferente esencialmente de "utilitas") en L. 162 de R. J. (50).

rídico lo llamo el Derecho *regular*. Ordinariamente los romanos ni siquiera lo designan expresamente. No obstante, encontramos a veces los términos "jus commune" (r). La designación más frecuente entre los romanos del "jus singulare" se hace por la voz "privilegium". Así se habla de los privilegios de los soldados respecto a testamentos (s), de varias personas respecto a excusas de la tutela (t), y sobre todo con especial frecuencia de diferentes acreedores en el concurso (u), sobre todo del fisco, de los incapaces, de los derechos dotales, etc. o sea entre otros de aquellos créditos que más tarde consiguieron la ventaja todavía mayor de un derecho prendario tácito (v). En todos estos casos significa "privilegium" exactamente lo que acabamos de exponer como sentido de "jus singulare". Al intentar a exponer con más perfeccionamiento el carácter de este "jus singulare", el mismo nos parece primeramente co-

17). - A veces se habla de "benigne receptum", L. 34 pr. mandati (17.1). Véase Brissonius, v. benigne y benignus. - En varios otros pasajes se llama este Derecho singular y meramente positivo "jus constitutum", o sea sin referencia a constituciones imperiales como causa de nacimiento. L. 25 de don. int. v. et. ux. (24.1). - L. 1 rer. am. (25.2). - L. 20, § 3 de statu lib. (40.7). L. 94 pr. § 1 de cond. (35.1). Alciati, parerg. VII. 26. (En otros pasajes, por cierto, "jus constitutum" significa el Derecho de las constituciones. L. 1, § 2 quae sent. 49. 8. En este aspecto son dudosos Fragn. Vat. § 278, y L. 22, C. de usur. (4.32). - La oposición a este Derecho singular se llama entonces "jus vulgatum". L. 32, § 24 de don. int. vir. (24.1).

(r) L. 15 de vulg. (28.6).

(s) L. 15 de vulg. (28.6), L. 40 de admin. (26.7).

(t) L. 30, § 2 de excus. (27.1). Fr. Vatic. § 152. Sin embargo, en ellos el término no es frecuente.

(u) Así en todo el título de reb. auct. jud. (42.5), sobre todo L. 24. § 2.3. L. 32. Se llaman aquí "privilegiarii".

(v) Nuestra expresión especialmente frecuente de las hipotecas privilegiadas es usual entre los romanos.

mo meramente positivo de suerte que las más de las veces puede ser reconducido a la voluntad de un legislador determinado (w). En casos más raros se considera como producto de concepciones nacionales antiquísimas o sea sin origen conocido; así p. ej. la prohibición de la donación entre cónyuges que no se basa en un principio jurídico sino en concepciones morales (x). Además, el Derecho anormal se encuentra respecto al normal como la excepción respecto a la regla. Pero esta relación es sólo derivada y no contiene la esencia del asunto. Finalmente parece el Derecho anormal (lo que ya se basa en su carácter como excepción) siempre como limitado a determinadas clases de personas, cosas o negocios jurídicos. Pero esta relación es todavía indeterminada, puesto que tales clases se pueden formar arbitrariamente; así p. ej. se aplica todo el Derecho de la compra-venta sólo a las clases de compradores y vendedores. La mencionada relación es además, como lo era antes el carácter de excepción, de índole meramente acesoria; y muchos autores se equivocan, por tanto, por completo, si ven en ello la esencia del "jus singulare". Si así fuese, debería ser posible la inversión del enunciado de modo que todo Derecho de clases especiales habría de ser siempre un "jus singulare". Pero ello no es así en absoluto. Así p. ej. se refiere la usucapión justinianea de tres años sólo a muebles; y, no obstante, no se trata de un "Jus singulare". El privilegio de los incapaces respecto a la "actio tutelae" constituye un jus singulare", en cambio, no lo es su incapacidad. El SC. Vellejanum es un "jus singulare" de las mujeres; en cambio, no lo es su capacidad exclusivista de unirse con hombres mediante el lazo jurídico del matrimonio. Por tanto, no se caracteriza el "jus singulare" por su limitación a determinadas

(w) "Auctoritate constituentium". Véase nota (q).

(x) L. 1 de don. int. vir. (24.1).

clases. En la relación más ordinaria con una sola clase de personas el fin no se dirige, como en el Derecho normal ("aequitas") a un tratamiento igual de todos los interesados, sino más bien a consecuencia de la "utilitas" que interviene en el Derecho desde fuera, o a una ventaja o a una desventaja de esta clase. En el primer caso que es el más frecuente aquel Derecho se llama también "beneficium" (y). Ejemplos del último caso son los Derechos especiales de los herejes y de los judíos, importantes en el Derecho romano moderno. En virtud de esta exposición el concepto del "jus singulare" es general y no histórico. Sin embargo, dicho concepto puede aceptar un carácter histórico, puesto que puede asimilar un principio primitivamente ajeno al Derecho de modo que lo que originariamente se consideraba como "utilitas", se concibe en el decurso del tiempo como "ratio juris". Así ocurrió sin duda alguna en lo que atañe a la adquisición de la posesión por personas libres intermediarias; y también los "singulares" en el préstamo deben interpretarse según parece conforme a este criterio (z).

Una gran confusión se produjo por la mezcolanza entre el "jus singulare" y lo que hoy llamamos normalmente "privilegios" o sea con las excepciones individuales de la aplicación de reglas jurídicas determinadas por el poder supremo del Estado. Para esclarecer este punto es menester separar rigurosamente la relación de los conceptos de la terminología (aa). Tales excepciones individuales no son en absoluto elementos del Derecho general y se distinguen, por ello, completamente del "jus singulare". Tienen

(y) P. ej. L. 1, § 2 ad munic. (50.1).

(z) L. 1 C. de adqu. poss. (7.32). L. 53 de adqu. rer. dom. (41.1). L. 15. de reb. cred. (12.1).

(aa) Estos derechos serán expuestos abajo al analizarse la aplicación de las leyes.

con él de común la naturaleza de ser excepciones de una regla; además el nacimiento por declaración unilateral del poder legislativo. Pero esta última semejanza es sólo casual y no general, puesto que dichas excepciones pueden originarse también por contratos. Con la terminología ocurre lo siguiente. En el lenguaje más antiguo se llaman estas excepciones individuales efectivamente "privilegia" (bb). En nuestras fuentes jurídicas es "privilegium", en cambio, la designación regular del "jus singulare" y aparece, como antes dijimos, en un gran número de pasajes. En cuanto a las excepciones individuales, pocas veces son mencionadas en las fuentes jurídicas; y donde aparecen, no son designadas por un término técnico especial, sino son meramente descritas (cc) y llamadas ora "personalia constitutiones" ora "privata privilegia" (dd).

(bb) Así en varios pasajes de Cicerón (Ernesti v. privilegium) Gelius X. 20. - V. Dirksen, Trabajos civilísticos, tomo I, p. 246 y ss.

(cc) L. 3 in f. C. de leg. (1.14) Const. Summa § 4.

(dd) L. 1, § 2 de const. princ. (1.4). L. 4. C. Th. de itin. mun. (15.3). V. § 24.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts (tomo I, Berlín, Bei Veit und Comp., 1840).

LIBRO PRIMERO

CAPITULO CUARTO: INTERPRETACION DE LAS LEYES

§ 32.

CONCEPTO DE LA INTERPRETACIÓN

División en interpretación legal y doctrinal.

Hasta aquí se consideró el contenido de las fuentes jurídicas como la regla jurídica independiente, por consiguiente como algo dado. Pero para que esta regla pase a la vida, es menester que hagamos algo de nuestra parte, que la captemos de determinada manera. Esta recepción de la norma en nosotros puede dar lugar a las aplicaciones más diversas: en el hombre científico a la elaboración de la ciencia en múltiples formas; en el juez a sentencias y su ejecución; en el particular al establecimiento de sus relaciones vitales en determinada forma. La particularidad de cada una de estas elaboraciones es ajena a nuestra tarea; pero a todas ellas les es común el modo determinado de recoger el contenido de las fuentes jurídicas, y este carácter común será expuesto en la presente sección.

Lo que se exige de nosotros es una actividad espiritual, en otras palabras y por sencilla que parezca una actuación científica, principio y fundamento de la ciencia jurídica. Arriba se trató de ella como de un principio co-eficiente de la producción jurídica. En este lugar aparece la ciencia jurídica de modo inverso recogiendo el Derecho que se engendró con independencia de ella y llevándolo a plena conciencia.

Tal recepción del Derecho es imaginable y necesaria en todas clases de fuentes jurídicas. Pero la misma es más sencilla en lo que atañe al Derecho consuetudinario y al Derecho científico. Bien es verdad que existen errores muy influyentes acerca de la naturaleza de éstas clases de producción jurídica; y más arriba los hemos expuesto. Pero después de descubrir y esquivar estos errores, no nos hace falta una enseñanza sobre la recepción del Derecho. La situación es diferente en lo que a la ley concierne, puesto que en este caso reviste la recepción muchas veces una naturaleza muy compleja. Por esta razón hemos denominado la presente sección especialmente: *"la interpretación de las leyes"*.

La actividad intelectual libre contenida en la interpretación tiende a que conozcamos la ley en su verdad, es decir, que se nos hace evidente mediante un procedimiento regular. La interpretación de la ley es siempre necesaria para que la misma intervenga en la vida; y esta su general necesidad constituye a la par su justificación. La interpretación no depende, por tanto, como muchos opinan, de la casual circunstancia de la oscuridad de una ley (§ 50). Es cierto, que la interpretación en caso de oscuridad de la ley puede resultar más importante y eficaz. Pero aquella cualidad de la ley constituye una imperfección; y es preciso partir de la consideración del estado normal para poder encauzar con seguridad del estado patológico. Tampoco, por el otro lado, impide un alto grado de oscuridad la interpretación de la ley

(a). Tenemos que afirmar, al contrario, que, sobre todo el juez, conforme a la naturaleza general de su cargo, nunca se debe abstener por la oscuridad de una ley de formarse una opinión determinada sobre su contenido y de fallar conforme a esta opinión. En efecto, también los hechos pueden ser muy dudosos en un litigio, sin que por ello sea lícito al juez denegarle justicia. Y entre ambos elementos de la sentencia (regla jurídica y hechos) no existe en nuestro problema una diferencia esencial. Por consiguiente, juzgamos completamente adecuada a la naturaleza del cargo judicial la disposición expresa del Derecho francés que prohíbe al juez denegar justicia a causa de la ausencia de una ley o de una ley oscura o defectuosa (b).

En un caso, no obstante, no es admisible aquella actividad libre, a saber si la concepción de una ley forma a su vez el objeto de una nueva regla jurídica. Si por tanto se determina por una ley nueva o también por un verdadero Derecho consuetudinario de qué manera ha de entenderse una ley más antigua, resulta inadmisibles aquella actividad interpretativa libre; y cada cual debe concebir y aplicar aquella ley en el sentido indicado, aunque esté convencido de lo erróneo de dicha interpretación. Los autores modernos llaman este procedimiento, según que se base en la ley o en Derecho consuetudinario (c), interpretación *auténtica* o *usual*; y oponen ambas interpretaciones como interpretación *legal* a la *doctrinal*, o sea a la actividad libre o científica

(a) La conexión de esta tesis con los preceptos del Derecho Justiniano será expuesta más abajo. Véase § 48.

(b) Code civil, art. 4º.

(c) Este Derecho consuetudinario interpretativo revestirá siempre a la par la naturaleza del Derecho científico (§14, 20), puesto que una conciencia popular general acerca de la concepción de una ley particular es sólo imaginable en los casos más raros.

arriba descrita. La concepción básica de estos términos técnicos es acertada en cuanto se enfoca exclusivamente la última meta, a saber el contenido de la ley al que se debe reconocer. En este supuesto se llama interpretación todo medio encaminado hacia este fin; y este concepto está sometido a la división recién mencionada. Si se contempla, en cambio, la naturaleza del procedimiento, hay que partir forzosamente del concepto arriba estatuido de la interpretación como de una actividad libre, provocada general y necesariamente por las mismas determinaciones de una ley. En efecto, toda ley debe realizarse en la vida, lo que desde luego sólo es posible mediante su concepción espiritual, y no se puede considerar ciertamente como el estado natural que a cada ley siga otra que determine el sentido de la anterior. Pero aun si este método fuese el natural, resultaría imprescindible aquella actividad libre hasta la publicación de la nueva ley. Si se parte, por consiguiente, del concepto básico de la interpretación como de una actividad libre, aparece la llamada interpretación legal, no como una especie coordinada del mismo género, sino al contrario como exclusión o prohibición de aquella actividad libre. Y este enfoque se demuestra también como acertado por poner de relieve clarísimamente la verdadera e innegable relación de regla y excepción. Por tanto, entendemos a partir de ahora por interpretación sólo y exclusivamente la llamada interpretación doctrinal. Autores modernos, en cambio, invierten directamente la relación de regla y excepción. Afirman que toda interpretación sea esencialmente un modo de la legislación, por lo cual sólo mediante la delegación de parte del poder supremo podría llegar a determinadas autoridades o, con más razón todavía, a particulares (d). Esta afirmación tiene contacto con

(d) Zachariä, Hermeneutik des Rechts, Meissen, 1805, ps. 161 a 165.

otras ideas de autores modernos, según las cuales la interpretación no se mantiene dentro de las fronteras de una concepción pura y verdadera, sino que en realidad llega a ser una transformación de la ley. Pero sobre este particular podemos hablar sólo más abajo.

La interpretación es un arte y su enseñanza se facilita mediante los magníficos ejemplos de la época antigua y moderna que poseemos en abundancia. En cambio, resulta incomparablemente más defectuoso lo que hasta ahora se ha establecido como teoría de la interpretación. Dicha imperfección de la teoría es contingente. Sin embargo, destacamos el hecho de que es importante no engañarse sobre el valor de tamaño teoría, aunque fuese la mejor, puesto que este arte como ningún otro puede ser comunicado o adquirido por reglas. Lo que podemos hacer es explorar mediante la investigación de excelentes modelos en qué consiste su excelencia; y así agudizaremos nuestro sentido para lo que es importante en la interpretación y aprenderemos a dirigir nuestros esfuerzos hacia los verdaderos problemas. Por consiguiente, lo que podemos esperar de lograr mediante la teoría es, como en todo arte, lo que acabamos de exponer y, además, evitar algunas posibles desviaciones.

También aquí hemos de investigar de nuevo el importante problema de si las disposiciones del Derecho Romano sobre la interpretación poseen fuerza vinculatoria en cuanto dicho Derecho esté en vigor. Arriba (§ 27) hemos planteado y negado esta cuestión en lo que atañe a la elaboración del Derecho mismo. Aquí se trata de la relación del individuo con las fuentes del Derecho; y por ello es posible contestar ambas interrogantes, si bien indudablemente enparentadas, de modo diverso. Pero en este lugar no es aún posible una contestación agotadora del mencionado problema. Por esta razón emplearemos provisionalmente, en el curso de la exposición de esta teoría, las proposiciones del

Derecho romano, pero prescindiendo por el momento de la cuestión de si se trata de leyes vinculantes o sólo de una importante autoridad.

El tema de este capítulo consta de dos partes: en primer lugar, de la consideración de la interpretación de las diferentes leyes; en segundo lugar, de la del hontanar en su totalidad. En efecto, puesto que el hontanar tiene el destino de hacer posible el dominio completo del Derecho, hay que hallar en él tanto unidad como plenitud hermética. La primera exigencia pide el alejamiento de todas las contradicciones; la segunda reclama que se llenen todas las lagunas.

§ 33.

A. LA INTERPRETACIÓN DE LEYES PARTICULARES

Principios fundamentales de la interpretación.

Toda ley tiene la función de comprobar la naturaleza de una relación jurídica, de enunciar cualquier pensamiento (simple o compuesto) que asegure la existencia de aquellas relaciones jurídicas contra error y arbitrariedad. Para lograr este fin, hace falta que los que tomen contacto con la relación jurídica, conciban pura y completamente aquel pensamiento. A este efecto se colocan mentalmente en el punto de vista del legislador y repiten artificialmente su actividad, engendran, por consiguiente, la ley de nuevo en su pensamiento. He aquí la actividad de la interpretación, la cual, por consiguiente, puede ser determinada como la reconstrucción del pensamiento ínsito de la ley (a). Sólo de esta ma-

(a) Empleo el término "*pensamiento*", porque opino que designa del modo más determinado el contenido espiritual de la

nera podemos obtener una inteligencia segura y completa del contenido de la ley; y sólo así podemos lograr el fin de la misma.

Hasta aquí no se diferencia la interpretación de las leyes de la de cualquier otro pensamiento expresado (como p. ej. se practica en la filología). Lo específico resalta, si la descomponemos en sus elementos. Hemos de distinguir en ella cuatro elementos: un elemento gramatical, lógico, histórico y sistemático.

El elemento *gramatical* de la interpretación tiene por objeto la palabra, que constituye el medio para que el pensamiento del legislador se comuniquen con el nuestro. Consiste, por consiguiente, en la exposición de las leyes lingüísticas aplicadas por el legislador.

El elemento *lógico* tiende hacia la estructuración del pensamiento, o sea hacia la relación lógica en la que se hallan sus diversas partes.

El elemento *histórico* tiene por objeto la situación de la relación jurídica regulada por reglas jurídicas en el momento de la promulgación de la ley. Ésta debía intervenir en aquélla de determinada manera; y el mencionado elemento ha de evidenciar el modo de aquella intervención: lo que por aquella ley se ha introducido de nuevo en el Derecho.

El elemento *sistemático*, por último, se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad (§ 5). Este plexo se hallaba lo mismo que el contexto histórico en la mente del legislador; y por consiguiente no conoceremos por completo su pensamiento, si no esclarece-

ley. Otros autores utilizan, con no menos acierto, la voz "*sentido*". En cambio, hay que evitar la palabra "*intención*" por ser ambigua, puesto que puede referirse también a la meta que trasciende del contenido de la ley, aunque la misma quiere repercutir mediatamente sobre ella. Los romanos emplean promiscuamente las expresiones "*mens*" y "*sententia*".

mos la relación en la cual la ley se encuentra con todo el sistema jurídico y el modo en que ella debía intervenir eficazmente en el mismo (b).

Con estos cuatro elementos se agota la comprensión del contenido de la ley. No se trata, por consiguiente, de cuatro clases de interpretación, entre las cuales se puede escoger según el gusto y el arbitrio personal, sino de diferentes actividades que deben cooperar para que la interpretación pueda dar éxito. Bien es verdad que algunas veces será más importante y visible un elemento, y otras otro, de modo que será suficiente que la atención se dirija ininterrumpidamente hacia todas estas direcciones, si bien en muchos casos singulares se podrá pasar en silencio la expresa mención de cada uno de los elementos como inútil y pesada, sin que exista un peligro para una interpretación concienzuda. El éxito de toda interpretación depende de dos condiciones, en las cuales podemos condensar brevemente aquellos cuatro elementos: en primer lugar, es menester que recapitulemos plásticamente la actividad mental de la cual dimana la expresión particular problemática de pensamientos; en segundo lugar, es preciso que dominemos el conjunto histórico-dogmático que solo arroja luz sobre la disposición particular para darnos cuenta en seguida de las relaciones entre aquel conjunto y el texto presente. Si contemplamos estas condiciones, disminuye lo extraño de algún fenómeno, que fácilmente podría hacer-

(b) También el elemento sistemático constituye una parte esencial e imprescindible de la interpretación. Pero sólo una mínima parte de los numerosos comentarios existentes sobre los libros jurídicos de Justiniano (en los cuales se espera encontrar dicho elemento) puede considerarse como auténtica interpretación. Se trata las más de las veces de trabajos dogmáticos, algunas veces también históricos que sólo hacen referencia al texto comentado para ocuparse de las proposiciones jurídicas en él mencionadas.

nos dudar sobre lo acertado de nuestro juicio. En efecto, hallamos algunas veces en escritos de eruditos y célebres autores interpretaciones de casi incomprensible absurdidad, mientras que alumnos de talento, a los cuales presentamos el mismo texto, tal vez acierten. Tales experiencias se pueden hacer sobre todo respecto a los numerosos casos jurídicos, de los cuales se compone una parte grande y aleccionadora de los digestos.

El fin de la interpretación de cada ley consiste en obtener precisamente de ella tantos conocimientos jurídicos reales como sea posible. La interpretación debe ser, por consiguiente, por un lado individual, por el otro rica en resultados (c). Se puede alcanzar este éxito en diferentes grados; y esta diferencia depende, en parte, del arte del intérprete, pero en parte también del arte del legislador de depositar en la ley mucho conocimiento jurídico seguro o sea de dominar el Derecho desde este punto de vista dentro de lo posible. Por tanto, existe una reciprocidad entre una buena legislación y una buena hermeneutica, dependiendo el éxito de cada una de ellas por el de la otra.

§ 34.

EL FUNDAMENTO DE LA LEY

Siendo la misión de la interpretación la de hacernos consciente el contenido de la ley, se encuentra todo lo que no sea parte de este contenido, por afín que le fuese, en rigor fuera de los límites de aquella tarea. A este campo pertenece asimismo la comprensión del funda-

(c) La palabra "*Auslegung*" ("explicatio") (exposición) es especialmente idónea para expresar este fin del procedimiento, al indicar que se saque a la luz lo que hay encerrado en la pala-

mento de la ley ("ratio legis"). Este concepto del fundamento ha sido concebido de modo muy diferente, trasladándole algunos al pasado, otros al porvenir. Según la primera opinión se entiende por fundamento la regla jurídica superior ya existente, cuya aplicación consecuente se encuentra en la presente ley. De acuerdo con el segundo parecer se entiende por fundamento el efecto producido por la ley, de suerte tal que el fundamento desde este punto de vista también es designado como el fin o la intención de la ley. Sería erróneo concebir estas dos tesis en una oposición absoluta. Más bien es de suponer que al legislador hayan sido presentes siempre ambas referencias de su pensamiento. Sin embargo, nos encontramos con una diferencia relativa, puesto que en las diferentes leyes puede ser preponderante ora la una, ora la otra. En este aspecto es sobre todo importante la diferencia, arriba explicada, del Derecho normal y anormal (§ 16). En cuanto al Derecho normal ("jus commun") será las más de las veces preponderante la referencia a reglas jurídicas ya existentes que en él deben desarrollarse con una perfección: el fin es meramente la meta general de que se conozca el Derecho con más certeza y que encuentre aplicación con más seguridad. Respecto al Derecho anormal, ("jus singulare"), en cambio, predomina la referencia a lo que se debe conseguir en lo porvenir. Así p. ej. se quiere evitar por las leyes contra la usura que se explote a deudores pobres; y lo que antecede es sólo la máxima general de intervenir mediante una vigilancia cuasi-tutelar, si a causa de ciertos negocios peligrara el bienestar de clases enteras. El conocimiento del fundamen-

bra haciéndolo evidente. La palabra "Erklärung" (aclaración), en cambio, indica más bien que se disipa el estado (casual) de la oscuridad y que se convierte en claridad: expresa por tanto menos la naturaleza general del asunto.

to legal puede ser más o menos seguro. La seguridad suprema consiste en que la misma ley declare expresamente su fundamento. Pero aún en este caso hay que separar el fundamento del contenido legal que determina el Derecho; y no se debe considerar el primero como parte del segundo. Por el otro lado, queda la fuerza de la ley incólume pese a la ausencia completa de un fundamento conocido. Inclusive en el supuesto que se supiera con toda seguridad que la ley nunca tuvo un fundamento propiamente dicho (caso del que en el acto hablaremos), no disminuye por ello su fuerza vinculante. Una clase especial de inseguridad nace de la existencia de varios fundamentos coexistentes, cuyas relaciones entre sí pueden ser dudosas; además, en el supuesto de un fundamento cierto (tal vez expresado en la ley) en atención a la posibilidad de eslabones intermedios no expresados entre el fundamento y el contenido legal, por la cual quizás pueda ser explicada y justificada una aparente diferencia entre ambos (a).

También existen diferentes grados en el parentesco del fundamento con el contenido de la ley. Ambos pueden relacionarse según la relación sencilla y puramente lógica de fundamento y consecuencia: en este caso aparece el fundamento legal como idéntico con el contenido (b). En otros casos, en cambio, se alejará considera-

ba la prohibición con carácter mucho más amplio, de suerte tal que también abarcaba casos completamente inocentes, porque, además, era imposible de alcanzar con seguridad los casos realmente enfocados.

(a) El "Sc. Macedonianum" tenía como finalidad la de impedir negocios usurarios con hijos bajo la patria potestad que pusiesen en peligro las relaciones familiares. Pero se redactaba la prohibición con carácter mucho más amplio, de suerte tal que también abarcaba casos completamente inocentes, porque, además, era imposible alcanzar con seguridad los casos realmente enfocados.

(b) L. 13, § 1 de pign. act. (13.7) determina el grado de

blemente el uno del otro (c). Distinguiremos ambos supuestos por los nombres de fundamentos *especiales* y *generales*. Estos conceptos son relativos y no existe entre ambos una frontera rigurosa; más bien pueden concebirse tránsitos muy paulatinos.

El empleo del fundamento legal es, al principio, admisible e importante, si se trata de determinar la naturaleza de la regla jurídica contenida en la ley; a saber, si es absoluta o mediadora; también si debe ser considerada como "Jus commune" o "singulare" (§ 16). El uso del fundamento legal es mucho más dudoso, y sólo admisible con gran cautela, si se trata de la interpretación de las leyes. Sobre todo depende el uso también de los diversos grados de la certidumbre y del parentesco del fundamento, conforme acabamos de explicar estas diferencias con más detalles.

Por consiguiente, hemos comprobado respecto de los fundamentos legales, diferentes notas distintivas: en la clase de relación con el contenido; en la certidumbre; en el parentesco con el contenido y en la aplicabilidad. Pero al lado de estas diferencias existe la nota común de que siempre se trata de una relación con la esencia del mismo contenido legal, o, en otras palabras, que poseen

la culpa para el contrato pignoraticio. Esta disposición no constituye sino una consecuencia de la más general en L. 5, § 2 commodati (13.6). Lo mismo ocurre respecto de varios otros contratos mencionados en aquel pasaje, p. ej. el depósito. Igual aplicación que en el depósito hubiera sido imaginable en la tutela, puesto que el tutor tampoco saca ventaja de su administración. Pero respecto a la tutela se perturba la relación lógica pura por la intervención de otras razones, de guisa que resulta la antes mencionada relación de razones concurrentes, revistiendo esta relación en el presente caso la cualidad de un mutuo entorpecimiento.

(c) La regla jurídica más general sobre la culpa (L. 5, § 2 comm.) descansa en un principio de la "aequitas", cuyo reconocimiento y limitación en sí es oscilante y muy alejado de la aplicación particular.

una naturaleza objetiva que trasciende del pensamiento del legislador. Por esta su naturaleza resultan los fundamentos legales cognoscibles para cualquier persona; y debemos considerar como casual el hecho de que nos quedan escondidos en determinados casos. Se encuentran, por tanto, en una oposición rigurosa a aquellos hechos que guardan meramente una relación subjetiva con el pensamiento del legislador y cuyo conocimiento para otros es tan contingente como natural para los fundamentos legales (respecto a los cuales sólo puede faltar casualmente). A este grupo subjetivo pertenecen aquellos acontecimientos que dieron lugar a la ley, pero que también hubieren podido haber provocado medidas totalmente diferentes (d). También forman parte de él los efectos completamente individuales y pasajeros, en atención a los cuales el legislador ha establecido la regla duradera y de general eficacia (e). A tales relaciones subjetivas hemos de negar inclusive el uso limitado concedido a los fundamentos legales. De ellos sólo puede hacerse el uso negativo que tal vez evidencien la ausencia de un fundamento legal verdadero: entonces nos sirven para que rechazemos la aceptación errónea de tal fundamento legal (f).

(d) Así p. ej. el crimen que dió lugar al "Sc. Macedon". (14. 6).

(e) Así p. ej. bajo el reinado del emperador Claudio la ley que permitía en general el matrimonio con la hija del hermano, sólo para que el emperador pudiese casarse con Agripina, hija de Germánico. Suetonii, Claud. C. 26 Tacitii, Annal. XII, 5 a 7.

(f) Normalmente no se separan suficientemente estas relaciones subjetivas del fundamento legal, hecho debido también a las expresiones ambiguas como *motivo*, *ocasión*, *intención* de la ley. El que menos inexacto parece en este aspecto es Hufeland, Espíritu del Derecho romano, parte primera, Giessen, 1818, ps. 13 a 19.

§ 35.

LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES DEFECTUOSAS. CLASES DE TAMAÑAS LEYES Y REMEDIOS CONTRA SUS IMPERFECCIONES

Los principios estatuidos de la interpretación (§ 33) pueden ser suficientes para el estado sano de la ley, puesto que la expresión contiene un pensamiento en sí acabado y no existe ninguna circunstancia que nos impida reconocer este pensamiento como el verdadero contenido de la ley. Pero nos quedan aún por exponer los casos más dificultosos de leyes defectuosas y por indicar a la vez los remedios para eliminar estas dificultades. Los casos imaginables de leyes defectuosas a nuestro efecto son los siguientes:

I. Expresión indefinida que no nos conduce a ningún pensamiento acabado.

II. Expresión errónea, siendo el pensamiento al que nos remite directamente, diferente del pensamiento real de la ley.

En estos casos se advierte una graduación escalonada de la necesidad, puesto que la eliminación del primer defecto es, donde ocurra, completamente admisible y absolutamnete necesario, mientras que el segundo acarrea dudas más considerables y requiere, al menos, una especial cautela.

Antes de exponer estos supuestos detalladamente, es preciso tener en consideración también los remedios que pueden ser empleados en su tratamiento.

El primer remedio consiste en el contexto intrínseco de la legislación; un segundo en el lazo de la ley, con su fundamento; un tercero en el valor intrínseco del contenido resultante de la interpretación.

A. Contexto intrínseco de la legislación. Éste puede ser empleado de doble manera como medio auxiliar de la interpretación de leyes defectuosas. En primer lugar, al explicar la parte defectuosa de una ley mediante otra parte de la misma, lo que constituye el modo explicativo más seguro(a); en segundo lugar, por explicar la ley defectuosa mediante otras leyes(b). Esta última forma de la interpretación será tanto más segura cuanto más se acercan ambas leyes, o sea será la más segura si ambas leyes proceden del mismo legislador. Pero también pueden utilizarse para la explicación leyes más antiguas que la ley dudosa, ya que se puede fundadamente suponer que el autor de la ley dudosa haya tenido en su mente las leyes existentes y que éstas, por tanto, hayan sido una parte complementaria de sus pensamientos(c). Las leyes utilizadas para la interpretación pueden ser, por último, más modernas que la ley dudosa: sólo que este caso pertenecerá con menos frecuencia al campo de la interpretación pura, ya que las más de las veces modificarán estas leyes más modernas la ley defectuosa o la interpretarán auténticamente (§ 32), lo que no constituye una interpretación verdadera. Donde este procedimiento aparece como pura interpretación, descansa en el presupuesto de que el pensamiento

(a) L. 24 de legibus (1. 3): "Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere".

(b) Este modo de la interpretación de una ley determinada defectuosa con el auxilio de otra ley no debe confundirse con la eliminación de contradicciones que pertenece al tratamiento del hontanar como totalidad. Sobre este particular se hablará más abajo (§§ 42 a 45).

(c) L. 26. 27 de log. (1.3). "Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. - Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertineant, quae quandoque similes erunt".

del anterior legislador se haya conservado también en la posterior legislación(d).

B. El fundamento de la ley puede ser igualmente un medio auxiliar para la interpretación de la ley defectuosa; pero no de modo tan incondicional como lo es el contexto de la legislación. Más bien dependerá su aplicación del grado de certeza con el cual le conocemos así como del grado de parentesco con el contenido (§ 34). Si una de esas consideraciones le fuese adversa, si bien continúa aplicable para eliminar la primera clase de defectos (la incertidumbre), lo será menos para apartar la segunda (expresión errónea).

C. El valor intrínseco del resultado, por último, es entre todos los medios auxiliares el más peligroso, puesto que con él atraviesa el intérprete con suma facilidad los límites de su misión y se traslada al campo del legislador. Por esta razón puede este medio auxiliar sólo ser aplicado en caso de la incertidumbre de la expresión (o sea de la primera clase de defectos), pero no con el fin de adaptar la expresión al pensamiento.

Por consiguiente, observamos entre los medios auxiliares una graduación escalonada similar que la existente entre los defectos mismos. El primero es aplicable en todas partes sin la menor duda; el segundo requiere ya más cautela; y el tercero, por último, puede sólo ser admitido dentro de los límites más estrechos.

(d) L. 28 de leg. (1.3). "Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint". En este pasaje se menciona sólo la derogación como caso opuesto de la interpretación. Pero también en la hipótesis de la interpretación auténtica es evidente que no aceptamos el sentido de la ley antigua indicada por la nueva por estimarle el verdadero sino por prescribirle la ley nueva.

§ 36.

LA INTERPRETACIÓN DE LEYES DEFECTUOSAS

(Continuación).

(Expresión indefinida)

La indeterminación de los términos que haga imposible hallar cualquier pensamiento acabado, puede existir por de pronto de doble manera: como imperfección o como ambigüedad.

La *imperfección* del término legal posee una naturaleza semejante como si se interrumpe un discurso empezado, de suerte que la expresión del pensamiento acabado quedó incompleta. Nos encontramos p. ej. con este caso, si una ley exige para un negocio testigos sin enumerar su número (a).

Más frecuente y más importante es el caso de la *ambigüedad*, que a su vez puede realizarse en diferentes formas: como ambigüedad de un término particular o como ambigüedad de la construcción.

El término particular puede referirse a un objeto individual, pero hacer uso de una designación adecuada para varios individuos: supuesto que ocurre con más frecuencia en negocios jurídicos que en leyes (b). Sin embargo, puede remitir también a un concepto abstrac-

(a) Así en Nov. 107 C. 1. - Lo mismo ocurre si se debe determinar una cantidad de dinero y no se ha expresado o el número o la unidad de dinero. Se alude a este caso (no en leyes, sino en testamentos) en L. 21, §1 qui test. (28.1).

(b) Ejemplo: L. 21, § 1 qui test. (28.1): Se nombra a Ticio legatario legándole el esclavo Stichus; pero varios de los esclavos del testador llevan tal nombre. L. 39, § 6 de leg. 1. (30 un.)

to, en cuyo caso la ambigüedad puede consistir en que el término escogido o posea significaciones completamente heterogéneas(c) o una más estrecha y otra más amplia(d).

También la ambigüedad de una construcción puede convertir en dudoso el sentido de una ley; y aunque la misma se realiza con más frecuencia en negocios jurídicos que en leyes, no obstante no carece de ejemplos tampoco en estas últimas(e).

Por diferentes que sean las formas del mencionado defecto, tienen de común que cualquiera de ella nos impide descubrir con seguridad en la ley defectuosa un

Fundus Cornelianus ha sido legado, puesto que el testador posea varios de este nombre.

(c) Así poseen significaciones completamente heterogéneas los términos "familia", "puer", "potestas". L. 195. 204. 215 de V. S. (50.16). - Se encuentran aplicaciones extrañas de esta ambigüedad en L. 5 C. fin. reg. (3.39) y L. 30. C. de j. dot. (5.12). En la primera "praescriptio" puede significar "excepción" o "disposición"; según algunos también "prescripción". En la segunda pueden significar las palabras: "si tamen extant" o: "si no están destruídos"; o: "si no se han enajenado" ("extant apud maritum").

(d) Tal sentido estrecho y lato existen en expresiones como "cognatio", "pignus", "hypoteca", "adoptio" (L. 1, § 1 de adopt. 1.7), "familia" (L. 19 § 5 de V. S. 50.16). - De análoga manera puede referirse el contrato "ne luminibus officiat" tanto al estado actual como al estado futuro y, además, al futuro. L. 23, pr. de S. P. U. (8.2). - La interpretación según el sentido más amplio o más estricto se llama ordinariamente "lata" o "stricta", mientras que se denomina cualquier interpretación destinada a alejar una ambigüedad "declarativa". V. Thibaut, Pandekten, §§ 48, 50 53.

(e) La explicación de la difícil L. 2 de div. temp. praescr. (44.3) depende exclusivamente de si las palabras finales "nihil contra videtur" deben ser consideradas como relacionadas con todo el pasaje o sólo con una parte del mismo. - Encontramos ejemplos de construcciones ambigüas en negocios jurídicos en Mühlenbruch, I, § 59, nota primera.

pensamiento acabado. La causa de dicho defecto puede fundarse en un pensamiento oscuro o en el dominio incompleto de la expresión o en ambas circunstancias a la vez. Para el intérprete resulta la causa indiferente, puesto que para él es la necesidad de remediar el defecto siempre de igual urgencia y premura, ya que la ley en esta su forma es inservible para comprobar una regla jurídica. También es completamente cierto el conocimiento de esta necesidad, puesto que se obtienen mediante un procedimiento completamente lógico. Pero precisamente por esta causa termina el conocimiento con la clara visión de la naturaleza de la duda existente sin implicar su resolución. Para la solución hay que proceder a una búsqueda en otro terreno y para ella nos sirven las tres clases de remedios ya establecidas (§ 35). Todas ellas resultan aplicables; y su diferente valor importa sólo en cuanto una clase debe aplicarse antes que otra.

Por consiguiente, hemos de disipar la incertidumbre, en primer lugar y en cuanto sea posible, por medio del contexto de la legislación; y donde este remedio sea suficiente, está excluido cualquier otro como menos seguro y a la vez como superfluo.

En segundo lugar hemos de aplicar al efecto el fundamento de la ley y, si fuera posible, el fundamento especial inmediatamente emparentado con el contenido de la ley (§ 35), siempre que podamos demostrarlo. Si éste no se encontrase, es también ya admisible un fundamento más general. Así p. ej. si el contenido de la ley sólo descansa en "aequitas", lo que debemos desde luego aceptar para el Derecho ordinario (§ 16) moderno, es preferible entre explicaciones en sí posibles aquella que resulte justificada por esta "aequitas" (f).

(f)) Así ha de entenderse L. 8. C. de jud. (3.1) del año 814: "Placuit, in omnibus rebus praecipue esse iustitiae aequi-

En tercer lugar, finalmente, puede disiparse la incertidumbre por la comparación del valor intrínseco del contenido atribuido a la ley, sea por una, sea por otra, de las posibles explicaciones de la ley. Piénsese p. ej. en que una explicación conduce a un contenido vacío e inútil a diferencia de otra explicación (g); o en que el resultado de una explicación es más adecuado al fin establecido que el de otra (h), o, por último, en que una explicación conduce a un fin más benigno y suave que otra (i).

tatisque (scriptae), quam stricti juris rationem"; es decir: si, dada una ley ambigua, una interpretación corresponde al Derecho estricto, y otra a la equidad, debe darse la preferencia a la última ("praecipuam esse rationem"). En apariencia en contra L. 1. C. de leg. (1.14) del año 316: "Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere". La suposición de que L. 8 cit. sea Derecho más antiguo, y L. 1 cit. Derecho más moderno, derogando por tanto la última la primera, es muy improbable, ya que ambas pertenecen al reinado de Constantino y se distancian sólo por dos años. Para disipar la contradicción, se ha aceptado en L. 8 cit. la redacción "scriptae" (una "aequitas" reconocida por la ley), a cuyo favor, bien es verdad, militan las antiguas ediciones de Chevallon (París, 1526, 8) y de Haloander, siendo, no obstante, la misma completamente refutable por razones intrínsecas. Donnellus (I. 13) considera L. 8 como mera modificación, L. 1 como completa abolición del Derecho estricto por "aequitas". Pero los citados pasajes no contienen ni siquiera una alusión a esta diferencia. - La contradicción desaparecería si se refiriera L. 1 cit. a la corrección del término por el pensamiento (§ 37) a la que no se autorizara al juez en vista de la mera "aequitas". Sin embargo, opino que el pasaje no trata de la interpretación sino de la elaboración del Derecho (§ 47). Así desaparece toda contradicción con L. 8 cit. El término "interpretationem" no ofrece un obstáculo.

(g) L. 19 de leg. (1.3). "In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret".

(h) L. 67 de R. J. (50.17). "Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiat, quae gerendae aptior est". La L. 3 de constit. (1.4) contiene una aplicación de esta

LA INTERPRETACIÓN DE LEYES DEFECTUOSAS

(Continuación).

(Expresión errónea)

El segundo defecto imaginable de una ley consiste en la falsedad de un término, que, si bien inmediatamente designa un pensamiento determinado y aplicable, no se refiere al pensamiento real de la ley. Dado este conflicto de los elementos de la ley, se plantea la cuestión a cual de ellos debemos dar la preferencia. Como la expresión no constituye sino un mero medio, mientras que el pensamiento es el fin, parece lógico que se anteponga el pensamiento y que se rectifi-

regla: "Beneficium Imperatoris, quod a divina scilicet eus indulgentia profiscitur, quam plenissime interpretari debemus".

(i) L. 192. § 1 de R. J. (50.17): "In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justum est quam tutius". L. 56.168 pr. cod. - L. 18 de leg. (1.3): "Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur". Las palabras finales pueden significar: "porque tal es la voluntad general de los legisladores". No obstante, me parece más acertada la siguiente explicación: "a no ser que ello contradiga a su contenido expresamente establecido" (o sea "quo" en lugar de "quatenus"). - Aplicaciones particulares de esta regla: En caso de leyes penales ambiguas tiene la preferencia la pena más benigna (L. 42 de poenis 48.19). En caso de testamentos la interpretación debe favorecer la institución del heredero y no la desheredación (L. 19 de lib. et posth. 28.2). - Estas aplicaciones demuestran que la regla no disponía dar la preferencia a la "aequitas" (nota f), aunque así se supone ordinaria, pero equivocadamente.

que con arreglo a él la expresión(a). El establecimiento de esta regla no ofrece dificultades. En cambio, puede ser muy difícil su aplicación, puesto que todo depende del hecho de que se evidencie la circunstancia aquí supuesta.

Los casos de esta clase ofrecen menos multifacetismo que los de la expresión indefinida (§ 36). Su diferencia se refiere sólo a la relación lógica de la expresión al pensamiento, puesto que la primera puede contener menos o más que el pensamiento. En el primer caso se realiza la rectificación del término mediante una interpretación *extensiva*, en el segundo por medio de una interpretación *restrictiva* (b). Ambas se encaminan exclusivamente a hacer concordar el término con el pensamiento real.

El tratamiento del término erróneo es diferente del trato dado al indefinido en puntos de suma importancia. Se parte del supuesto de que exista un pensamiento determinado en relación con un término incompleto. Esta relación no es conocible lógicamente como la incertidumbre, sino sólo históricamente, por lo cual el conocimiento ya es de por sí más inseguro y susceptible de diversos grados de certidumbre. Esta dificultad aumenta todavía en atención al hecho de que se nos priva del medio cognitivo más próximo y natural para el pensamiento, puesto que éste es el término y del término precisamente desconfiamos. Además, en el supuesto de la indeterminación la necesidad del remedio

(a) L. 17 de leg. (1.3): "Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem". L. 6, § 1 de V. S. (50.16). L. 13, § 2 de excus. (27.1). L. 19 ad exhib. (10.4).

(b) Los autores modernos hablan con términos no romanos de "interpretatio extensiva, restrictiva"; y algunos oponen a ambas la "declarativa", que ni extiende ni restringe, puesto que no se refiere a una ley defectuosa de la indicada manera (§ 36, d).

artificial era imprescindible, ya que sin el mismo nos hubiésemos encontrado con nada que hubiéramos podido considerar y aplicarse como ley. En la presente hipótesis la situación es diferente, porque inclusive el término no rectificado nos brinda un pensamiento comprensible y aplicable. Finalmente hay que tener en cuenta que en el caso de la indeterminación el conocimiento del defecto era completamente diferente del remedio, mientras que en el otro supuesto ambos coinciden. En efecto, no conocemos la equivocación de un término sino comparándole con el verdadero pensamiento; pero así que conozcamos éste, hemos encontrado a la vez el remedio de aquel defecto.

Examinaremos a continuación los tres medios auxiliares arriba indicados (§ 35) en su aplicabilidad al defecto aquí expuesto, o sea a la expresión equivocada.

Como remedio se expone a menos objeciones, también en este caso, el contexto intrínseco de la legislación. Encontramos un ejemplo en el senado-consulta que determina con más detalles la "hereditatis petitio". En su virtud debía restituir el poseedor de buena fe que había vendido bienes relictos, el precio obtenido ("pretia quae pervenissent"). Este término abarcaba también el supuesto de la pérdida del precio después de la obtención, puesto que le había antes obtenido. Pero se deducía de las palabras siguientes del mismo senado-consulta que se exceptuara esta hipótesis. Por consiguiente, se explicaba restrictivamente el término empleado como si no se refiriera a todo precio obtenido sino sólo al precio obtenido y conservado(c). Otro ejemplo se halla en las leyes penales. Si una ley penal establece al final una pena general para determinado delito, habiendo estatuido antes para un caso particular del mismo delito una pena distinta, ha de

(c) L. 20, § 6. L. 23 de her. pet (5.3).

explicarse el fin general de modo restrictivo, puesto que hay que considerar el caso especial como una excepción (d).

La aplicación del segundo remedio es más importante, pero también más dudosa: consiste en aclarar el término real de la ley por medio de su fundamento y en rectificar la expresión con arreglo al mismo. Ahora bien; en este aspecto precisamente es de importancia la distinción entre fundamentos especiales y generales (§ 34).

En efecto, un fundamento especial puede emplearse para el indicado fin. Este procedimiento implica el menor riesgo, si la interpretación textual conduciría a una contradicción con el fundamento reconocido. Si por consiguiente p. ej. se ha establecido un precepto jurídico para favorecer a determinadas personas, cualquiera aplicación en su perjuicio estaría en contradicción con el fundamento; y ello debe evitarse mediante una interpretación restrictiva del término (e). Si por tanto un contrato realizado a causa de dolo resulta, excepcionalmente, ventajoso para la víctima, el contrato es válido, aunque el término del edicto declara todos contratos de esta clase por nulos (f). Si el menor pleitea sin curador y gana el proceso, el proceso es válido (g). También es válida una transacción sobre alimentos sin la intervención del praetor, si la misma mejora sin traba de ninguna clase la situación del alimentista (h). Sin embargo, son más frecuentes y a la par más difíciles los casos, en los que rectificamos el término, no precisamente para evitar una contradicción con el fundamento, sino sólo para encontrar sus verdaderos límites para

(d) L. 41 de poenis (48.19).

(e) L. 25 de leg. (1.3). L. 6. C. eod. (1.14).

(f) L. 7, § 7 de practis (2.14). L. 30. C. de transact. (2.13).

(g) L. 2. C. qui legit. pers. (3.6). L. 14 C. de proc. (2.13).

(h) L. 8, § 6 de transact. (2.15).

que no se haga una aplicación incompleta o superflua. Tenemos que buscar para esta clase de rectificación sobre todo la corroboración de explicar el motivo del término inexacto con visos de probabilidad; p. ej. alegando que se ha empleado un término concreto porque faltaba una voz abstracta adecuada o por la mayor plasticidad de aquél. Sólo así podemos alejar con seguridad la duda de si el pensamiento que resulta de nuestra interpretación sea realmente el pensamiento efectivo del legislador o si sólo debiera haberlo sido, dado un desarrollo consecuente del fundamento de la ley. En este último caso nuestra interpretación no rectificaría el término sino el mismo pensamiento; y ello no incumbe al intérprete conforme se demostrará más abajo (§ 50). Los siguientes ejemplos patentizarán nuestras afirmaciones. El edicto amenazaba con la infamia a una viuda que volviera a casarse durante el tiempo de luto. El fin de esta prohibición consistía exclusivamente en excluir toda duda sobre la paternidad de un hijo nacido con posterioridad. Si se hubiese querido pronunciar esta finalidad inmediatamente, habría sido necesaria una disposición complicada y abstracta y a la par una decisión de problemas difíciles (sobre la posible duración del embarazo). Todo ello se evitó mediante la indicación completamente plástica del tiempo de luto, que era también adecuada para la casi totalidad de los casos y que, además, esquivaba aquellos difíciles problemas por su amplia extensión. Ahora bien; se daban casos en los cuales la viuda había dado a luz pronto después de la muerte del marido. Con ello desaparecía cualquier duda sobre futuros hijos de modo radical; y por ello se admitía el matrimonio mediante una interpretación restrictiva del edicto. Por el otro lado, se dieron casos en los cuales no tuvo lugar ningún luto en honor del fallecido y, por consiguiente, tampoco un tiempo de luto; no obstante, quedaba prohibido el matrimonio mediante una

interpretación extensiva del edicto (i). La "actio ad exhibendum" corresponde a cualquier persona interesada en la exhibición ("cujus interest") y probablemente rezaba así el edicto. Este término se refería a cualquier persona a la que podía ser ventajoso ver la cosa. Pero la finalidad reconocida se encaminaba a liberar derechos de los obstáculos que las relaciones casuales y espaciales de una cosa implicaban. Por esta razón se limitaba aquel término mediante la interpretación a aquel interés que tuviese relación con un derecho (k). Las doce tablas exigían para la usucapión dos años de posesión para el "fundus" y un año para todas las demás cosas. ¿En qué categoría habían de incluirse las casas? Textualmente el término "fundus" no hacía referencia a ellas. Pero como la usucapión abarcaba absolutamente todas las cosas y éstas al efecto debían ser divididas en dos grandes masas, la voluntad de la ley era sin duda alguna tratar en pie de igualdad a todos los inmuebles por su completa homogeneidad; y la ley acudía al término concreto "fundus" sólo porque faltaba una voz correspondiente abstracta. Por esta razón se extendía aquel término a todos los inmuebles, por ende también a casas; y parece que esta interpretación no ha sido nunca puesta en duda (l). Bien es verdad que otras leyes que tratan de casos concretos añaden expresamente que éstos no deben considerarse como mera expresión de reglas más abstractas, con lo cual se excluye expresamente una interpretación extensiva (m). Finalmente pertenece a esta clase de interpretación extensiva también la suposición de un término indirecto, lo que se llama el "argumentum a contrario". En efecto, puede ser

(i) L. 1, L. 11, § 1, 2, 3 de his qui not. (3.2).

(k) L. 9 ad exhib. (10.4).

(l) Cicerón, *top.* § 4.

(m) Ejemplos son L. 10 C. de revoc. don. (8.56) y Nov. 115. C. 3 pr.

que se haya establecido una regla hasta determinado límite, de suerte tal, que la misma implique el pensamiento determinado de que más allá del límite deba regir el precepto contrario. Así p. ej. si el praetor introducía una acción con los términos ordinarios: "intra annum iudicium dabo", ellos daban a entender que "post annum non dabo"; y la referencia del término a este sentido se efectúa por medio de una indudable interpretación extensiva(n). Así declaraba la "L. Julia de vi", que el praetor nombrado para este delito podía delegar su jurisdicción "si proficiscatur"; en ella estaba, pues, contenida la proposición contraria de que en otro caso no pudiera delegarla(o). De la misma manera indica cualquier excepción legal la existencia de una regla, sin la cual esta excepción no tuviera sentido. La excepción constituye por tanto una expresión indirecta de esta regla. Si por ende la "L. Julia de adulteriis" priva a las mujeres condenadas criminalmente, de la capacidad de ser testigos en los pleitos, se deducía automáticamente que esta capacidad correspondía a otras mujeres(p).

El fundamento general de una ley (p. ej. la "aequitas", en la que descansa), al contrario, no puede conducir a una interpretación que considere la expresión como equivocada y la rectifique, puesto que este tra-

(n) L. 22 de leg. (1.3): "Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat". Donellus (I. 14) refiere este pasaje difícil con gran probabilidad a casos de la mencionada clase, de modo que no se debe relacionar el "praeteritum" y "futurum" con el momento de la entrada en vigor de la ley (puesto que ésta no debe disponer de acciones ya pasadas) sino con el momento futuro, en nuestro ejemplo con el final del año después del nacimiento de la acción. Antes del transcurso del año se admite la acción ("in praeteritum indulget"): por ende, después resulta inadmisibles ("in futurum vetat").

(o) L. 1 pr. de off. ejus cui. mand. (1. 21).

(p) L. 18 de testibus (22.5).

tamiento reviste ya completamente el carácter de la elaboración del Derecho, diferente de la interpretación. En efecto, no preguntamos por lo que está contenido en el pensamiento de la ley, sino por lo que consecuentemente habría de ser contenido en ella, si el legislador hubiese pensado con toda claridad. Además, hay que añadir a esta última afirmación la incertidumbre que siempre sigue en pie, puesto que, dada la distancia de la ley de su fundamento general, pueden imaginarse muchos eslabones intermediarios opuestos al último, en atención a los cuales el legislador, aún con clara visión del problema, no obstante se habría abstenido a dar a la ley la modificación que reclamamos (§ 34). Si con cierta frecuencia encontramos entre los juristas romanos interpretaciones de este tipo, éstas no pueden servirnos de modelo, puesto que los romanos, como se demostrará después, no han distinguido rigurosamente interpretación y elaboración(q). A este grupo pertenece, entre otras cosas, también la regla que toda ley meramente prohibitiva lleve siempre aneja la nulidad del negocio jurídico por ella prohibido(r). Si quisieramos considerar este modo de interpretación como regla válida de nuestra hermenéutica, nos encontraríamos en contradicción con la afirmación recién establecida, puesto que se concedería a la mera prohibición, en atención al fundamento general de la finalidad y eficacia, una gran extensión. Pero en realidad constituye aquella disposición una ley completamente positiva y, realmente, una interpretación auténtica de otros pasajes de nuestros libros jurídicos que meramente

(q) Hallo ejemplos de este tipo en los siguientes pasajes: L. 40 pr. de her. pet. (5. 3), L. 2, § 1. 3 ad Sc. Vell. (16. 1), L. 1, § 6 de aedil. ed (21. 1), L. 15. L. 6, § 2 de j. patr. (37 14), L. 2 pr. § 1 de cust. (48. 3). - Véase abajo § 47 y § 50 al final.

(r) L. 5 C. de leg. (1. 14).

enuncian prohibiciones, pensando la primera en relación con éstos últimos. Por esta razón no puede ser modelo y patrón de nuestra propia interpretación.

Ahora bien, siendo el fundamento legal especial motivo de rectificar la expresión y no siéndolo el general, hemos de recordar el hecho de que no existe frontera rigurosa entre ambos tipos de fundamentos (§ 34). En vista de los diferentes tránsitos paulatinos existentes, la posibilidad de encontrar la verdadera interpretación se hará muchas veces dudosa; y será difícil distinguir la interpretación de la elaboración del Derecho.

En cambio, no existe ninguna duda sobre que el tercero de los remedios arriba indicados, el valor intrínseco del resultado (§ 35), nunca debe ser aplicado al conocimiento y rectificación del término erróneo, puesto que es evidente que ello no constituiría una adaptación del término al pensamiento, sino una tentativa de corregir el mismo pensamiento. Puede ser que se trate de una sana elaboración del Derecho; con la interpretación sólo podrá tener de común el nombre.

§ 38.

INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES DE JUSTINIANO

(Crítica).

Los principios generales de la interpretación establecidos han de ser aplicados ahora a la legislación justiniana en especial, cuya interpretación lleva consigo nuevas dificultades y hará necesarias nuevas reglas de proceder. Suponemos a este efecto el completo conocimiento histórico de esta legislación, de suerte tal que

sólo se tratará de la aplicación de este conocimiento a la actividad interpretativa (a).

La situación completamente particular del intérprete se basa en este caso en la gran distancia que media entre él y el nacimiento de las leyes a interpretar. Ésta confiere al estudio del Derecho romano un carácter preferentemente erudito. Carecemos de todas las ventajas de la plasticidad y de la certidumbre inmediata que pueden surgir de la convivencia con el Pueblo en el que un Derecho se originó; y debemos intentar sustituir estas ventajas dentro de lo posible por el esfuerzo mental. Por esta razón recibe sobre todo la interpretación todavía otra meta que la de adquirir un resultado puro por medio de reglas jurídicas seguras. Tenemos que intentar absorber dentro de nosotros las fuentes jurídicas transmitidas en toda su particularidad con tanta adaptación que nos sustituyan la convivencia. Por difícil que sea en sí esta tarea, es facilitada por la alta excelencia literaria que observamos en las partes más importantes de aquellas fuentes jurídicas.

El fundamento de toda interpretación es un texto a interpretar. La comprobación del texto se llama *crítica*. Ésta tiene, por tanto, la preferencia ante la interpretación. No obstante, esta preferencia se refiere sólo al procedimiento en su totalidad, no a cada una de sus aplicaciones, puesto que en el caso concreto podrá realizarse muchas veces la crítica sólo en común con la interpretación. La crítica se realiza en dos escalas: como crítica *diplomática* (o crítica baja) y como crítica *alta*. La misión de la primera consiste en obtener el material de manera segura y exhaustiva; la de la segunda en destilar el verdadero texto del material dado.

(a) Con toda intención pasamos, pues, en silencio el nacimiento de las fuentes jurídicas de Justiniano, sus elementos, su lenguaje y los medios auxiliares usados, los manuscritos y ediciones del texto.

- En sí constituye la actividad crítica una conducta tan general como lo es la interpretación y no se limita de ningún modo al Derecho romano. Pero como en este supuesto la crítica ofrece mayor importancia y dificultad que respecto a otras legislaciones, he preferido tratarla en este lugar, donde puede ser expuesta en su contexto completo y sin repeticiones molestas.

En cuanto a la crítica hemos de considerar primeramente el caso más sencillo en el que el legislador nos entrega inmediatamente el texto de la ley en una forma a la que él mismo concede fe pública. En este caso que a causa de la invención de la imprenta ha llegado a ser no sólo posible sino inclusive muy frecuente, desaparece automáticamente la crítica diplomática. Pero parece a primera vista que inclusive la crítica alta, si quisiera p. ej. afirmar la existencia de una errata, debiera ser refutada como rebelión contra la voluntad del legislador. Sin embargo, se ha demostrado arriba que aún la expresión real de la ley puede ser rectificada lícitamente en vista de su pensamiento y por medio de la interpretación (§ 37), procedimiento que descansa en la preferencia del espíritu ante la letra. Ahora bien; el texto impreso se relaciona con la expresión real como la letra con la letra, de modo que el primero posee menos dignidad que la última. Por esta razón no puede el texto sustraerse a análoga rectificación. Por cierto, ocurrirá este caso sólo muy pocas veces; y por ello reclama en la consideración general de la crítica sólo poca importancia (b).

(b) Hs aquí un ejemplo extraño moderno. El Decreto Real de Wesfalia del 18 de enero de 1913, art. 3, imponía al dueño de una finca con derecho al diezmo la décima parte del impuesto real, "si el dueño con derecho al diezmo cobrara la décima parte de su *importe líquido*". Prescindiendo de este caso se imponía, según las circunstancias, más o menos que la décima parte (Boletín número 3 de 1913, p. 45). - En un número pos-

Pero el supuesto mencionado no es de ninguna manera el de las fuentes del Derecho justiniano. Creo que todo el mundo admite que no poseemos un texto transmitido legalmente. Si en Bolonia las aspiraciones críticas de los glosadores hubiesen alcanzado por completo su fin, sustituiría la recepción de esta "Vulgata" el lugar de un texto legal, aunque no se excluiría de esta manera, conforme acabamos de demostrar, la crítica alta. Mas una "Vulgata" perfecta en este sentido no ha existido nunca; y, por ende, no era posible su recepción (§ 17). Por consiguiente, sólo nos encontramos con un número considerable de manuscritos, muy diferentes de edad y valor. Inclusive la completa coincidencia de los mismos en un particular no puede ser equiparada con la comunicación legal sino mediante una clase de ficción. En realidad produce tamaña coincidencia sólo un grado superior de probabilidad, pero no seguridad, de que tengamos delante de nosotros el texto primitivo. Autores modernos han emitido el temor de que se volatilizase toda seguridad de la práctica, si se admitiera el dominio de la crítica; y por esta razón o la rechazan por completo o la incluyen en límites arbitrariamente angostos (c). Este miedo desea conservar un texto dado

terior del Boletín, en cambio, se establece: "Boletín número 3... *"del importe líquido"*, lea: *"del importe bruto"*. Esta rectificación, publicada simultáneamente en el "Moniteur" del 3 de febrero no estaba firmada o de otro modo legalizada y se hallaba, además, en contradicción con el documento original escrito. El resultado práctico de ambas versiones es muy diferente y por ello se planteaba la duda a cual de ambas debía darse la preferencia. La primera versión se encuentra de acuerdo consecuentemente con los principios generales de impuestos; pero es de muy difícil ejecución. En el supuesto de la segunda, la relación es precisamente la inversa.

(c) Thibaut refutó el uso práctico de la crítica por completo ("Ensayos", tomo I, número 16); pero más tarde abandonó esta opinión ("Interpretación lógica", § 44). - Feuerbach piensa

contra modificaciones arbitrarias. Pero carece de sentido, puesto que lo dado que desea amparar, no existe en absoluto. Si se examinan qué es lo que estos autores consideran como texto dado, se descubre ideas tan dispares como confusas. La "Vulgata" o la recensión de Bolognia podría pasar como tal, si se hubiese acabado. La coincidencia de todos los manuscritos conservados constituye un criterio unívoco; pero no concede un derecho a rechazar la crítica. Los citados autores tampoco se refieren a ella, sea que en casos de crítica controvertida casi nunca se había hecho inclusive el principio de enterarse de aquella coincidencia, sea que la lucha contra la crítica se basaba principalmente en el temor de que las doctrinas tradicionales de los tribunales pudiesen ser perturbadas por investigaciones más profundas y en este aspecto resultaba especialmente peligrosa la comparación de manuscritos. Si se abandona esta tesis del texto dado (cuya conservación se aspira), no queda más solución que la de aceptar aquel texto que sea el más divulgado por encontrarse en la edición más utilizada, siendo ésta probablemente la de Gothofredo(d). Pero una opinión tan vacilante y arbitraria no puede reclamar, por cierto, una consideración seria.

admitir la crítica conjetural libre sólo para suprimir absurdidades o contradicciones ("Ensayos civilísticos", Parte 1ª, número 3). Así también Glück, I, § 35, número 5º.

(d) La mayor parte de los adversarios de la crítica piensan en ideas semejantes sin pensar o hacer hincapié en ellas claramente. Dabelow, no obstante, las enuncia claramente, entre otras muchas cosas confusas, en "Derecho de Pandectas", Parte 1ª, p. 204 (Halle 1816). Pero luego no las aplica, sino concede a la crítica gran libertad.

INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES JUSTINIANEAS (CRÍTICA)

(Continuación).

Acabamos de exponer los fundamentos del derecho de crítica. Ahora hemos de establecer las reglas de su empleo. La crítica diplomática debe coleccionar los manuscritos y ordenarlos de modo exterior según su edad y valor. Después debe mantener puro el canon aceptado mediante la eliminación de todas sus partes heterogéneas (§ 17) que, según la disposición de la mayor parte de las ediciones modernas, pueden confundirse fácilmente y por equivocación con el mismo texto(a). La misión de la crítica alta se descompone en dos partes: elaboración de los manuscritos transmitidos por la crítica diplomática, y corrección de los mismos. La crítica alta debe, por tanto, al principio formar un texto mediante libre elección de los manuscritos. Bien es verdad, que la crítica tiene que tener en cuenta la probabilidad que pueda resultar del número y del valor de los manuscritos a favor de una redacción entre varias. Pero no obs-

(a) Peor aún que la aplicación errónea del texto auténtico no glosado es la consideración, de vez en cuando mantenida, de los sumarios como elementos del Derecho romano, si bien estos sumarios fueron redactados a partir del siglo XIV e insertados más tarde en las ediciones. Esta equivocación verdaderamente fuerte tiene, sin embargo, una fácil explicación. En efecto, mientras que la glosa y las notas modernas siempre se encuentran al margen de las ediciones, estos sumarios se encuentran como títulos dentro del texto, por lo cual el indocumentado puede tomarlos fácilmente como texto. Véase sobre ello a Savigny, "Vocación de nuestra época", p. 62; y en "Historia del Derecho romano en la Edad Media", tomo 6, p. 162.

tante existe libertad para la crítica al realizar la elección, puesto que no está vinculada por la consideración a cualquier clase de manuscritos (p. ej. la "Vulgata"). Esta libertad ha sido, además reconocida siempre y en general respecto a aplicaciones muy importantes, aún por aquellos que se declararon decididamente contra el uso de la crítica en la teoría general. En efecto, existen en el Digesto numerosísimos pasajes, en los cuales el texto Florentino carece de sentido por las lagunas que ostenta, mientras que otros manuscritos ofrecen un texto completo de indudable autenticidad. También se da en muchas ocasiones el caso inverso (b). No conozco a ningún autor que lleve tan lejos su abstención crítica que rechaza estas dobles correcciones; y sin embargo, de todas las limitaciones arbitrarias arriba expuestas la opinión que quisiera atribuir al texto de Bolonia el dominio absoluto posee relativamente la mayor justificación histórica aparente. Por cierto, que nuestras ediciones corrientes no reflejan esta doble necesidad, puesto que contienen ya en todas partes las correcciones mencionadas. Y este hecho nos hace evidente que en el problema del reconocimiento de un texto determinado nunca se estableció una opinión general, a diferencia de lo que ocurrió innegablemente respecto a muchos preceptos jurídicos de importancia práctica (§ 20). A esta primera parte de la crítica alta pertenece también, por último, la puntuación, por la cual se determina la estructura lógica de un pasaje y que, por consiguiente,

(b) Savigny, "Historia del Derecho romano en la Edad Media", tomo 3, § 167, 171. Bien es verdad que se podría alegar que los complementos aducidos de la edición florentina hubiesen llegado a ser ellos mismos ya elementos de la "Vulgata". Pero los mismos boloñeses nos obligan a hacer no pocas correcciones análogas, que sólo en tiempos modernos han sido añadidas de la "Florentina" y que, no obstante, nunca han dado lugar a objeciones.

en atención a su naturaleza intrínseca podría ser considerada como interpretación, aunque en su forma coincide con la actividad del crítico. Extrañamente no faltan quienes conciben la corrección de la puntuación corriente como una enmienda (c). Pero la tesis de una puntuación corriente u *ordinaria* es tan vacía y huera como la de un texto ordinario en general. En efecto, los manuscritos casi no nos ofrecen sino series ininterrumpidas de letras. En cambio, se deja por completo a nuestro criterio libre su configuración en palabras y oraciones. No podemos tener en consideración los pocos e inseguros atisbos de puntuación de algunos manuscritos.

Nos resta aún por considerar la segunda parte de la crítica alta consistente en la corrección del manuscrito, o sea en la enmienda por conjeturas (d). Esta crítica conjetural es la que produjo tanta excitación contra el tratamiento crítico de nuestros textos y fuentes. No podemos negar que dicha crítica haya sido ejercitada a partir del siglo XVI por algunos, sobre todo franceses y holandeses, de modo arbitrario, inclusive ligero. No tengo, por cierto, la intención de defender este abuso, pero sí el derecho importante e inclusive imprescindible a su recto uso, que no debemos abandonar ni dejar cercenar por condiciones arbitrarias (e).

Las dos aplicaciones de la crítica alta aquí indicadas,

(c) Feuerbach, 1. c., p. 93.

(d) El término "enmienda" es relativo y se refiere siempre a cualquier texto, arbitrariamente supuesto, de cuya actual corrección se trata. Por ello, puede considerarse como enmienda también la mera rectificación de erratas. No obstante, limítase corrientemente el término a correcciones de carácter científico, o sea a aquéllas que tienen por objeto el texto de determinados manuscritos o de ediciones construídas a base de manuscritos.

(e) Constituye una limitación inadmisibles, si se quiere admitir las conjeturas solo como último refugio contra una carencia de sentido del texto o contradicción intrínseca de la legislación (véase arriba, § 38, nota c).

a fin de escoger entre manuscritos y de corregirlos, poseen una inconfundible semejanza con las dos clases interpretativas de leyes defectuosas en el caso de un término indeterminado y equivocado (§§ 35 a 37). Si por consiguiente planteamos en este lugar el problema de los medios cognitivos del verdadero texto que hemos de comprobar, encontramos como el primero y más importante la necesidad intrínseca que resulta del mismo pasaje. Pero ésta no debe deducirse de conceptos generales, sino del carácter literario especial del pasaje, al que la crítica se refiere, o de la clase de pasajes a la cual aquél pertenece. Por ello, poco nos sirven en este tipo de crítica las reglas: lo principal consiste en una visión crítica, desarrollada por un estudio de las fuentes y en un sentido de verdad cauteloso que desconfíe de sí mismo. Un medio semejante consiste en la comparación del pasaje legal dudoso con otros pasajes. Mas esta comparación puede sólo asegurar la corrección en cuanto entre ambos pasajes exista un parentesco íntimo. La enmienda así razonada puede aún recibir un robustecimiento más exterior si conseguimos explicar de manera probable cómo el texto que estimamos equivocado, háyase originado del verdadero por el trabajo de los copistas. Ello puede ocurrir por la analogía. En efecto, existen ciertas faltas que se repiten con gran frecuencia y uniformidad y cuya suposición lleva consigo, por ende, cierta probabilidad. A este campo pertenece la frecuente confusión de determinadas letras entre sí; además, la omisión de una letra, si la misma letra inmediatamente precedió, en cuyo caso recolocamos la letra omitida (geminación); finalmente, el saltar o desplazar líneas enteras del original que el copista tuvo ante la vista, suposición ésta última mucho más arriesgada. La explicación verosímil del nacimiento del texto erróneo puede consistir, en segundo lugar, en que una redacción es más difícil de comprender que otra,

por lo cual los copistas rechazaron el verdadero texto por la sencilla razón de que no lo entendían. Finalmente, puede también consistir en el hecho de que en el momento de las copias el Derecho se había modificado, de modo que introducían en el texto, el Derecho vigente en aquél entonces (f). En cambio, rechazamos la explicación de la falta que se basa en el supuesto de siglas en los originales, mal interpretadas por el copista. En efecto, Justiniano había prohibido rigurosamente que se utilizasen siglas en las copias de sus leyes (g), por cuya razón sólo pocas pueden haberse introducido de contrabando y equivocadamente las cuales no son suficientes para justificar una probabilidad en los diferentes casos.

(f) A este grupo pertenece § 4, J. de nupt. (1.10): "Duo-
rum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis,
jungi non possunt". Muchos manuscritos tienen la palabra "non",
otros muchos no la tienen. La refutación, en sí intachable, del
"non" es corroborada por el hecho de que en la época de la
confección de nuestros manuscritos seguramente cada copista sa-
bía que el matrimonio entre hijos de hermanos estaba prohi-
bido (por el Derecho canónico). Es cierto que tales casos son
raros. En cambio, es más natural y parece mucho más fértil
hacer uso de la historia jurídica prejustinianeas al fin de reali-
zar enmiendas. Pero este uso precisamente es casi siempre
inadmisable, como demostraremos más abajo.

(g) Const. Omnem § 8, L. 1, § 18 C. de vet. j. enucl. (1.17).
L. 2, § 22 eod. Const. Cordi § 5.

§ 40.

INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES JUSTINIANEAS

(Continuación).

(DE PASAJES AISLADAMENTE CONSIDERADOS).

Las reglas particulares de la legislación justinianeasobre interpretación se refieren sólo a las dos más grandes e importantes partes de la misma: al Digesto y al Código. Cada uno de estos dos libros jurídicos constituye una magna totalidad, compuesta de una multitud de elementos reconocibles como tales e históricamente diferentes. Indicaremos en lo que sigue cómo han de tratarse estos elementos aisladamente considerados, por un lado, y en relación con el conjunto, por el otro.

Para la interpretación de cada pasaje separado han de emplearse principalmente todas sus características históricas: todo lo que sepamos de los títulos y firmas sobre época, autor, motivo del pasaje así como el conjunto primitivo completamente diferente al que tal vez puedan haber pertenecido en su origen (a). En este supuesto disponemos para la interpretación del más rico material por medio de la comparación, no sólo con todos

(a) Esta última afirmación se refiere principalmente al Digesto, en el cual cada pasaje debe considerarse como parte originaria de un libro jurídico. De vez en cuando, no obstante, se aplica lo dicho también al Código, si varios pasajes en él habían formado primitivamente una sola constitución ("coasación"). Este caso es sobre todo frecuente en el Código Teodosiano; pero también existe tal fenómeno en el de Justiniano. Como ejemplo puede servir L. 5 C. de act. emtj (4. 49) en combinación con L. 3 C. in quib. causis (2. 41).

los demás pasajes de la legislación justinianeana, sinó también con todas las fuentes jurídicas anteriores y posteriores, puesto que los límites arriba establecidos del canon recibido (§ 17) no restringen de ninguna manera el uso científico de aquel tesoro abundante.

También es importante en este aspecto la gran diferencia de aquellos, que nos permite dividirlos en dos clases. La primera clase y la más numerosa abarca todo el Digesto, y en el Código los rescriptos. Todos ellos testimonian con arreglo a su destino principal el Derecho entonces vigente: por ende, poseen un carácter científico y predomina en ellos el elemento sistemático de la interpretación (§ 33). Sin embargo, hemos de llamar la atención sobre un doble abuso, que podría hacerse del reconocimiento de esta característica. En primer lugar, no han observado los rescriptos rigurosamente estos límites, sino que en numerosos casos han servido también al desenvolvimiento del Derecho (§ 24). Inclusive los trabajos científicos de los antiguos juristas aspiraron en algunos casos, si bien menos que los rescriptos, a tal desenvolvimiento (§§ 14, 19), hecho que resaltaré aún con más relieve cuando caractericemos su modo de interpretación. En segundo lugar, se trataría de un error garrafal, si no se quisiera aplicar los principios generales de la interpretación de la ley, arriba expuestos, a los rescriptos en el Código y a todo el Digesto, porque estas partes de las fuentes no han sido primitivamente leyes. En efecto, aquellos principios resultan aplicables, con arreglo a su naturaleza, no sólo a leyes sino también a cualquier otra forma del pensamiento jurídico, si bien su desenvolvimiento era necesario al principio en atención a las leyes. Por esta razón he escogido hasta ahora los ejemplos ilustrativos de la interpretación sin tener en consideración si los pasajes a interpretar revestían o no revestían primitivamente la naturaleza de leyes. La segunda clase de elementos de las

grandes recopilaciones es la de las primitivas leyes, a la cual por tanto sólo pertenecen los edictos en el Código. Respecto a ellos predomina el elemento histórico de la interpretación (§ 33) a diferencia de la primera clase en la que tenía la preferencia el elemento sistemático (b). La misma naturaleza que los edictos tienen las Novelas, que no son en absoluto elemento de un todo sino sencillamente leyes aisladas.

§ 41.

INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES JUSTINIANEAS

(Continuación).

(DE PASAJES DETERMINADOS EN RELACIÓN CON LA RECOPIACIÓN).

Ahora nos toca determinar qué se desprende, para la interpretación de pasajes determinados, de su lugar dentro de la recopilación a la cual pertenecen.

En primer lugar adquiere nuevo significado e importancia aquel medio auxiliar de la interpretación de leyes defectuosas que consiste en el contexto de la ley y en su concordancia intrínseca (§35). En efecto, como todo el Digesto lo mismo que todo el Código pueden considerarse como una magna ley de Justiniano, obtiene aquel medio auxiliar una grandísima y bien fundada extensión (a).

(b) Así p. ej. conduce la interpretación de la L. un C. de nudo j, quir. toll. (7.25) a la siguiente pregunta principal: ¿Qué Derecho regía en este punto al principio del reinado de Justiniano y qué fué por tanto realmente modificado por aquella ley?

(a) La comparación de dos pasajes en el Digesto puede

En segundo lugar surge un nuevo medio de la interpretación por la colocación de un pasaje determinado precisamente en este título determinado, puesto que, siendo cada título del Digesto y del Código diferente de todos los demás por el título al que se refiere, es posible deducir algo de este tema particular para aclarar el sentido dudoso de un pasaje determinado. Pero no se debe olvidar que algunos pasajes hayan sido colocados equivocadamente y por la mera apariencia de un parentesco en un título completamente inadecuado; y en este supuesto no se debe usar aquella regla interpretativa (b). Pero aún en los casos corrientes se daría a esta regla una extensión exagerada, si se quisiera limitar cada pasaje al tema especial de su título, puesto que puede contener, además, y sin que los recopiladores hayan incurrido en un error, otro informe, tal vez mucho más importante. Se podría caer en la tentación de buscar un medio análogo interpretativo en el orden, en el cual se hallan los diferentes pasajes de un título, si este orden dependiese del contenido. Pero en el Código se encuentran los pasajes de cada título evidentemente en un orden cronológico. En el Digesto no existe el orden cronológico; pero normalmente también un orden exterior por el cual no nos sirve como medio de interpretación. Sólo a título de excepción se determina

efectuarse para fines completamente distintos: En primer lugar, para rectificar el término indefinido o equivocado de un pasaje por el otro; a este caso hacemos referencia en este lugar; en segundo lugar, para eliminar una contradicción entre ambos pasajes: de este supuesto no podemos tratar sino más abajo.

(b) Se habla de "leges fugitivae". Tenemos un ejemplo en L. 6 de transact. (2.15), que sólo por casualidad y en atención a la palabra "transigi" fué colocada en el título "de transactionibus", puesto que no contiene ninguna regla referente a transacciones conforme se desprende de la comparación con L. 1, § 1 testam. quemadm. aper. (29.3) con toda claridad.

el lugar que un pasaje ocupa en el título en función de su contenido. En este supuesto puede el lugar efectivamente servir como medio hermenéutico (c).

Por último, revisten especial importancia las alteraciones que innúmeros pasajes sufrieron al ser incluidos en la recopilación. Estas modificaciones son de tres clases.

La primera y más inmediata consiste en que algunos pasajes, al ser incluidos en la recopilación, han sido en parte cambiados. Este procedimiento suele llamarse "*interpolación*" o "*emblemata Triboniani*". Algunas de estas interpolaciones pueden ser demostradas con gran seguridad (d); un número considerablemente mayor puede sólo ser afirmado con alguna verosimilitud; otras quedan por completo escondidas. Justiniano no sólo había permitido, sino inclusive ordenado expresamente a los autores de la recopilación que efectuasen interpolaciones; y el fin muy natural consistía en querer hacer idóneos para la recepción en los libros jurídicos pasajes más antiguos en los cuales diferentes términos no se adaptaban al Derecho actual (e). De ello se deduce la regla importante que la comprobación con fuentes jurídicas prejustinianas no es admisible para la crítica del

(c) Bluhme, Orden de los fragmentos en los títulos del Digesto, en "*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*", tomo cuarto, ps. 290, 366, 414.

(d) Así p. ej. duraba la usucapion de las fincas hasta Justiniano dos años, plazo que él aumentaba a diez o a veinte, según los casos, lo que se llamaba en virtud de un largo uso lingüístico "*longum tempus*". Por esta razón se sustituía normal (si bien innecesariamente) en los pasajes de los antiguos juristas que trataban de fincas, los términos "*usucapio*" y "*usucapere*" por "*longi temporis capio*" y "*longo tempore capere*". Véase L. 10, § 1. L. 17. L. 26. L. 33, § 3 de usurp. (41. 3), y algunos otros pasajes semejantes.

(e) L. 1, § 7. L. 2, § 10 C. de vet. j. enucl. (1. 17), Const. Haec quae necess., § 2. Const. Summa, § 3, Const. Cordi, § 3.

texto sino de modo limitadísimo: probablemente sólo en aquellos casos en los cuales se puede probar que no tuvo lugar una modificación del Derecho y, por esta razón, un motivo de llevar a cabo una interpolación.

Una segunda clase de alteración, menos visible que la primera, consiste en que diferentes términos de algunos pasajes han adquirido en el conjunto de la recopilación otro significado que el que le dieron sus primitivos autores al utilizarlos. De esta manera se adaptaron los pasajes a la recopilación sin que hiciera falta redactarlos de diferente modo. Tenemos un ejemplo indudable en la teoría de las servidumbres. Éstas fueron adquiridas, según el Derecho antiguo, por "in jure cessio"; y por esta razón hablan los antiguos juristas con mucha frecuencia, al referirse a las servidumbres, de una "cessio". En tiempos de Justiniano había desaparecido por completo la "in jure cessio". Pero el término "cessio" podía emplearse en todas partes en el sentido general de una transmisión cualquiera, sin tener en consideración la forma empleada. Por este motivo se conservó tranquilamente este término en muchos pasajes con la justa esperanza de que ahora cualquier persona le tomara en éste su significado general (f).

Más frecuente aún y trascendental es el caso en que no sólo quedó incólume un término determinado, sino

(f) A este grupo pertenecen L. 63 de usufructu (7.1), L. 20, § 1. L. 39 de S. P. U. (8.2), L. 3, § 3. L. 10. L. 11. L. 14 de S. P. R. (8.3), L. 15. L. 18 comm. praed. (8.4). Es posible que algunos de estos pasajes rezasen primitivamente "in jure cessio" y que se haya suprimido las palabras "in jure". En este supuesto pertenecen estas modificaciones, en parte, a la primera clase; pero, en parte, también a la presente, puesto que de todas maneras habría adquirido la palabra conservada "cessio" un nuevo sentido. Tampoco es aquella suposición necesaria, puesto que, si bien Gayo y Ulpiano suelen añadir las palabras "in jure", algunas veces las omiten. Gayo I, §§ 168 - 172. II, §§ 30, 35. Ulpiano, XI, § 7.

la misma decisión del problema jurídico; pero, como se estructura en la recopilación en otro contexto y debe reducirse a otro fundamento que en la obra de los antiguos juristas, la decisión, con ser en ambos momentos igualmente acertada, lo es de diferente modo(g). La interpretación que se basa en una modificación supuesta de esta segunda clase se llama con propiedad "duplex interpretatio".

Finalmente existe aún una tercera clase de alteración, semejante a la segunda, pero con la diferencia de que no se refiere a determinadas proposiciones jurídicas modificadas, sino a la configuración interna de la recopilación en su totalidad. En este grupo incluyo la colocación completamente nueva e importantísima que los numerosos rescriptos han adquirido por su recepción en el Código. Los rescriptos debían tener desde el principio fuerza de ley; pero sólo con limitación al caso aislado para el cual fueron dictados y no para otros ca-

(g) Así p. ej. establece L. 11 pr. de public. (6.2): "Si de usufructu agitur traçito, Publiciana datur" (de igual manera después respecto a las servidumbres prediales). En este pasaje pensaba Ulpiano, sin duda alguna, lo siguiente: Si se ha establecido un usufructo no formalmente (por "in jure cessio") pero con "traditio", no puede haber lugar a a verdadera "confessoria" (la "vindicatio usufructus"), pero sí a la "publiciana", para la que en todas partes es suficiente la entrega ("traditio"). Para el Derecho Justiniano este pasaje adquiere sólo sentido, si se añade en pensamiento que el usufructo ha sido establecido por un no-propietario, puesto que éste es actualmente el único caso en el que aún se puede hablar de aquella acción. Si la casa de mi vecino amenaza ruina y yo obtengo, primeramente, una "missio" y luego un segundo decreto, consigo la "publiciana" y la capacidad de la usucapion. L. 5 pr. L. 18, § 15 de damno infecto (392). Primitivamente era el sentido de este pasaje que el praetor quería conceder mediante el segundo decreto la propiedad, pero que no pudo dar sino la propiedad bonitaria. Ahora hemos de referir el pasaje al caso en que el vecino no tiene propiedad (demostrable).

criptos se demuestra el "argumentum a contrario" (§ 37), arriba expuesto, como más peligroso que en cuanto a cualquier otro modo interpretativo, puesto que no será fácil descartar la duda de si aquella parte del rescripto en la cual se cree advertir la oposición escondida, no sólo pertenezca a las condiciones circunstanciales del caso jurídico singular (1).

§ 42

B. INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES JURÍDICAS EN SU TOTALIDAD

Hasta ahora hemos tratado de la interpretación de las diferentes leyes particulares. Pero el conjunto de las fuentes jurídicas arriba indicadas (§§ 17 a 21) constituye una totalidad, destinada a resolver cualquier problema existente en el campo del Derecho. Para que sea idónea a este fin, tenemos que exigir dos cosas: *unidad y perfección*. En este aspecto no podemos limitarnos sólo a las leyes, sino que tenemos que tener en consideración más bien todas las clases de fuentes jurídicas. En cambio, también aquí indicaremos (como en cuanto a la interpretación de las leyes particulares) en primer lugar los principios del procedimiento ordinario; y luego,

general, contenida en aquella de modo patente o escondido. 2º) Confusión con la aplicación de la regla contenida en el rescripto a casos particulares iguales. Esta aplicación se hallaba prohibida en el antiguo Derecho siempre que se basase en la (inexistente) fuerza de ley del prescripto (§ 24); en cambio, se encuentra la misma aplicación ordenada en el Código respecto a los rescriptos en él contenidos. Con ambos procedimientos no tiene nada que ver la interpretación extensiva.

(1) Mühlenbruch, Archiv für civil. Praxis, II, p. 427.

en segundo lugar, los medios auxiliares para los estados defectuosos.

El procedimiento ordinario consiste en la formación de un sistema jurídico edificado sobre la totalidad de las fuentes. Esta formación es esencialmente semejante a la construcción de relaciones e instituciones jurídicas particulares (§§ 4, 5); sólo que la construcción en el caso presente reviste dimensiones mayores. En este magno contexto desempeña el fundamento legal, considerado arriba en lo que atañe a leyes particulares (§ 34) un papel más importante y eficaz; y la fuerza orgánica productiva de la ciencia jurídica (§ 14) aparece en este lugar en su máxima extensión. Todo el hontanar, y sobre todo aquella parte del mismo que denominamos el "Corpus Iuris" de Justiniano, puede ser considerado desde este punto de vista como *una sola ley*, de suerte tal que la regla sobre la interpretación de una sola ley por sí misma (§ 35), llega a serle hasta cierto punto aplicable. Por ello reviste en este lugar especial importancia el paralelismo de los pasajes particulares, cuyo conocimiento completo está expuesto a dificultades considerables tanto por la extensión como por la multiplicidad de aquellas fuentes (a).

Los estados defectuosos de aquella totalidad, comparables con los defectos de las leyes particulares (§ 35), se refieren a las dos exigencias que establecimos arriba. Si falta la unidad, hemos de eliminar una *contradicción*; si falta la perfección exhaustiva, hemos de colmar una *laguna*. En el fondo podemos reducir ambos casos a un concepto fundamental común. En efecto, en todas partes

(a) La glosa brinda un fundamento muy útil y digno de encomio para la colección de pasajes paralelos. Para la primera intención son también ya útiles las notas de D. Gothofredo que en este aspecto, como extracto de la glosa, poseen cierto valor.

intentamos llegar a la unidad: a la unidad negativa mediante la eliminación de contradicciones; a la unidad positiva, llenando las lagunas.

El supuesto de la *contradicción* interna entre diferentes partes del hontanar es afín al de la expresión indefinida en leyes particulares (§§ 35, 36). Ambos defectos coinciden en que se obtiene su conocimiento por vía puramente lógica; que el remedio es absolutamente necesario; y que no se debe buscar este último lógicamente (en nuestro caso por medios históricos). El principio más general nos invita a disolver la contradicción, donde posible fuere, en mera apariencia, o sea a buscar la unión de las partes aparentemente contradictorias.

La contradicción puede darse o dentro de nuestro hontanar general (§§ 17 a 20) o sólo en consideración a las fuentes añadidas al mismo hipotéticamente (21).

El hontanar general se compone en Alemania de las leyes justinianas, del Derecho canónico, de las leyes del Imperio y del Derecho consuetudinario científicamente confeccionado o el uso de los Tribunales. Si se encuentra en estas materias una contradicción, nos atenemos a la regla según la cual la fuente más moderna es preferible a la fuente más antigua. El fundamento de esta regla descansa en que una contradicción del indicado modo pertenece al desenvolvimiento progresivo del Derecho, de suerte que con el establecimiento de la nueva proposición jurídica se relaciona la abolición efectiva de la antigua. Si ahora buscamos una regla para el presente estado jurídico, ésta sólo puede ser desprendida del presente estado y no del ya destruido (b). Por esta razón se realiza una limitación na-

(b) Esta clase de contradicción no constituye, por ende, un defectuoso estado sino en cuanto se considera aún la ley antigua como elemento de las fuentes jurídicas, elemento necesariamente abolido. El estado de las fuentes jurídicas todavía válidas no se puede, por consiguiente, tachar como defectuoso. Por

tural de las mencionadas reglas. En efecto, si al lado de la regla antigua existía una excepción, la abolición no se refiere necesariamente también a esta excepción. Al contrario, salvo el caso de una derogación especial continúa la excepción vigente al lado de la regla moderna (c).

La aplicación de la regla principal se realiza de la siguiente manera. El verdadero uso de los Tribunales tiene la preferencia ante todo lo demás como la más moderna elaboración de las fuentes jurídicas antes existentes. En segundo lugar de la aplicación se hallan las leyes imperiales; en tercer lugar el Derecho canónico; y en último lugar el Derecho romano. Sólo el orden jerárquico respecto a las últimas dos fuentes requiere una exposición detallada.

En efecto, se discute mucho sobre si el Derecho canónico (en cuestiones del Derecho privado) precede al romano. Bien es verdad, que se halla fuera de duda el hecho de que también aquí haya de intentarse sobre todo una unión. Pero para el supuesto de que tal unión no

esta razón no constituye la afirmación de tamaña contradicción ningún reproche, mientras que la tesis de leyes particulares defectuosas (§§ 35 a 37), siempre contiene una reprensión.

(c) L. 80 de R. J. (50. 17). "In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est". L. 41 de poenis (48. 19). "...nec ambigatur, in cetero omni jure speciem generi derogare..." (el resto de este pasaje ha sido ya utilizado arriba § 37, nota d). - Sólo del contenido de la nueva ley es posible deducir si la supresión debe contener también la excepción. El principio establecido en este lugar como limitación de la regla principal no debe ser referido a todas las disposiciones *especiales* del antiguo Derecho, sino sólo a aquellas que revisten características de excepción. Por esta razón, no se refiere el principio limitativo a preceptos especiales que sólo constituyan consecuencias de la regla anterior. - V. en general Thibaut, Artículos civilísticos, número séptimo, donde se expone este principio satisfactoriamente.

sea asequible, puesto que tal vez sea evidente la intención reformatoria, ha sido establecida la siguiente afirmación. Ambos Derechos, se sostiene, no rigen por su propia fuerza, sino por medio de la recepción; y ésta tuvo lugar para nosotros en el mismo momento, por lo cual resultan para nosotros ambos Derechos simultáneos; a ninguno corresponde una preferencia ordinaria; y en cada caso particular de contradicción debe determinarse la preferencia sólo por un uso judicial especial(d). Pero el Derecho canónico se relaciona con el romano en asuntos iusprivatistas de análoga manera como las Novelas. Esta afirmación se refiere sobre todo a los decretales que preferentemente originan el conflicto. En esta relación fueron ambos Derechos en Bolonia realmente acogidos; y cuando los decretales, primeramente de modo aislado y luego en nuestras colecciones, aparecieron, la recepción ya se había efectuado y aquellos decretales se añadieron a aquéllos como leyes nuevas y derogatorias. Bien es verdad que en Alemania la recepción del Derecho romano y la de la totalidad del Derecho canónico, se efectuó en el mismo momento; pero no lo es menos que se llevó a cabo con el mismo sentido que había tenido en Bolonia, de donde, como es sabido, se habían recibido también los límites del cánón de las fuentes romanas (§ 17). Estos hechos podrían a lo sumo dar lugar a dudas, si el Derecho canónico solo hubiese sido recibido como ley en Italia a diferencia de Alemania. Pero en Alemania era en la época de la recepción el prestigio del Papa y del Derecho de él dimanante exactamente tan grande como en Italia, de modo que aquella relación fundamental de ambos

(d) (Hübner) Rectificaciones y añadiduras a Hopfner, ps. 14 a 22. Mühlenbruch, I, § 70. - Opiniones más acertadas se encuentran en Böhner, Jus eccl. prot. Lib. 1, tit. 2, §§ 70 a 73 que analiza el problema muy detenidamente sin llegar, sin embargo, a un resultado claro. Véase también Hofacker, I, § 53.

Derechos no sólo fué reconocida en Alemania a fuerza de la autoridad de Bolonia, sino por los mismos motivos que en Bolonia. De esta consideración se desprende que en asuntos iusprivatísticos el Derecho canónico tiene la preferencia regularmente ante el Derecho romano. Una excepción a esta regla solo podrá basarse o en un uso judicial especial o (en Países protestantes) en principios del Derecho eclesiástico protestante contrarios a una proposición canónica iusprivatista. El mismo efecto que dicha excepción produce, puede realizarse también por la preferencia ordinaria, arriba establecida, de las leyes imperiales ante el Derecho canónico: así ocurre, si las leyes imperiales han desautorizado un principio del Derecho canónico abriendo de este modo el camino de nuevo a la regla contraria del Derecho romano (e).

§ 43.

INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES JURÍDICAS COMO TOTALIDAD.

(CONTRADICCIÓN).

(Continuación.)

La contradicción entre diferentes partes de la legislación justiniana es más importante, pero también de más difícil solución que la anterior. Dicha contradicción se realiza con gran frecuencia y las opiniones

(e) Así p. ej. en la doctrina de los intereses, en la cual se reconoce por lo menos que la prohibición radical del Derecho canónico de tomar intereses ha sido suprimida por las leyes imperiales, por lo cual los intereses han llegado a ser admisibles según las reglas de Derecho romano. Es cierto, que las disposiciones detalladas dan lugar a muchas dudas.

de los autores modernos discrepan extraordinariamente sobre su alcance(a).

Sobre todo hace falta distinguir las Novelas de los tres libros jurídicos. Las Novelas tenían el destino de modificar y desenvolver el Derecho como leyes particulares que eran. Nunca fueron reunidas por el legislador en una colección. Por esta razón, en el supuesto de una contradicción, será preferida, sin duda alguna, no sólo cualquier Novela a los tres libros jurídicos, sino también a cualquier otra Novela más antigua(b). La afirmación de que existe una contradicción tampoco ofrece en este caso tantas objeciones como en el de los tres libros jurídicos, puesto que, siendo el destino de las Novelas precisamente la modificación del Derecho, no nos encontramos con la necesidad rigurosa de llegar a una unidad. Bien es verdad que todas las Novelas han sido recibidas entre nosotros simultáneamente con los libros jurídicos; y se podría creer que por este hecho se haya abolido a su vez la preferencia natural que les correspondía en su papel de leyes nuevas(c).

(a) Muchas observaciones acertadas se encuentran en Thibaut, Artículos civilísticos, número seis; y en Lohr, en: Grolman y Lohr, Magazin, tomo tres, número séptimo. Una lista muy nutrida de autores se encuentra en Haubold, Inst. jur. Rom. hist. dogm. ed. 1826, § 300.

(b) Para este fin es, por tanto, prácticamente importante, es más, imprescindible, el índice cronológico de Biener, Historia de las Novelas, Apéndice, número IV. No se objete que los glosadores no hayan poseído tal índice. También ellos reconocieron el principio y lo aplicaron según su entendimiento, sin que hubiesen establecido otra serie cronológica errónea. Ni en este aspecto, ni tampoco en el de la crítica del texto (§§ 17, 38) cerraron los glosadores el camino a la mejor inteligencia.

(c) Hübner, Rectificaciones y añadiduras a Hopfner, ps. 8 a 14, da a esta objeción demasiada importancia. Es cierto, que al fin de cuentas admite nuestra solución; pero solo como último refugio, lo que es por completo erróneo.

Pero aquella recepción se llevó a cabo en el sentido de Justiniano como un legado de leyes transmitido por él a nosotros y por lo tanto en la misma manera en que la vigencia de ellas constaba al final de su largo gobierno; y en aquel entonces las Novelas habían ya destruído el Derecho anterior opuesto, por lo cual nos es completamente indiferente la recepción simultánea de las Novelas con el Derecho anterior.

Para los tres libros jurídicos debe establecerse primeramente un punto de vista general, desde el cual pueden encontrarse las reglas especiales sobre el caso de contradicciones. El mismo Justiniano quiso, sin duda alguna, que fuesen considerados como una totalidad contigua, como un verdadero código o sea como una obra de la cual se debe desprender exclusivamente la resolución de cualquier caso jurídico y que para este fin es suficiente(d). Se quiso alcanzar esta meta por medio de una colección del material jurídico, existente en gran cantidad, de suerte que los trozos elegidos, en su forma histórica intactos, fueron unidos a una nueva totalidad. En este nuevo edificio jurídico las *Pandectas* eran la parte principal, la única en si entendible y, a la par, para la aplicación no insuficiente, a la cual las otras dos partes se añaden como extracto o complemento. Pero este su papel no constituye una razón para preferir su contenido al contenido de

(d) *Constit. Omnen*, § 7. *Const. Summa* § 3. *L. 2*, § 12. 23 *C. de vet. j. enucl.* (1. 17). Hufeland, *Espíritu del Derecho Romano*, I, ps. 143 a 145 niega este carácter de código, porque los libros jurídicos contienen muchos pasajes meramente científicos. Pero este hecho se refiere solo a su manera de surgir y a su forma: sobre su destino de servir como código no dejan los pasajes aducidos lugar a duda y este particular es el que solamente tiene importancia. Con nuestra afirmación es compatible la de que muchos pasajes particulares no deben ser ley sino solo material histórico. En el acto haremos uso de esta opinión.

las demás partes. Algunos autores afirman que se debe dar la preferencia a las *Instituciones* por ser una obra del propio Justiniano. Otros mantienen que como mero extracto del Digesto debían posponerse al mismo. Ambas tesis son erróneas. No se debe tener en consideración su uso como manual en las Escuelas jurídicas. Como elemento de la legislación constituyen una sola constitución justinianeana (e); y en este aspecto no pueden ser pospuestas ni antepuestas a los libros jurídicos mayores. Indicaremos oportunamente algunas consideraciones especiales para el caso de un conflicto. En cuanto al Código, finalmente, mantienen algunos autores, no sin visos de probabilidad, que merece una preferencia general a las demás partes, a semejanza de las Novelas, en atención al hecho de que nuestro código actual entró en vigor un año más tarde que las *Instituciones* y el Digesto, por lo cual en el caso de conflicto siempre debía tener preferencia el Código. Pero esta tesis nos conduce al siguiente resultado extraño. El Código antiguo (que sin duda alguna coincide en la mayor parte con el actual) se publicó en 529. Cuando en 533 se publicaron las *Instituciones* y el Digesto, derogaron el Código en todos los pasajes contrarios. Finalmente se publicó el nuevo Código en 534, que a su vez debía derogar las partes contrarias de las *Instituciones* y Digestos y restablece, por tanto, precisamente aquellos pasajes del primer Código que fueron suprimidos el año anterior. Es imposible que Justiniano hubiese querido poner en práctica un cambio del Derecho de tamaño ligereza (f). Ni siquiera podía pensar en una semejante derogación, puesto que creía que entre los libros jurídicos no había contradicciones sino sólo concordancia completa. Los únicos pasajes del nuevo Código que podemos considerar

(e) Prooem. Inst. § 6. L. 2, § 11. C. de vet. j. enucl. (1.17).

(f) Thibaut alega acertadamente esta razón, l. c. p. 83.

provistos de fuerza derogatoria sin vernos obligados a suponer tan absurdos vaivenes y sin ponernos en contradicción con la armonía concebida por Justiniano, son los pocos pasajes publicados entre la entrada en vigor del Digesto (el 30 de diciembre de 533) y la promulgación del Código (el 17 de diciembre de 534), por tanto en el intervalo de menos de un año (g). Estos pasajes merecen indudablemente la preferencia al Digesto; pero esta su preferencia se deduce ya de otra razón decisiva, de la que enseguida haremos un uso más extenso, sin que, por ende, sea necesario aducir la promulgación posterior del nuevo Código que contiene dichos pasajes. En resumidas cuentas reza el principio de la siguiente manera: Tienen el destino de regir como una sola magna obra conexas; su promulgación sucesiva carece de importancia y podemos, sin incurrir en el peligro de un error, tratarlos como si se hubiesen promulgado simultáneamente (h). De este principio hemos de deducir reglas especiales para el tratamiento de contradicciones particulares que puedan existir dentro de los tres libros jurídicos.

(g) Reland enumera once constituciones de esta clase ("fasti", p. 710). Pero entre ellas se encuentran algunas que por su contenido eclesiástico o publicista no pueden estar en contradicción con el Digesto. Por tanto siguen sólo en pie las siguientes seis: L. 2. c. de jur. propt. cal. (2. 59). L. 29 c. de mupt. (5. 4). L. 31. c. de test. (6. 23). L. un. C. de cad. Foll. (6. 51). L. 15.

C. de leg. her. (6.58). L. un. C. de lat.

(h) Lohr, 1. c. p. 201.

§ 44.

INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES JURÍDICAS COMO
TOTALIDAD

(CONTRADICCION).

(Continuación.)

En primer lugar adquiere en este supuesto la regla general especial fuerza e importancia, según la cual debemos, si posible fuese, reconducir la aparente contradicción a una unión (§ 42). Ello es así, por una vertiente, porque los tres libros jurídicos constituyen una sola obra, en la cual, pues, la unidad de pensamiento es ya por sí el estado natural; y, por otra vertiente, porque Justiniano expresamente asegura que no existen contradicciones y que, donde se crea que las hay, una investigación verdaderamente exacta ("subtili animo") nos enseñaría un fundamento oculto de unión (a). Esta indicación es extraordinariamente importante, puesto que justifica inclusive un procedimiento algo artificial de unión, al introducir, desde fuera, divisiones en los pasajes contradictorios, a las cuales ni ellos mismos ni otras partes de la legislación dan motivo alguno (b).

Una unión de la indicada clase es hacedera por dos vías diferentes: la *sistemática* y la *histórica*. Ambos caminos son en sí admisibles; pero el segundo debe ser pisado solo si el primero no nos hubiese conducido a la meta.

La unión *sistemática* puede realizarse mediante la ad-

(a) L. 2, § 15. L. 3, § 15. C. de vet. j. enucl. (1.17).

(b) L. 2, § 15 cit. "... sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit, et aliam naturam inducit discordiae fines effugientem".

judicación a cada uno de los pasajes contradictorios de especiales supuestos de aplicación, de un campo particular de acción, sea que dividamos la esfera de acción de una regla en dos partes iguales, en atención a diferentes condiciones, sea que tratemos un pasaje como regla y el otro como mera excepción. La unión puede llevarse a cabo también, si completamos un pasaje con otro, determinando con más exactitud y limitando la aparente generalidad de un pasaje por el otro(c). Las siguientes aplicaciones ilustrarán este procedimiento. Varios pasajes admiten la usucapión, si el poseedor cree en la existencia de un título, aunque el mismo realmente no exista(d); otros pasajes, en cambio, declaran que en este supuesto la usucapión es imposible(e). La mediación consiste en que la usucapión resulta admisible, si se puede probar una causa probable de aquel error, siendo la misma en caso contrario imposible(f). Otros pasajes declaran que una compra-venta entre cónyuges es completamente nula, si el precio se hubiese fijado intencionadamente más alto o más bajo que el verdadero valor(g). Otros pasajes, en cambio, limitan la completa nulidad al caso en que la compra-venta sirve solamente para realizar una donación; si, al contrario, la compra-venta se hubiese celebrado también con independencia de dicha intención accesoria, se considera

(c) Así dice L. 1, § 9. C. de vet. en. (1.17) que respecto a aquellas proposiciones ya contenidas en el Código no se ha establecido normalmente ninguna en el Digesto, "*nisi forte vel propter divisionem, vel propter repletionem, vel propter pleniorum indaginem hoc contigerit*". Este pasaje puede ser aplicado también a la solución sistemática de contradicciones. El mismo Justiniano nos ofrece en la Novela 158 un ejemplo de la unión sistemática de dos pasajes del Código.

(d) L. 3. L. 4, § 2 pro suo (41.10).

(e) L. 27 de usurp. (41.3), § 11 J. de usuc. (2.6).

(f) L. 11 pro emt. (41.4), L. 4 pro leg. (41.8), L. 5, § 1 pro suo (41.10).

la compra-venta como válida y sólo nula la donación pecuniaria contenida en la determinación del precio (h). Este procedimiento se basa, pues en la doctrina acertada de que una regla no excluye por la generalidad indeterminada de su expresión las determinaciones más detalladas o las excepciones, lo que sólo ocurriría en el caso de que negara expresamente tal limitación. En los pasajes citados mediadores aplican embrionariamente los mismos juristas antiguos tal procedimiento. Sobre todo hay que tener en consideración la particular naturaleza de las reglas o fórmulas establecidas por los juristas científicamente (§ 14). Si por tanto de dos pasajes contradictorios se tratara, por un lado, de tal fórmula, y, por el otro, de una disposición concreta, tendríamos que dar casi siempre la preferencia a ésta última. En este sentido procede Africanus (nota f); una aplicación más importante aún e ilustrativa de este principio se encuentra en otro lugar (Suplemento VIII, número VIII).

La unión *histórica* se efectúa mediante la suposición de que uno de los pasajes contradictorios contenga el juicio verdadero y permanente de la legislación, mientras que el otro sólo constituya material histórico. Algunos autores han desprestigiado este procedimiento concibiéndolo y aplicándolo de manera algo torpe. Concibieron como decisivo el mero orden cronológico y prefirieron en todas partes el pasaje moderno (de un Emperador o de un jurista) al antiguo. Este tratamiento, si bien sencillo y cómodo, no se puede justificar ni siquiera en atención al plan general de los libros jurídicos. Pero el mismo Justiniano lo refuta decididamente, al declarar especialmente para el Digesto que se debe considerar

(g) L. 38 de contr. emt. (18.1), L. 17 pr. ad Sc. Vell. (16.1).

(h) L. 5, § 5 L. 32, § 26 de don. int. vir. (24.1). Véase abajo § 154, nota b, c.

cualquier pasaje incluido como dimanado de él, como ley imperial (i). En cambio, puede justificarse la unión histórica por completo, si se puede hacer probable para la recepción del pasaje antiguo un fin histórico. En este supuesto hay que posponer el pasaje antiguo, no por ser antiguo, sino por carecer del destino de ser aplicado inmediatamente (k). Un tal fin histórico puede existir de doble manera: en primer lugar, por las relaciones jurídicas existentes en el momento de la recopilación, que debían resolverse todavía con arreglo a las leyes antiguas (l); en segundo lugar, —y ello es más importante y admite una aplicación más extendida—, por la intención de hacer más evidente el pasaje moderno, único válido, por medio de pasajes del Derecho antiguo. En este último caso suponemos que se acogió los pasajes antiguos para relatar un episodio de la Historia del Derecho cuyo conocimiento parecía necesario para la comprensión del pasaje moderno.

El acierto de este último supuesto es confirmado por completo por las siguientes circunstancias. En primer lugar, hay que tener en cuenta que los libros jurídicos se

(i) L. 1, § 6. L. 2, § 10.20 C. de vet. j. en. (1.17). L. 1, § 6 cit. dice: "omnia enim merito nostra facimus"; de modo semejante se expresan otros pasajes. Bien es verdad que estas declaraciones deben expresar en primer lugar la rigurosa oposición contra la ley de Valentiniano III, (§ 26), hasta entonces vigente, y así impedir que estimara p. ej. pasajes de Juliano menos que otros de Ulpiano; pero la regla en sí es tan general que excluye asimismo la preferencia de pasajes modernos ante pasajes antiguos en mera atención de la diferencia temporal.

(k) Lohr, 1. c. ps. 180, 189 a 197, aborda este particular muy satisfactoriamente.

(l) En sí no era preciso incluir en los libros jurídicos pasajes antiguos que no debían ya aplicarse a casos futuros, puesto que no se destruían las antiguas constituciones y libros. Pero el mismo Justiniano dice expresamente (Novella 89, C. 7) que así se procedió efectivamente.

componen de un material histórico surgido paulatinamente durante siglos, hecho que tuvo que motivar forzosamente la aparición del desenvolvimiento histórico de las proposiciones jurídicas, la cual en una obra redactada como nueva probablemente habría podido ser esquivada. En segundo lugar, hemos de poner de relieve la cuidadosa conservación de la indicación histórica de cada pasaje, la que no puede tener sino el fin de hacer posible la explicación del Derecho vigente por medio del Derecho antiguo. En tercer lugar resaltamos que tantas nuevas constituciones derogatorias de Derecho antiguo apenas podían ser comprendidas sin ponerlas en parangón con el Derecho antiguo que debían modificar. Finalmente ponemos de realce el carácter de las Instituciones. Estas no debían contener pasajes anticuados(m)y, no obstante, exponer el desenvolvimiento histórico(n), misión que en algunas doctrinas llevan a cabo con gran perfección(o). Ello aclara todo: No se quería aludir a las instituciones desaparecidas como a la "mancipatio" y al matrimonio riguroso; pero sí se quería exponer el desenvolvimiento histórico de las instituciones existentes, puesto que no se podía comprender su forma actual sin su conocimiento. No debemos dudar en aplicar al Digesto y al Código así como a la relación entre los tres libros jurídicos lo que en el caso de las Instituciones resulta tan evidente y natural. Desde este punto de vista desaparecen a la vez todas las objeciones que con cierto viso de probabilidad se han dirigido contra nuestra doctrina. Se argumenta del siguiente modo: Justiniano declaró que cada pasaje de-

(m) Prooem. Inst. § 3, "*ut nihil inutile, nihil perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant*".

(n) Prooem. Inst. § 5. "*In quibus breviter expositum est et quod antea obtinebat, et quod postea desuetudine inumbratum ab Imperiali remedio illuminatum est*".

(o) Así p. ej. § 4 a 7 J. de fid. hered. (2.28).

bía considerarse como procedente de él mismo (nota i); pero esta declaración es compatible con que algunos pasajes no tienen el destino de una inmediata aplicación sino el de una ilustración histórica. Además, la afirmación de que no se recogía ningún pasaje anticuado (p) se interpretaba conforme acabamos de exponer con ocasión de las Instituciones. Finalmente, se explicaba la afirmación de que no se encontraban en los libros jurídicos contradicciones (q), con decir que no se trata de una contradicción, si se recogen dos pasajes de diferente contenido a fin de que uno arroje luz histórica sobre el otro. Aunque en vista de todas estas razones la unión histórica es completamente admisible, solo debe ser aplicada en defecto de la unión sistemática (r). La preferencia de la unión sistemática constituye una consecuencia natural del hecho de que los libros jurídicos han sido promulgados para un fin práctico; y por ello hay que suponer que también cada uno de sus elementos tenga como destino su aplicación inmediata, a no ser que haya razones especiales que militen en contra de esta suposición, como la contradicción inevitable con otros pasajes.

La tarea más importante y a la par más difícil, consiste en comprobar las condiciones de la unión histórica. En efecto, el caso en el que se expone directamente y en su contexto Historia del Derecho, como en el ejemplo arriba indicado de las "Instituciones" (nota o), es

(p) Const. Haec quae necess. § 2. L. 1, § 10 C. de vet. j. enucl. (1.17).

(q) Const. Haec quae necess. § 2. Const. Summa § 1. L. 1, § 4.8 C. de vet. j. enucl. (1.17). L. 2 pr. § 15 eod. Nov. 158.

(r) Nuestra tesis experimenta una confirmación, si se tiene en cuenta que el mismo Justiniano sólo se refiere expresamente a la unión sistemática, evidentemente por considerarla la normal y natural que sobre todo debe ser intentada. L. 2, § 15 C. de vet. j. enucl. (1.17). Nov. 158.

el supuesto más raro. Casi siempre debe llevarse a cabo este tipo unitivo mediante un procedimiento artificial. La siguiente regla nos indicará el criterio seguro de que nos encontramos realmente en presencia de este caso. Si se encuentran dos pasajes contradictorios de dos épocas diferentes, puede ser, que la diferencia del contenido probablemente haya sido provocada precisamente por la diferencia de edad, habiéndose realizado efectivamente un cambio del Derecho, sea en el intervalo entre ambos pasajes(s) o, lo que es más frecuente aún, precisamente por el nuevo pasaje, si éste reviste el carácter de una ley derogatoria. En estos casos se justifica la unión histórica efectivamente, puesto que podemos afirmar con certeza que los autores de ambos pasajes, si hubiesen escrito simultáneamente, coincidirían. Podemos considerar el pasaje antiguo como mero material de ilustración iushistórica del pasaje nuevo(t).

(s) Ello puede ocurrir a causa de una ley nueva dada en el tiempo intermedio; pero también (y aún con más frecuencia) a causa del desenvolvimiento científico progresivo de una regla jurídica. Así p. ej. regía al principio en materia de préstamo la regla severa de que sólo la entrega inmediata del dinero engendrara una acción contra el prestatario. Pero cuando la doctrina de la adquisición posesoria se desarrollaba con mayor espíritu de libertad, ésta repercutía también sobre la forma admisible del préstamo. En la época del Africano, parece, que este desarrollo no se había todavía terminado (L. 31 pr. mand. 17.1), mientras que sí estaba acabado en tiempos de Ulpiano (L. 15 de R. C. 12. 1). En este lugar constituye, por tanto, el pasaje de Africano meramente material histórico, por el cual se evidencia el desenvolvimiento paulatino de esta regla jurídica. Relatamos un caso semejante en el Suplemento X. Véase otro caso en 161 (L. 23 de don. int. vir. 24.1).

(t) Un caso muy aleccionador se encuentra en Int. de vi. Aquí se expone extensamente en el Digesto la regla del Derecho antiguo, la cual limita el interdicto a fincas (L. 1, § 3 a 8 de vi). El Código y las Instituciones lo tratan como aplicable a cosas de todas partes. Parto del acierto de la doctrina que ex-

Nos es indiferente si los recopiladores tuvieron esta intención (lo que nunca podrá demostrarse rigurosamente) o si el pasaje antiguo sólo ha sido incluido por equivocación. En efecto, también en este último supuesto se efectúa una unión en el sentido de la recopilación, siendo nuestro procedimiento completamente justificado por la naturaleza y el destino de la misma(u). En oposición al caso descrito refutamos la unión histórica en las siguientes hipótesis. En primer lugar, si ambos pasajes según nuestros conocimientos fuesen simultáneos, hecho que podemos suponer casi siempre, si dos pasajes de las Pandectas proceden del mismo autor o de autores contemporáneos, puesto que poco sabemos del orden cronológico de las diferentes obras. En segundo lugar, si estos pasajes no fuesen simultáneos, pero el intervalo temporal no constituye la razón de la diferencia de contenido, pudiendo revestir la misma diferencia de contenido aún si hubiesen sido redactados simultáneamente. Así ocurre p. ej. respecto a aquella controversias que perduraban durante siglos entre los juristas romanos. Si una de estas controversias todavía surge en el Digesto, resulta, en efecto, indiferente que tal vez un pasaje proceda de Juliano y otro de Modes-

pongo en el § 40 de mi libro sobre la posesión, siendo el problema muy controvertido. Otro caso se encuentra en la teoría del "castrense peculium". Si moría un "filius familias" que poseía tal peculio sin testar acerca del mismo, correspondía al padre no como herencia sino "jure pristino". Esta regla jurídica se encuentra aún en el Digesto expuesta, extensamente y aparece inclusive en el Código (L. 1. 2. 9. 19. § 3 de castr. pec. 49.17., L. 5 C. eod. 12.37). Pero desde la elaboración de los llamados "adventicios", el mencionado principio no resultaba ya adecuado; y por ende, dicen las "Instituciones", si bien solo pasajeramente, que aquel derecho del padre sólo existe, si el hijo no tuviese ni hijos ni hermanos. pr. J. quib. non est u) Lohr, 1. c. p. 212.

(u) Lohr, 1. c. p. 212.

tino, puesto que también autores contemporáneos luchaban el uno contra el otro de idéntica manera. En tales supuestos no brinda el pasaje antiguo testimonio a favor del Derecho antiguo; y su recepción no podía tener, por consiguiente, ningún fin histórico. Por esta razón hay que prescindir de la unión histórica, ya que ésta no se basa en la diferencia de edad, sino exclusivamente en el fin histórico, que sólo puede ser desprendido del progreso demostrable del Derecho. Precisamente por la misma razón debemos prescindir de la unión histórica de aquellos pasajes de diversa edad respecto de los que queda indeciso cual de ambas relaciones es la existente, puesto que la unión histórica supone la prueba del fin histórico.

§ 45.

INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES JURÍDICAS COMO TOTALIDAD

(CONTRADICCION)

(Continuación.)

Si aplicamos estas reglas a los diferentes libros jurídicos, resulta para el *Código* una esfera de acción muy extendida de la unión histórica. En efecto, siendo el pasaje moderno un edicto, será las más de las veces indudable que el mismo tenía precisamente el destino de introducir Derecho nuevo; sobre todo, si procede de Justiniano y, preferentemente, si pertenece al pequeño número de aquellos publicados después de la entrada en vigor del Digesto (a). Inclusive respecto a la mayor

(a) Véase § 43, nota g. Para estos pasajes se reclama, pues, aquí efectivamente la preferencia; pero invocando otra razón que la promulgación posterior del nuevo Código que hemos rechazado arriba como causa no decisiva.

parte de los rescriptos nuevos, sobre todo respecto a los numerosos dimanantes de Diocleciano, puede suponerse una relación semejante, ya que los mismos, al menos con gran frecuencia, dan testimonio de una verdadera elaboración del Derecho. No obstante, no puede afirmarse por ello una general preferencia del Código ante el Digesto, puesto que muchos rescriptos más antiguos del Código se encuentran con pasajes de las Pandectas en tal relación que según las reglas establecidas resulta inadmisibles la unión histórica(b). Dados pasajes del *Digesto* de diferentes épocas, la unión histórica podrá justificarse con menos frecuencia. Sin embargo, hemos demostrado con un ejemplo que puede existir(c). Si finalmente las *Instituciones* están en contradicción con los demás libros jurídicos mayores, podrán comprobarse las más de las veces los siguientes casos con suficiente seguridad. Algunas veces se cometió evidentemente una precipitación al redactar las *Instituciones*, p. ej. por introducir en las *Instituciones* de Gayo torpemente el pasaje de otro jurista: en este supuesto han de posponerse indudablemente las *Instituciones*(d). Algún otro pasaje de las *Instituciones* contiene precisamente, al contrario, una declaración prudente del propio legislador, la cual debe ser considerada como un edicto justiniano y preferida a cualquier otro pa-

(b) Thibaut, p. 93 y Lohr, p. 213 afirman una preferencia incondicional del Código ante el Digesto, tesis que no puedo aceptar.

(c) § 44, nota s.

(d) En el primer suplemento a este tomo se expone un ejemplo indudable de esta clase. Pero el mismo no se refiere a una regla del Derecho práctico. De la misma manera se compone § 16 J. de L. Aquilia (4.3) de Gayo III, 219 y del pasaje de Ulpiano ad. ed. que poseemos como L. 7, § 7 de dolo (4.3). Pero por la composición se origina la falsa apariencia como si en casos como en este último no rigiera la "actio utilis Aquiliae", puesto que es admitida en L. 27, 19, 20, 21 ad L. Aquil. (9.2).

saje contradictorio (e). Las más de las veces no se podrá aceptar ninguno de los dos casos; y se considerará ambos pasajes, el de las "Instituciones" y el del "Digesto" como complementarios. En esta hipótesis realizamos una unión sistemática (§ 44) que hace superfluo cualquier otro procedimiento (f).

(e) En § 3 J. de emt. (3.24) se dice que el vendedor sólo está obligado a la "custodia" de un esclavo en el supuesto de una promesa especial, no en cambio en caso contrario. Esta regla se relaciona con la doctrina que, inclusive en otros negocios, no era preciso vigilar a esclavos. L. 5, § 6.13 commod. (13.6). Pero el parágrafo citado de las Instituciones añade, después de mencionar al esclavo: "Idem in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus". Mediante esta añadidura quisieron decir los recopiladores que la regla primeramente establecida (despreñada indudable y textualmente de un jurista antiguo) nombraba a un esclavo sólo por casualidad, con lo cual querían aumentar el valor práctico del principio. Pero no se dieron cuenta que no se trataba de un azar sino que, en efecto, respecto a las demás cosas muebles regía la regla opuesta, y ello con mucha razón. L. 35, § 4 de contr. emt. (18.1). L. 3, L. 4, § 1, 2 de peric. (18.6). El § 39 J. de action. (4.6) admite la compensación solo para lo "quod invicem actorem *ex eadem causa* praestare oportet". Esta limitación no es adecuada respecto al resto del Derecho Justiniano, sobre todo en relación con § 30 J. eod. Fué ya abandonada en la época de Paulo, II, 5, § 3. Es más, no podía perdurar inclusive desde que Marco Aurelio había aplicado la compensación a la acción nacida de la estipulación que siempre es unilateral. § 30 J. cit. Ahora sabemos que aquellas palabras inadecuadas fueron copiadas ligeramente de Gayo IV, § 61, en cuya época la limitación aún tenía sentido.

(f) Incluyo en este grupo los siguientes casos. § 25 J. de rer. div. (2.1) y L. 7, § 7 de a. rer. dom. (11.1) se completan mutuamente. El pasaje de las "Instituciones" es más completo en vista de la regla respecto a la propiedad mixta; y el pasaje de las "Pandectas" lo es mediante la exposición detallada y la rectificación del caso del trigo trillado. Por ello, deben aunar en el pensamiento ambos pasajes. De análoga manera completa el final de § 6 de mand. (3.27) la L. 2, § 6 mand. (17.1).

¿Qué debe hacerse finalmente en los casos en los cuales ambas clases de unión resultan inaplicables (§ 44), aunque hayamos de admitir indudablemente la existencia de una contradicción? No queda más remedio que el de preferir entre ambos pasajes contradictorios aquél que más corresponda a los demás principios indudables de la legislación justiniana. Esta regla se funda en el supuesto de una unidad orgánica de la legislación romana, que a su vez halla su base más profunda en la naturaleza general del Derecho positivo como tal (§ 5). Una corroboración de su acierto se encuentra en el procedimiento completamente análogo que se debe aplicar a los términos ambiguos de leyes particulares (§§ 35, 36) y que nadie pone en duda. En este último supuesto la duda se origina por tener un solo término varios significados; en el presente por haber dos pasajes contradictorios en una sola legislación. En aquella hipótesis se disipa la duda lingüística de manera más segura comparando la parte dudosa con otras partes de la misma ley o con otras leyes; en el presente con compararla con otros principios indubitados de la misma legislación. En resumidas cuentas: la semejanza es completa e imposible de combatir. Nos encontramos con una sencilla aplicación de esta regla, si advertimos una contradicción entre un principio completamente aislado, por un lado, y varios principios coincidentes, tal vez procedentes de épocas diversas, por el otro lado. En esta hipótesis milita la razón más poderosa a favor de los pasajes coincidentes como expresivos del verdadero sentido de la legislación, y no a favor del pasaje aislado (g). Las mismas reglas se aplican, si entre dos pasajes contradictorios uno se encuentra en el lugar al que per-

(g) A este grupo pertenece el caso de L. 5, § 3 de praescrip. verb. (19.5) que se encuentra en contradicción con tantos pasajes de diferentes épocas; además, el caso de la L. 23 de don.

tenece inmediatamente la regla dudosa, mientras que el otro se halla a un lugar alejado. En efecto, es de suponer que los recopiladores, al recoger el primer pasaje, se diesen perfecta cuenta de su sentido e influencia; mientras que, al incluir el segundo, podían con cierta facilidad no darse cuenta de aquella parte en la que la contradicción se funda. Por consiguiente, expresa el primer pasaje regularmente con más fidelidad el sentido de la legislación que el segundo(h).

Bien es verdad que no podemos hacer desaparecer el expreso aseguramiento de Justiniano que no existen contradicciones (§ 44, a). ¿Pero qué valor puede atribuirse a una promesa frente a la realidad evidente y a la necesidad perentoria de disipar la contradicción donde la encontremos? Se puede inclusive poner en duda si aquella promesa haya sido dada en serio. Es cierto que el plan de la obra debía evitar contradicciones, pero también repeticiones y omisiones de pasajes importantes del Derecho antiguo ("similia" y "praetermissa"). Ahora bien; se declara expresamente que pueden existir equivocaciones respecto a estas dos últimas clases, y se excusa las mismas acertadamente con la debilidad de la naturaleza humana(i). Pero esta excusa y la correspondiente confesión deben tener lugar asimismo en lo que atañe a las contradicciones; y parece puro azar que con esta última ocasión no hayan sido expresadas.

int. vir. (24.1), a que se oponen muchos pasajes claros e indubitados (§ 164). Este caso pertenece a la vez al campo del § 44 puesto que precisamente en atención a los pasajes contradictorios ganamos la convicción de que aquel pasaje sólo puede tener un significado histórico, el cual, considerado aisladamente, no evidenciaría.

(h) Por esta razón hemos de preferir el § 3 J. de usufr. (2.4) a la L. 66 de j. dot. (23.3).

(i) L. 2, § 14, 16 C. de vet. enucl. (1.17).

Hasta aquí hemos tratado de una contradicción dentro de nuestro hontanar general (§§ 42 y ss.). Nos quedan aún por exponer la contradicción en su aplicación a las fuentes jurídicas hipotéticamente añadidas (§ 21).

Por regla general rigen para este segundo caso las mismas reglas que para el primero. Sobre todo debemos dar la preferencia del Derecho territorial ante el común. También en este terreno debe limitarse esta regla por la consideración a excepciones del Derecho antiguo, no afectadas necesariamente por el Derecho moderno. Pero, además, entra en función una segunda y extraña excepción. En efecto, si la ley nueva tuviese un campo de aplicación más extenso que la antigua, debe considerarse la ley antigua como derogada sólo si la nueva revistiera naturaleza absoluta (16), perdurando en caso contrario, en cambio, la ley antigua (k). Para esta relación se encuentra este adagio antiguo: Arbitrariedad precede a Derecho municipal; Derecho municipal a Derecho territorial, Derecho territorial a Derecho común (1).

(k) L. 3, § 5 de sepulchro viol. (47.12). En una ciudad se permitía por la "lex municipalis" la inhumación dentro de las murallas de la villa. Adriano la prohibió más tarde con carácter general. Se dudaba cual de ambos preceptos tuviese la preferencia. Se antepuso la regla general moderna, por ser absoluta. C. 1 de const. in VI (1.2). "...Romanus pontifex... quia... locorum speculium... consuetudines et statuta... potest probabiliter ignorare; ipsis .. per constitutionem a se noviter editam, nisi expresse caveatur in ipsa, non intelligitur in aliquo derogare".

(1) Eichhorn, Derecho Privado Germánico, § 30.

§ 46.

INTERPRETACIÓN DE LAS FUENTES JURÍDICAS COMO TOTALIDAD

(*Lagunas, analogía*)

Si nuestras fuentes jurídicas no resultasen suficientes para resolver un problema jurídico, hemos de llenar esta *laguna*, puesto que la exigencia de la *plenitud hermética* tiene a su favor un derecho tan incondicional como la de la unidad (§ 42). Pero la duda consiste en saber donde buscar el complemento. Por múltiples que parezcan en esta materia las opiniones de nuestros autores, pueden ser reducidas esencialmente a dos doctrinas. Con arreglo a la primera teoría se acepta un Derecho normal general (el Derecho natural), que existe al lado de cada Derecho positivo con carácter subsidiario, de manera análoga que en Alemania al lado de los diferentes Derechos territoriales el Derecho romano. No es preciso una nueva refutación de esta especial aplicación de una doctrina ya rechazada en su forma general (§ 1). En virtud de la segunda doctrina se completa nuestro Derecho positivo con sus propias fuerzas, por medio de una supuesta fuerza orgánica productiva. Hemos de reconocer este procedimiento como acertado y necesario, teniendo en cuenta nuestra doctrina fundamental acerca del Derecho positivo (§ 5), siendo en el fondo el mismo que ya ha sido aplicado al logro de la unidad mediante la eliminación de contradicciones (§ 45). Llamamos a la relación en que se encuentran las reglas jurídicas establecidas mediante este procedimiento con el Derecho po-

sitivo dado, *analogía* (a); y con arreglo a ella hemos de llenar cualquier laguna que advirtamos.

El descubrimiento del Derecho en virtud de la analogía existe en dos grados. En primer lugar, nos encontramos con ella cuando una relación jurídica nueva, y hasta entonces desconocida, aparece, para la cual, por consiguiente, no existe una institución jurídica como modelo en el Derecho positivo en su forma actual. En este supuesto se formará tamaña institución jurídica modelo, en virtud de la ley del parentesco interno, mediante instituciones ya conocidas. En segundo lugar, y con mucha más frecuencia, hay que tener en cuenta el caso de que, dentro de una institución jurídica ya conocida, surge de nuevo un problema jurídico particular. Este problema debe resolverse según el parentesco interno de las proposiciones jurídicas pertenecientes a esta institución; y a este fin será de gran importancia la acertada comprensión de los fundamentos de las leyes particulares (§ 34). El descubrimiento del Derecho analógico puede, en ambos grados, existir como motivo del desenvolvimiento del Derecho, p. ej. por la legislación, en cuyo caso puede ser practicado con más libertad. Pero también puede surgir (y así lo consideramos nosotros en este lugar) como una clase de interpretación pura, p. ej. si a un juez se presenta por primera vez la nueva relación jurídica o el nuevo problema jurídico para que lo resuelva. Daremos ahora aún algunas determinaciones más detalladas para este tipo de la aplicación analógica.

Toda aplicación de la analogía se basa en el supuesto de la consecuencia interna del Derecho; sólo que

(a) Los romanos usaron esta expresión en el mismo sentido: Varro de lingua lat. Lib. 10 (en ediciones más antiguas 9). C. 3 a 6. Quintilian. I, C. 6. Gellus II, C. 25, Isidorio, del 4. C. 27 Sobre la verdadera esencia de la analogía habla muy bien Stahl, Filosofía del Derecho, II, 1, p. 166.

ésta no es siempre meramente una consecuencia lógica como la relación entre fundamento y conclusión, sino que es a la vez una consecuencia orgánica que resulta de la visión global de la naturaleza práctica de las relaciones jurídicas y de sus modelos (§§ 4, 5). Hemos de partir siempre de algo dado que ampliamos para resolver el presente problema. Este algo dado puede ser una determinada ley particular, en cuyo caso es usual el nombre de una decisión "ex argumento legis". Con mucha más frecuencia, en cambio, se encontrará lo dado en elementos de la teoría jurídica, engendrados a su vez por la vía artificial de la abstracción. En todo caso resulta este procedimiento esencialmente diferente de la interpretación extensiva, arriba expuesta (§ 37), con la cual los autores con mucha frecuencia lo confunden. En efecto, ésta última no tiene el destino de llenar una laguna del Derecho sino el de rectificar el término inadecuadamente escogido de una ley con la ayuda de su verdadero pensamiento. En cuanto al procedimiento analógico, al contrario, suponemos la ausencia completa del pensamiento real en una ley cualquiera; e intentamos remediar este defecto por medio de la unidad orgánica del Derecho.

La interpretación analógica no se aplica, si lo dado, del que partimos, reviste el carácter de ser excepción de una regla. En tal caso hay que rechazar normalmente la aplicación analógica, ya por la sencilla razón de que su condición fundamental, la ausencia de una regla, no suele realizarse. Si por consiguiente, p. ej. una ley existente es derogada *parcialmente* por una ley nueva, continúan en vigor sus partes no derogadas (b). Si quisiéramos extender la derogación también a aquellas partes, no se trataría de una analogía, puesto que no care-

(b) Encontramos un ejemplo en L. 32, § 6 C. de apell. (7.62). Véase también Thibaut, Interpretación lógica, § 20.

cemos de una regla, sino más bien de una interpretación extensiva arbitraria y sin fundamento.

Lo dicho se aplica también a la extensión analógica de privilegios auténticos (§ 16), a cuyo lado nunca faltará una verdadera regla jurídica. El mismo caso ocurriría también, si se quisiera ampliar un Derecho anormal o "jus singulare" (§ 16) más allá de sus límites inmediatos, puesto que existe una regla que sólo resultaría perturbada por la aplicación. Pero este caso, el más frecuente e importante, requiere aún una exposición más detallada. En efecto, se podría desear, usar tal Derecho anormal, no para ampliar la excepción en él contenida, sino para resolver un problema jurídico semejante y realmente no decidido. Parece que en este supuesto nos encontramos realmente con el caso de la analogía; y, por ello, no tiene validez la objeción que hicimos. No obstante, no se puede usar para la decisión analógica, tampoco en este caso, la proposición jurídica anormal; sino que debemos buscar una regla afín del Derecho normal. En efecto, todo el procedimiento analógico descansa sólo en el contexto intrínseco del sistema jurídico; y, como las reglas jurídicas anormales dimanar de principios heterogéneos y sólo han sido introducidos en el sistema jurídico (§ 16), no les puede ser atribuída la fuerza productiva orgánica del Derecho regular.

Los romanos albergan opiniones muy acertadas acerca del perfeccionamiento del Derecho mediante la analogía. Pero no distinguen en todas partes, al aplicarla, el desenvolvimiento del Derecho la interpretación pura. Más abajo indicaremos las causas de esta confusión. También según la doctrina romana debe ser ampliado el Derecho dado frente a un problema no decidido, con arreglo a la ley de la semejanza intrínseca y del paren-

tesco, a fin de encontrar la resolución buscada (c). Las formas en las cuales se efectúa esta ampliación orgánica del Derecho, son preferentemente *ficciones* (d) y “*utiles acciones*”. Así se asegura a la vez el contexto intrínseco de lo nuevo con lo antiguo, y se conserva la unidad sistemática de todo el Derecho. Un ejemplo que evidencia este procedimiento en grandes dimensiones, es la “*bonorum possessio*” que en todo su desenvolvimiento debe configurarse como una ficción de la “*hereditas*” (e). Los antiguos juristas condenan, en cambio, decididamente, toda ampliación analógica del “*jus singulare*” (f). Esta condena general es también confirmada por varias aplicaciones extrañas particulares. Si p. ej. alguien compra una cosa de un loco, al que reputa cuerdo, tiene anormalmente el derecho de usucapión. Pero sería erróneo querer considerar esta compra, también en otros aspectos, como un negocio válido (g). Si alguien entrega una cosa, referente a la cual corre el plazo de la prescripción adquisitiva, a otro como prenda, continúa, no obstante, anormalmente la usucapión. Pero sería erróneo querer atribuirle en aras de la consecuencia también

(c) L. 12 de Leg. (1.3): “*ad similia procedere*”. L. 27 eod. “*quae quandoque similes erunt*”. L. 32 pr. eod. “*quod proximum et consequens ei est*”. L. 2, § 18 C. de vet. j. emul. (1.17), donde el emperador Adriano afirma que el perfeccionamiento paulatino del edicto haya de realizarse “*ad ejus regulas, ejusque conjecturas et imitationes*”. El mismo Justiniano no menciona este caso en el “*praetermissum*” en § 16 eod. (referente a los pasajes omitidos de los antiguos juristas), sino en los nuevos “*negotia*” en § 18. Demostraremos abajo como quiere que sea tratado.

(d) Véase sobre todo Gayo, IV, § 10, § 33 a 38.

(e) Ulpiano, XXVIII, § 12. L. 2 de B. P. (37.1). L. 117 de R. J. (50.17).

(f) L. 14 de Leg. (1.3). “*Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*” repetida en L. 141 pr. de R. J.). L. 162 de R. J. (50.17). *Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argentum trahi*”.

(g) L. 2, § 16 pro emptore (41.4).

otros derechos posesorios, puesto que todos ellos corresponden al acreedor (h). Si, sin embargo, en algunos otros pasajes encontramos una ampliación analógica de reglas jurídicas anormales, ésta descansa en una confusión de la interpretación con el desenvolvimiento del Derecho, de la cual en seguida habremos de tratar.

§ 47.

JUICIOS DEL DERECHO ROMANO ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN.

Si el Derecho romano reconoce la fuerza decisiva de la interpretación auténtica(a) y de la interpretación usual(b), no se trata de una opinión jurídica especial, sino sencillamente de la consecuencia de reconocer en general a la ley y a la costumbre como fuentes jurídicas. Todo depende del papel de la interpretación doctrinal (§ 32), única interpretación auténtica, siendo este papel completamente independiente del reconocimiento de la interpretación auténtica y usual.

Ahora bien; los antiguos juristas enuncian en el Digesto acerca de la auténtica interpretación reglas que, en gran parte, ya han sido utilizadas al exponer yo mi teoría de la interpretación, combinación que podía servir para mutuo complemento y explicación. Estas reglas hacen en sí honor a sus autores, como era de esperar; pero resultan insuficientes e inadecuadas sobre todo al caso particular de los libros jurídicos justinianeos que aquellos juristas, claro está, no podían prever. Si se

(h) L. 16 de usurp. (41.3) L. 36 de adqu. poss. (41.2) Un procedimiento semejante se encuentra en L. 23, § 1. L. 44, § 1 de adqu. poss. (41.2). L. 43, § 3 de fid. lib. (40.5).

(a) L. 12, § 1 C. de Leg. (1.14).

(b) L. 23.37.38 de legibus (1.3).

compara la teoría que establecieron, y la práctica que observaron, no existe una completa coincidencia. La práctica trasciende con frecuencia los límites de una auténtica interpretación, y reviste el carácter de un verdadero desenvolvimiento del Derecho. Sobre todo pronuncian los juristas explicaciones acerca del fundamento de la ley que no sólo rectifican sus términos, sino que tienden a corregir la misma ley, procedimiento que, por consiguiente, ya no es interpretación. Es más: con alguna frecuencia amplían los juristas mediante la analogía un "Jus singulare", si bien esta manera de proceder se encuentra en directa contradicción con sus propios principios expuestos (§ 46) (c). Estas contradicciones se explican teniendo en cuenta la posición particular de los juristas romanos a los que se confiaba, también, el progreso del Derecho de modo más inmediato que entre nosotros (§ 19). Por ello, "interpretatio" no mienta, de ninguna manera, sólo la auténtica interpretación, sino en general teoría, tradición, o sea todo aquello que ha sido designado arriba como Derecho científico (§§ 14, 19, 20), y ello en la forma libre que precisamente en Roma reinaba (d). Puede ser que ya los mismos juristas antiguos hayan conocido lo incierto de la línea divisoria que así debía surgir entre su propia profesión y las facultades del praetor o inclusive del emperador. Así parece que debe explicarse la incertidumbre que dejan subsistir

(c) Así extendieron la prohibición de enajenar el "fundus dotalis" al novio. L. 4 de fundo dot. (23.5). De análoga manera extendieron la forma libre del testamento militar a personas civiles en territorio enemigo. L. un. de B. P. ex test. nil. (37.13). Otra extensión realizaban respecto a la facultad de competencia del marido en relación con la mujer. L. 20 de re jud. (42.1). En estos tres casos se trata de la ampliación de un "Jus singulare".

(d) Sobre este sentido de "interpretatio" véase L. 2, § 5 de O. J. (1.2). Hugo, Historia del Derecho, p. 441 de la edición onzena; Puchta, Derecho consuetudinario, I, p. 16 y ss.

en algunos pasajes, respecto a si una extensión del Derecho haya de efectuarse por ellos mismos o más bien por el pretor o el emperador (e). Pero aun prescindiendo de esta mayor libertad concedida a los juristas romanos en comparación con los nuestros, también disponían de medios interpretativos más abundantes, puesto que se hallaban en una relación tan inmediata con el nacimiento de sus fuentes jurídicas que podían conocer el sentido de un término indeterminado o la intención de sus autores (f). En todos estos aspectos ocupamos una posición diferente, sobre todo si no hemos de interpretar nuestras leyes patrias sino las tan lejanas leyes justinianéas. Nuestra situación es, por tanto, incomparablemente más difícil. Pero en este caso, como en otros muchos, no quedó sin rendimiento el esfuerzo provocado por las dificultades. El concepto y la delimitación de la auténtica interpretación alcanzaron, entre nosotros, un desenvolvimiento más pronunciado que jamás en Roma donde no se les impuso igual necesidad.

Durante el reinado de los emperadores cambiaron poco a poco paulatinamente, y sobre todo a partir de la mi-

(e) L. 11 de leg. (1.3): "*aut interpretatione aut constitutione optimi principis*"... L. 13 eod. "*vel. interpretatione vel certe jurisdictione suppleri*".

(f) P. ej. el pretor había prometido un interdicto para el supuesto de una *operis novi nunciatio*" (L. 20 pr. de O. N. N. 39.1). La interpretación restringía este pasaje al cambio del suelo, sobre el que se encontraba un edificio (L. 1, § 11.12 ed.). En otro pasaje dice el Edicto: "*quod vi aut clam factum est*" (L. 1. pr. quod vi 43.24). También este pasaje fué restringido a "*opus in solo*", pero no sólo como en el anterior pasaje, al suelo edificado, sino también al suelo plantado con árboles, a agros etc. (L. 7, § 5 eod.). Estas limitaciones y diferencias no resultaban de las palabras, pero menos aún eran arbitrarias: descansaban en el conocimiento tradicional con los casos y necesidades, a los cuales tanto un edicto como el otro querían atender.

tad del siglo tercero después de J. C., las circunstancias completamente. Cesaba el desenvolvimiento del Derecho por medio de los edictos de las autoridades; y la situación libre de los juristas apenas había sido compatible con el poder imperial enteramente desarrollado, si este problema no hubiese carecido de sentido por perdurar la ciencia jurídica sólo en los libros de los antiguos juristas, existiendo apenas todavía sucesores personales de ellos. A lo sumo habría sido posible una interpretación judicial; y no es tan extraño que inclusive ésta fuera sometida a condiciones completamente nuevas y arbitrarias, desarrollo que no se acaba sino con Justiniano, si bien su principio empieza mucho tiempo antes. Así decreta Constantino (g): "Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solit et oportet et licet inspicere". Ello quiere decir: "Si mediante la interpretación se quisiera introducir por primera vez cualquier regla de la equidad contradictoria con el Derecho estricto, esta facultad sólo compete al emperador". Evidentemente no se habla en este pasaje de la auténtica interpretación sino del desenvolvimiento del Derecho, más exactamente: de una conquista de la "aequitas" en el terreno del Derecho estricto. Este procedimiento, que hasta entonces había sido llevado a cabo normalmente por el edicto pretoriano, y muchas veces también por los juristas, es reservado ahora al emperador. En este hecho no hay ninguna innovación, habida cuenta de la constitución ya modificada. Un decreto de Valentiniano y Marciano dice, que el emperador debe alejar de las leyes oscuridades, y mitigar durezas. Pero este pasaje no atribuye al emperador la competencia exclusiva en esta materia, sino que sólo alude al procedimiento, desde hacía largo tiempo usual, de practicar consultas como ca-

(g) L. 1 C. de leg. (1.14) o L. 3 C. Th. de div. rescr. (1.2) (nuevo descubrimiento). Véase arriba § 36, nota f.

mino más seguro. Además, teniendo en cuenta la combinación de las dos oraciones, es posible suponer que el pasaje sólo se refiere a explicaciones de la ley que, a la vez, constituyan una mitigación, es decir un verdadero cambio del derecho (h). Finalmente se decreta que las dudas sobre un Decreto nuevo, todavía no robustecido mediante la costumbre, deban presentarse al emperador (i). Sin embargo, se deja sin determinar si se hace referencia a una duda sobre la interpretación de la ley o sobre la existencia de un Derecho consuetudinario acabado.

Los decretos que el mismo Justiniano dió sobre este tema, son incomparablemente más resueltos y radicales. El primero fué emitido en el año 529, poco después de la introducción del antiguo Código (k). Su razonamiento es, en breve, el siguiente: "Encontramos en leyes antiguas dudas, sobre sí las interpretaciones imperiales de la ley poseen fuerza vinculatoria. Esta duda sutil es completamente ridícula, y se deroga por la presente disposición. Cualquier interpretación que dimanara del emperador, sea mediante un rescripto ("sive in precibus"), sea mediante una sentencia judicial ("sive in iudiciis") (m), sea mediante otro procedimiento (p. ej. mediante una ley expresiva de una interpretación auténtica).

(h) L. 9 C. de leg. (1.14). "...Si quid vero in iisdem legibus... obscurius fuerit, oportet id Imperiali interpretatione patefieri, duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari". Se trata del comienzo algo reformado de la Nov. Martiani 4, en la que, bien es verdad, faltan precisamente las últimas palabras (a partir de "duritiamque").

(i) L. 11 C. de leg. (1.14), de León y Zenón.

(k) L. 12. § 1 C. de leg. (1.14).

(l) "In veteribus legibus invenimus dubitatum". Este pasaje no puede referirse sino a expresiones de antiguos juristas, tal vez a pasajes de la primera época del Gobierno Imperial, cuando la fuerza obligatoria de los rescriptos todavía no se hallaba indudablemente reconocida; por ello, es ciertamente, anterior a Gayo.

tica), debe considerarse como vinculatoria e infalible. En efecto, en la constitución actual sólo el emperador puede dar leyes; y, por consiguiente, también sólo él puede interpretarlas. Además: ¿por qué le preguntarían, en otro caso, todos los jueces que albergan dudas sobre una ley, si no fuera, porque sólo a él le corresponde la facultad de interpretarla? (n) ¿Quién puede disipar las oscuridades de las leyes, a no ser aquél que únicamente puede darlas? Por lo tanto, y a partir de hoy, deben desaparecer todas aquellas dudas ridículas; y se debe reconocer al emperador no sólo como único legislador sino también como único intérprete. No obstante, este precepto no quiere lesionar el derecho que los emperadores han concedido a los antiguos juristas" (o). En este decreto están contenidas dos proposiciones completamente distintas: en primer lugar, la fuerza vinculatoria de la interpretación imperial, sea cualquiera la forma en que se realice; en segundo lugar, la prohibición de toda interpretación particular. Este segundo precepto constituye una novedad y reviste verdadera importancia. No obstante, requiere aún el primero todavía alguna explicación. En este aspecto parece que Justiniano no quiere decretar algo nue-

(m) Las palabras admiten una doble interpretación. "Preces" puede significar todos los rescriptos; "judicia" los decretos; de modo que para las demás clases quedan edictos y mandatos. Pero también es posible limitar "preces" a los rescriptos privados, de suerte tal, que "judicia" abarcara, además de los decretos, también los rescriptos en el proceso de consultación. La primera explicación me parece más sencilla y natural, máxime tratando el principio del pasaje sólo de decretos y destacándolos especialmente.

(n) "Si non a nobis interpretatio mera procedit?"

(o) Ello quiere decir: "Las interpretaciones contenidas en los escritos de Papiniano etc., conservan la fuerza legal que les concede el Decreto de Valentiniano III". En efecto, este Decreto no fué derogado sino cuatro años más tarde por la promulgación del Digesto.

vo, sino que sólo quiere acentuar y asegurar contra dudas ociosas lo que de todas maneras es así. Por esta razón, no ordena Justiniano nada sobre la *clase* de eficacia de estas interpretaciones imperiales, sino que conserva por completo la constitución anterior. En resumidas cuentas: La interpretación dada en un edicto es vinculatoria para todos, así como cualquier ley; la interpretación en un decreto, si era una sentencia definitiva, también lo es para todos, por ende, también para casos futuros, conforme lo declara el principio de este pasaje; la interpretación en una resolución interlocutoria vincula sólo en el caso para el que fué dada; finalmente, la contenida en un rescripto (que nunca fué publicado) también sólo para el caso concreto. Por consiguiente, se trata de un error completo suponer, como algunos autores, que los rescriptos interpretativos tuviesen con arreglo a este Decreto fuerza de ley también para casos futuros (§ 24), a semejanza de lo que efectivamente prescribe el principio para los decretos con tal que sean sentencias definitivas. Si se compara ambas partes del pasaje, no puede haber dudas sobre la radical diferencia de la expresión así como sobre los fundamentos del tratamiento de ambos casos.

El segundo Decreto de Justiniano sobre la interpretación se encuentra dentro de la patente de publicación referente al Digesto del año 533, es decir en L. 2, § 21. C. de vet. jure enucl. (1.17). Este Decreto se relaciona con la prohibición de escribir libros jurídicos (§ 26) y la completa de la siguiente manera: "Se prohíbe escribir libros propiamente dichos, sobre todo comentarios a las leyes. Pero si surgiese cualquier duda sobre el sentido de una ley(p), los jueces deben plantear la

(p) *Si quid vero... *ambiguum* fuerit visum" etc. Estas palabras no se refieren solo a expresiones ambiguas de una ley, que, desde el punto de vista de Justiniano, sería imposible con-

duda al emperador para que la resuelva, puesto que el emperador es único legislador y, por ello, también único intérprete legítimo" (q).

§ 48.

JUICIOS DEL DERECHO ROMANO ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN.

(Continuación.)

Ambas leyes se expresan con tanto radicalismo que se podría dudar de entenderles al pie de la letra. Pero toda duda debe desaparecer ante la frecuente repetición que atribuye al emperador exclusivamente el derecho a interpretar, y más aún teniendo en cuenta la comparación, siempre repetida, entre legislación e interpretación: como sólo el emperador puede dar leyes, también sólo él podrá interpretarlas (ya ambas actividades están completamente equiparadas). En efecto, se trataba sólo de una aplicación consecuente del mismo principio que conducía a la prohibición de toda ciencia jurídica futura (§ 26). Bien es verdad, que con esta última prohibición sería compatible la libre interpretación judicial; pero no lo es menos, en atención al segundo decreto, que Justiniano tampoco admitía la interpretación judicial, puesto que prescribe precisamente a los *jueces* el deber de consultar al emperador sobre cualquier duda acerca del sentido de una ley. También tiene esta prohibición de Justinia-

siderar como algo especial, sino que se refieren también a dudas y dificultades de toda clase, a toda necesidad interpretativa; exactamente igual que las palabras "omnes ambiguitates iudicum" en L. 12, § 1 cit.

(q) "Cui soli concessum est leges et condere et interpretari".

no más consecuencia, que si hubiese concedido a los jueces el derecho a interpretar. Cualquier persona, en contacto con las leyes, profesor o juez, debe practicar exclusivamente un procedimiento mecánico, mientras que se le prohíbe toda actividad espiritual libre. Se ve que todas estas prohibiciones dimanarían del mismo pensamiento. Bien es verdad que se podría reprocharle una inconsecuencia, al prescribir a la vez que en caso de aparentes contradicciones deba buscarse "subtili animo" una unión (§ 44); pero no lo es menos, que no se debe concebir esta búsqueda, en el sentido de Justiniano, como interpretación sutil, sino como búsqueda de una palabra oculta que dé a entender la diferencia de los casos, lo que, de nuevo, no es sino una acción mecánica. Además, podría parecer inconsecuente que el Digesto contenga tantas indicaciones para la interpretación, concebidas con un espíritu libre, si el juez no debiese aplicarlas. ¿Pero no se encuentran al lado de estas indicaciones también reglas sobre la redacción de las leyes? (a) Y no obstante, Justiniano no quería, por cierto, mediante ellas ofrecer a sus súbditos una participación en la legislación. Estas y aquellas reglas debían, en primer lugar, poner en conocimiento del mundo, en qué forma el emperador daría e interpretaría las leyes; y tenían, en segundo lugar, el destino de servir como guía a aquellos funcionarios que el emperador utilizaría a este efecto. No existe, por consiguiente, ninguna inconsecuencia.

Nuestros autores proponen para estos Decretos la siguiente interpretación más benigna: "Justiniano quiso dejar libre por completo, la auténtica interpretación basada en reglas hermenéuticas. Sólo respecto a leyes desesperadamente incomprensibles, respecto a las cuales toda interpretación fracasa, declaran aquellos Decretos

(a) L. 3. 4. 5. 6. 7. 8 de leg (1.3). L. 2 de const. princ. (1.4).

que la interpretación queda reservada al emperador (b)".

Pero, en primer lugar, no creo que existan leyes respecto de las cuales el arte hermenéutico se muestre completamente impotente. Además, precisamente de parte de Justiniano, sería, un Decreto de este contenido, completamente inimaginable. Justiniano está tan convencido, y con todo su amor propio, del éxito brillante de su empresa, que declara expresamente, que sus libros jurídicos no contienen absolutamente ninguna contradicción, que, sin embargo, aun con la mayor diligencia, sólo difícilmente podían ser evitadas. ¡Y, no obstante, se cree que suponía en estos libros jurídicos perfectos la existencia de leyes completamente incomprendibles, o lo que es lo mismo, de leyes pésimas! ¡Y se sostiene que Justiniano consideró este caso como tan importante y frecuente que juzgó necesario emitir dos *Decretos* sobre el mismo en dos años diferentes! Por consiguiente, estas consideraciones generales desvirtúan aquella explicación por completo. También las razones especiales que los autores aducen para su justificación, son increíblemente flojas. Se alega que en L.9 C. de leg. se dice: "si quid obscurius fuerit", puesto que estas palabras se estiman referentes a una obscuridad impenetrable. Pero, prescindiendo del hecho de que este término

b) Thibaut, Interpretación lógica, p. 25, 47, 112. Hufeland, Espíritu del Derecho romano, I, p. 121. Mühlenbruch, I, 54. Hufeland limita extrañamente esta declaración a L. 2, § 21 cit. En cuanto a la L. 12, § 1 cit. afirma, en cambio, que la prohibición sólo se refiere al caso en que el emperador ha hecho uso de su derecho interpretativo. Pero este pasaje no contiene dicha limitación ni por lo más remoto; y la misma se encuentra en plena contradicción con el fundamento que se alega para disipar toda duda posible acerca de la disposición: ¿para qué sirven las consultas, si el emperador no fuera la autoridad competente para la interpretación? En el momento de la consulta no había el emperador realizado ya, por cierto, la interpretación.

precisamente no aparece en los Decretos del propio Justiniano, cuyo sentido constituye el único tema de la discusión, posee el comparativo, empleado absolutamente, un sentido atenuante. Las palabras citadas quieren decir: "algo obscuro, no completamente claro". Además, se aduce que el Decreto más antiguo llama lo que reserva al emperador: "legum aenigmata solvere", puesto que estas palabras significan: explicar lo inexplicable. Pero el concepto del enigma contiene de ningún modo el de la incognoscibilidad; es más: los enigmas suelen inventarse con el fin de que sean resueltos. También evidencian otros pasajes de Justiniano que, en su lenguaje algo ampuloso, "aenigma" designa cualquier dificultad, y no solo el obstáculo insuperable(c). La mencionada explicación de los Decretos de Justiniano parece, pues, tan insostenible desde todos los puntos de vista que sus excelentes defensores habrían acudido, por cierto, a ella, si no les hubiese empujado el sentimiento de extrema necesidad. De esta necesidad y de los medios auxiliares para salvarla hablaremos en el próximo párrafo.

Después de haber comprobado el sentido de las disposiciones justinianeas, hemos todavía de añadir sus pensamientos sobre su aplicación a la vida. Desde luego, es evidente que en cada caso de duda acerca del sentido

(c) En L. un C. de nudo j. quir. (7.25) se dice: "nec jure Quiritium nomen quod nihil ab aenigmate discrepat". Conocemos relativamente bien el sentido de este término técnico desde Ulpiano, y mucho mejor aún desde Gayo. En los tiempos de Justiniano, en los cuales se poseía todavía muchas "Instituciones" completas, la dificultad era mucho menor aún. También prohíbe L. 1, § 13 C. de vet. j. enucl. (1.17) la "siglorum compendiosa aenigmata". Pero cualquier copista podía explicarnos el significado de las siglas. Además, ya en aquel entonces había escritos en los cuales fueron explicadas, sobre todo la obra de Valerius Probus. En ambos pasajes, por consiguiente, no significa "aenigma" algo inexplorable sino algo que se debe aprender, que no se sabe sin algún esfuerzo por la experiencia cotidiana.

de una ley se debía elevar consulta. Estas consultas no debían provocar interpretaciones auténticas en edictos, sino sólo rescriptos con fuerza vinculatoria para el caso dado. Esta situación parece haberse conservado en el tiempo siguiente, puesto que, cuando Justiniano, ocho años después de la introducción del Digesto, declaraba los rescriptos particulares en la Novela 113 por no vinculatorios (§ 24), añadió expresamente que los rescriptos a causa de la interpretación de leyes debían continuar como hasta entonces. Más tarde aún, en el año 544, prohíbe la Novela 125 también las consultaciones (§ 24), y ello sin aquella reserva expresa. No obstante, hay que añadirla en pensamiento, ya que es completamente inimaginable que Justiniano haya admitido indirecta y furtivamente la interpretación particular, prohibida repetidas veces y con la mayor solemnidad. Sin duda alguna se refirió, pues, la prohibición sólo a las consultaciones propiamente dichas que obligaban al mismo emperador a resolver el litigio, es decir a redactar la sentencia en lugar del juez (como proceden nuestras Facultades de Derecho).

Sin embargo, el procedimiento prescrito por Justiniano no carece de dificultades. Se podría pensar que le hubiesen molestado con consultas, en forma tal, que no podría haberse dedicado a otros asuntos de gobierno. No nos engañemos con la observación de que también nuestros jueces no especialmente eruditos saben manejar las leyes justinianeas bastante bien, puesto que pueden consultar unos apuntes o manuales serviciales, que les brindan los frutos aprovechables de un trabajo y de una tradición de siete siglos de duración. 'Eliminemos ahora en pensamiento este trabajo de siete siglos y figurémonos a un juez no erudito (pues, así sería si se hubiesen aplicado los preceptos de Justiniano sobre la ciencia jurídica) frente a frente con el Corpus Iuris, solo dueño de su fuerza personal! Creo que tal juez, si fuese concienzudo,

podría pasar sólo pocos días laborables sin dirigir una consulta al legislador, que en un gran país no podría despachar ni siquiera el trabajo necesario para mantener funcionando la máquina de la Justicia. No obstante, no puede haberse realizado este resultado en el Imperio de Justiniano, puesto que, en caso contrario, no habría repetido ocho años después de la promulgación del Digesto la disposición sobre las consultas referentes a interpretaciones de la ley(d), ya que en este tiempo se podía disponer de suficientes experiencias. Este fenómeno asombroso se explica por el hecho de que, no raras veces, fuerzas completamente opuestas, pueden conducir a la misma meta. Espíritu y conocimientos en un juez con libertad de interpretar la ley, no le harán sentir la necesidad de proceder a una consulta. En el Imperio de Justiniano los jueces a los cuales se había prohibido la interpretación, habrán empleado ligereza y arbitrariedad; y así no habrán formulado más consultas que las que el emperador podía despachar.

§ 49.

VALOR PRÁCTICO DE LOS JUICIOS DEL DERECHO ROMANO ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN

Después de haber expuesto las disposiciones del Derecho Romano acerca de la interpretación (§§ 47, 49), nos toca investigar su valor práctico para el ámbito de aplicación del Derecho romano. Esta cuestión está evidentemente emparentada con la homónima referente a las fuentes jurídicas, ya arriba contestada (§ 27), siendo, no obstante, a la vez, diferente de ella. En efecto, en

(d) Nov. 113. C. 1 pr. de 541.

aquella se trataba de la producción del Derecho, perteneciente en sí al Derecho Público. En ésta, en cambio, se trata de la comprensión del Derecho, o sea de la conducta del individuo frente al mismo; y ¿por qué razón no podría brindarnos el Derecho romano reglas al efecto, haciéndolo también para los demás aspectos referentes a particulares?

Bien es verdad, que ya por motivos formales debía quedar excluida una constitución justiniana, la L. 3 C. de vet. jure enucleando, por pertenecer a los pasajes resituídos (§ 17). Pero esta exclusión es completamente intrascendente, puesto que aquel pasaje sólo constituye la redacción griega de la constitución inmediatamente precedente (L. 2 eod.) y no posee contenido propio, diferente de aquella.

Sin duda alguna hemos de reconocer como decisiva una parte de los pasajes, que se suelen incluir en este grupo. Me refiero a aquellos Decretos de Justiniano en los cuales se pronuncia sobre el destino de sus libros jurídicos y de sus diferentes elementos. Si Justiniano p. ej. dice que se deben considerar los pasajes de los juristas en el Digesto y los rescriptos en el Código como verdaderas leyes suyas, y no como meras enseñanzas, no se trata en rigor de una regla de interpretación sino de una parte de la patente de publicación, puesto que no se refiere a lo que debemos hacer sino al sentido de lo que él hace. Cosa semejante, si bien en forma menos acentuada, podría decirse de las reglas de interpretación propiamente dichas, puesto que las mismas tienen en realidad el siguiente sentido: "Todos los pasajes del Digesto y del Código han de entenderse con arreglo a las reglas interpretativas establecidas, ya que con esta condición he incluido aquellos pasajes. De la misma manera deben entenderse mis leyes futuras y las leyes de mis sucesores, puesto que siempre ejercitaremos nuestro poder legislativo con la mencionada condición". En

este sentido constituirían las reglas interpretativas respecto a cada pasaje particular un modo de interpretación auténtico. Esta opinión nos conduciría a la siguiente distinción. Las reglas interpretativas romanas serían aplicables y vinculatorias en lo que concierne a los libros jurídicos de Justiniano, a sus Novelas y a las leyes de los emperadores griegos que le siguieron; en cambio, no lo serían en lo que atañe al Derecho canónico, las leyes imperiales y nuestras leyes territoriales. En efecto, Justiniano no podía querer determinar, como por un fideicomiso legal para tiempos eternos, la manera en que en lo porvenir Papas, Emperadores alemanes o Príncipes de territorios alemanes iban a ejercitar su poder legislativo (a).

Así se presenta el problema a una consideración general y meramente formal, que aseguraría a las reglas interpretativas romanas un campo de aplicación muy amplio, sobre todo respecto a los libros jurídicos justinianeos que constituyen precisamente el caso más importante de aplicación. Pero si enfocamos el contenido especial de aquellas reglas, nos quedamos convencidos de que ni siquiera en este supuesto poseen fuerza legal. La más importante entre todas estas reglas es indudablemente la que encontramos en los dos Decretos de Justiniano (§§ 47, 48). Nos dice con toda claridad cómo hemos de interpretar; en resumidas cuentas: que no debemos interpretar de ninguna manera. Y precisamen-

(a) La comparación con el siguiente caso opuesto evidenciará lo dicho aún con más fuerza. El Rey Federico Guillermo II ha hecho incluir en el "Derecho Territorial Prusiano" reglas sobre la interpretación. Estas reglas se aplican al mismo "Derecho Territorial Prusiano", a leyes posteriores del mismo rey y a todas las leyes de sus sucesores. En efecto, su ley vincula también el ejercicio del poder de sus sucesores hasta que la hayan derogado. También en esta cuestión, pues, es siempre de nuevo decisiva la oposición entre Derecho Público y Privado.

te esta regla, la más importante no la podemos reconocer como ley por dos motivos.

En primer lugar, porque se encuentra en una relación indisoluble con la prohibición de Justiniano de escribir libros jurídicos (§ 26). Esta relación se deduce no solo del contenido y del fin de ambos preceptos, sino también de su redacción, puesto que se hallan en el Decreto nuevo una al lado de la otra, de suerte tal, que la una se expresa como consecuencia y determinación detallada de la otra. Como la prohibición de escribir libros jurídicos no rige para nosotros (§ 27), tampoco puede regir la de interpretar, puesto que el reconocimiento de la prohibición de interpretar, desgajada de su contexto, no constituye ya, en realidad, la disposición de Justiniano, sino algo que hemos hecho arbitrariamente con ella y que sólo repetiría la apariencia textual de su precepto.

En segundo lugar, porque su ejecución no sólo sería para nosotros difícil sino completamente imposible. En efecto, Justiniano hace superflua la interpretación judicial por los rescriptos imperiales; pero esta institución no se encuentra en ningún Estado moderno. No se engañe uno en vista del remedio de una ley expresiva de una interpretación auténtica (b). Ningún juez tiene poder de provocarla, ni derecho a suspender el juicio hasta su promulgación; y sobre todo no se trataría de lo que Justiniano quiere sino de otra cosa totalmente distinta. Tampoco debe uno dejarse desviar por el pensamiento de una comisión legislativa o del Ministerio de Justicia, que, bien es verdad, en algunos

(a) Thibaut, Artículos, p. 102. Véase en contra Lohr, Magazin III, p. 208 que, sin razón, sólo objeta que en este supuesto la interpretación auténtica debería poseer fuerza retroactiva, puesto que ésta la tiene siempre, como demostraremos más abajo. Véase entretanto Nov. 143, pr.

Estados suelen dar informes de esta índole(c). También tales instituciones son completamente diferentes de lo que Justiniano quiso realizar; y sabemos de su vida que tomaba en serio la intervención personal imperial en cuestiones de interpretación. Si por consiguiente opinamos tener derecho a sustituir el verdadero precepto de Justiniano por un sucedáneo, ¿Por qué nos paramos en la mitad del camino en lugar de hacer valer nuestra libertad natural de interpretación?

La creencia en este estado de necesidad motivó la explicación arriba mencionada (§ 48) y en extremo violenta, de los Decretos de Justiniano, sin que por ello quedara justificado tan arbitrario procedimiento. Valdría mucho más decir que Justiniano ha prohibido realmente la interpretación privada, pero que un Derecho consuetudinario general ha suprimido esta prohibición(d). Desde luego no existe en toda la Historia jurídica otro ejemplo de costumbre general tan evidente como el de la interpretación privada a partir de Irnerio hasta hoy día. Claro está que desde nuestro punto de vista no podemos sostener una costumbre derogatoria, puesto que negamos la aplicabilidad del Derecho Romano desde el principio; y esta afirmación es corroborada por la prueba de la imposibilidad de cumplir la prohibición de interpretar, ya que esta imposibilidad radica en el hecho de que Justiniano rela-

(c) Tal comisión legislativa, facultada de interpretar con fuerza de ley, existía antes en el Estado Prusiano, pero fué más tarde suprimida. Véase abajo § 51, nota c. En este lugar hablamos, sin embargo, de países en que rige el Derecho común.

(d) Más o menos así se expresa Zachariä, *Hermenéutica*, p. 164. Pero añade la equivocada observación de que el Derecho Justiniano mismo titubea en este problema, puesto que algunos pasajes admiten la interpretación, mientras que otros la prohíben, habiéndose determinado esta oscilación por nuestra práctica a favor de la admisibilidad de la interpretación.

cionó su prohibición inseparablemente con una institución estatal ahora desaparecida: los rescriptos imperiales. Por este hecho convirtió la prohibición en una parte del Derecho Público; y ya por ello, hemos de rechazar su actual aplicabilidad con arreglo a principios generales (§§ 1, 17). Si comparamos los resultados prácticos de nuestra opinión con aquellos a los cuales conduce aquella explicación tan forzada de otros autores, comprobamos que realmente no son tan diferentes. Aquellos autores admiten las prohibiciones de Justiniano como leyes, pero las limitan al caso inexistente de leyes carentes por completo de sentido. Aquí, en cambio, se reconoce el sentido de las prohibiciones en toda su extensión; pero se niega por completo su actual aplicabilidad.

Todas estas razones no se refieren sino a la prohibición justinianeana de la interpretación. Las reglas contenidas en el Digesto podrían en sí poseer, aun para nosotros, fuerza legal. No obstante, estimo más consecuente el negarles también vigencia legal, rechazando de esta manera todas las disposiciones justinianeas referentes a la interpretación como una sola e indivisible totalidad. Toda separación de esta clase es siempre una medida a medias: aparente conservación mientras que en realidad existe una transformación esencial. En efecto, ¿quién puede decirnos qué reglas habrían parecido a Justiniano adecuadas, si hubiese admitido la interpretación privada, Por lo demás, carece la cuestión de importancia práctica, puesto que el Digesto no preceptúa reglas completamente nuevas acerca de la interpretación que alteren positivamente nuestras opiniones generales. Nuestra afirmación tiende a no privarles del respeto que su autoridad merece, ni tampoco privarnos de las enseñanzas que podemos desprender de ellas. También las he utilizado ya de esta manera al exponer nuestro ensayo de teoría sobre la interpretación.

§ 50.

OPINIONES DE AUTORES MODERNOS SOBRE LA
INTERPRETACIÓN (a).

Me he referido ya en el curso de mi propia exposición, con frecuencia, a las opiniones discrepantes de autores modernos. Al final daremos un resumen de sus puntos fundamentales, que ejercen sobre el conjunto de esta doctrina especial influencia.

He aquí, en primer lugar, el concepto casi en todas partes dominante de la interpretación como explicación de leyes oscuras (b). Al hacer de un estado defectuoso y casual de las leyes la condición de la existencia de la interpretación, adopta esta última la naturaleza casual de un mero remedio de un mal, de lo cual se sigue que la misma llegará a ser superflua en la medida en que las leyes lleguen a ser más perfectas (c). Ahora bien; nadie negará que respecto a leyes oscuras la interpretación es especialmente importante y necesaria, y que

(a) Cito a los siguientes autores, que, en parte, ofrecen material especialmente abundante, en parte pueden pasar como los representantes de las doctrinas más divulgadas: Chr. H. Eckard, hermenéutica juris el. C. W. Walch Lips. 1802, 8, Thibaut, Teoría de la interpretación lógica del Derecho Romano, segunda edición, Altona, 1806. 8. Muy libre de prejuicios y rico de ideas propias es aquí como en todas partes Donellus, I, 13. 14. 15.

(b) Forster de j. nterpret. I, 1. Helfeld, § 29. Hofacker, I, § 149, 151, 152. (Hübner), Rectificaciones y añadiduras a Hopfner, p. 173. Hufeland, Manual del Derecho civil, I, § 28. Los romanos consideraban el problema de otra manera. L. 1, § 11 de inspic. negligenda interpretatio ejus".

(c) Zachariä, Hermenéutica, p. 160 lo declara así textualmente.

en este supuesto el arte del intérprete podrá demostrarse con particular brillantez. Por esta razón, la mayor parte de las reglas aquí establecidas (§§ 35 y ss.) se ocupa de la hipótesis de leyes defectuosas. Sin embargo, dos consideraciones nos inclinan a reputar aquella configuración del concepto fundamental como demasiado limitada y perjudicial para toda la doctrina. En primer lugar, resulta imposible tratar concienzuda, y exhaustivamente del estado patológico, sin que partamos del sano, al que deseamos reducir aquél. En segundo lugar, desaparece por aquella configuración del concepto precisamente la aplicación más noble y fértil de la interpretación, que tiende a desplegar toda la riqueza del contenido y de las relaciones de una ley no defectuosa, no oscura, procedimiento de gran importancia especialmente en el Digesto. Si por lo demás se combina la limitación arbitraria de la interpretación a leyes oscuras con la tesis arriba mencionada según la cual leyes sumamente oscuras han sido sustraídas a la interpretación por Justiniano (§ 48), resulta la extraña consecuencia de que las leyes no deben ser ni demasiado claras, ni demasiado oscuras, y que deben moverse en el estrecho campo de la oscuridad mediana para poder pasar como objetos idóneos de la interpretación.

En segundo lugar, hay que traer a colación la división de la hermenéutica en interpretación *gramatical* y *lógica* (d), que domina toda esta doctrina. Los autores no conciben estas interpretaciones como elementos de toda interpretación que en todas partes deben colaborar, pudiendo resultar, según las circunstancias, más fértil un elemento u otro (§ 33), sino más bien como clases de interpretación, opuestas y excluyentes. La interpretación gramatical se inspira sola-

(d) Eckhard, § 17, 23. Thibaut, Pandectas, ed. octava, § 45, 46, 50 a 52. Thibaut, Interpretación lógica, § 3, 7, 17 a 29.

mente en el sentido de las palabras; la interpretación lógica, en cambio, exclusivamente en la intención o el fundamento de la ley. La interpretación gramatical es considerada como regla, la lógica como excepción. En esta oposición palpita con claridad y de modo general sólo el pensamiento de que la interpretación lógica es muy libre y, por ello, necesitada de una estrecha vigilancia. Por lo demás, se comprendería por este término las cosas más heterogéneas. Así se consideró como interpretación lógica la rectificación del término en atención al pensamiento real de la ley (§§ 35 y ss.); pero asimismo la aplicación analógica; y, finalmente, todavía una tercera figura de la que en seguida hablaremos más detenidamente. Si la exposición arriba realizada de las tareas que incumben a la interpretación es acertada y exhaustiva, la mencionada división cae por su propio peso; y por cierto, su establecimiento y terminología han oscurecido el tema más bien que iluminado.

En tercer lugar, y este punto es el más importante, incluyen los autores en la esfera de la interpretación un tratamiento de las leyes que debe concebirse como modificación de las mismas, si bien lo subsumen bajo el concepto de la interpretación lógica. Tratamos antes de la rectificación de las palabras mediante su reconducción al pensamiento real; en el supuesto, en cambio, al que acabamos de referirnos se intenta rectificar el mismo pensamiento real mediante su reconducción a aquel pensamiento que la ley debiera haber contenido. En efecto, los autores se remontan al fundamento de la ley, y si encuentran que la misma en su desarrollo lógico conduce a más o a menos que lo que la ley contiene, corrigen la ley mediante una nueva especie de interpretación *extensiva* o *restrictiva*. No les importa en esta empresa, si el legislador cometió conscientemente una inconsecuencia lógica o si sólo olvidó sacar las

conclusiones lógicas del fundamento, que los intérpretes añaden. En esta última hipótesis se supone que el legislador habría añadido infaliblemente las mismas disposiciones, si se le hubiese llamado la atención sobre estas consecuencias del fundamento legal. Así, por lo menos, aparece este procedimiento, expuesto con toda claridad. Algún autor lo modifica admitiendo sólo una extensión en vista del fundamento legal, pero nunca una restricción(e). Pero será difícil indicar una razón convincente a favor de esta distinción.

Como en el mencionado procedimiento el intérprete no sólo intenta corregir la mera letra, o sea la apariencia de la ley, sino el verdadero contenido de la misma, se coloca por encima del legislador y desconoce los límites de su propia profesión: no realiza ya interpretación, sino verdadero desenvolvimiento del Derecho(f). Semejante confusión de fronteras entre actividades esencialmente diferentes es una razón formal y suficiente para rechazar por completo este tipo de interpretación y para negar al juez tamaña competencia en aras del concepto puro de su cargo. Además, existen dos otras objeciones de fondo. La primera consiste en la frecuente incertidumbre respecto al fundamento legal (§ 34); y siendo fácilmente posible un error sobre el fundamento, el procedimiento propuesto degenerará en una arbitrariedad total, destructora de toda seguridad jurídica, consecuen-

(e) Thibaut, Pandectas, §§ 31, 52. Admite la extensión en dos casos diferentes: en atención al fundamento y a la intención. En cambio, admite la restricción sólo en vista de la intención. Thibaut llama "intención" lo que yo denomino "el pensamiento real de la ley".

(f) La observación de este procedimiento ilícito produjo en algunos autores como reacción unilateral la creencia de que toda interpretación no corresponde al juez sino al legislador, que, bien es verdad, puede delegarla. Véase arriba § 32 nota d.

cia de las leyes también tan bienhechora (g). La segunda objeción se refiere a la posibilidad de eslabones intermedios en la cadena de los raciocinios (§ 34), en atención a la cual el legislador podía asignar a la ley un campo de acción más amplio o más estrecho que la esfera aconsejada por el fundamento, sin incurrir en inconsecuencia alguna. Por ello, hay que observar cautela frente a la apariencia engañosa de seguridad lógica (h), con la que se suele utilizar este procedimiento. Sólo en el supuesto de que todas estas dudas referentes al fondo del problema pueden ser esclarecidas mediante una investigación concienzuda, juzgamos admisible y aconsejable una extensión o restricción con arreglo al fundamento legal como desenvolvimiento consecuente del Derecho (no como interpretación). Ni siquiera la naturaleza del Derecho anormal constituye un obstáculo en este respecto, aunque sí lo era en lo que atañe a la aplicación de la analogía por el juez (§ 46).

El hecho de que los autores modernos conciban el mencionado procedimiento como auténtica interpretación y que suelen juzgarlo admisible para el juez (con más o menos limitaciones), se explica por la confusión muy corriente de este caso con hipótesis en apariencia muy semejantes, respecto a las cuales en efecto, un tratamiento más libre es lícito y necesario. A este grupo pertenece, en primer lugar, la auténtica interpretación extensiva y restrictiva, por la cual no se corrige (como en el

(g) Tal es el verdadero sentido de L. 20. 21 de leg. (1.3). "Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest. Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur". Las palabras: "inquiri non oportet", no quiere prohibir la investigación del fundamento, sino solo su empleo con el fin de modificar el verdadero contenido.

(h) Una crítica acertada se encuentra en Stahl, Filosofía del Derecho, II, p. 177.

supuesto antes criticado) el verdadero contenido de la ley, sino que se le afirma y defiende frente a la apariencia de la letra (§ 37). Un segundo caso semejante, con el cual se confunde aquel procedimiento equivocado, es el de la analogía (§ 46). En la analogía no existe ninguna regla jurídica; por tanto, ella ha de ser completada mediante una ampliación artificial de las fuentes jurídicas existentes. En el procedimiento criticado, en cambio, existe realmente una regla jurídica, a la que se intenta desplazar de la aplicación al caso, por la extensión artificial de otra ley. El tercer caso, por último, que suele dar ocasión a una confusión, no ha sido mencionado ni siquiera hasta ahora: se refiere a acciones que infringen una ley, no con arreglo a sus palabras, pero sí en vista de su espíritu ("in fraudem legis"). No cabe la menor duda que la ley se extienda a tales acciones (i). Se suele creer que a este fin hace falta una interpretación extensiva de la ley burlada. Si p. ej. se estipulan intereses usurarios bajo la apariencia de un contrato de compra-venta o de una cláusula penal, se supone, que el legislador no haya previsto estos casos; que, si se le hubiese llamado la atención sobre ellos, habría prohibido también estos contratos en un complemento a la ley contra la usura; y que, como incurrió en el mencionado olvido, hemos de reparar su imprudencia mediante una interpretación extensiva. Pero en realidad la situación es completamente diferente. No hemos de interpretar la ley, que es clara y suficien-

(i) L. 29 de leg. (1.3). "Contra legem facit, qui id facit suod lex prohibet: in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit". L. 5 C. de leg. (1.14). "Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam saeva praerogativa verborum fraudulenter excusat". L. 21 de leg. (1.3). L. 64. § 1 de condit. (35.1).

te, sino la conducta particular (k). Si le aplicamos el principio de la simulación, hemos de tratar la aparente compra o cláusula penal como un verdadero contrato sobre pago de intereses. Rectificamos, por tanto, las palabras del contrato con arreglo al verdadero pensamiento, procedimiento éste idéntico, en lo esencial, al que se aplica en otros casos a las leyes (§ 37). No obstante, respecto a negocios jurídicos funcionará este procedimiento frecuentemente todavía con más seguridad que respecto a leyes. En efecto, en lo que atañe a leyes nos encontramos con una torpeza en el uso de palabras; en lo que concierne a negocios jurídicos, en cambio, en el caso expuesto con intenciones ilegales; y las últimas serán deducibles de las circunstancias muchas veces con más seguridad que la primera. Además de estas confusiones, contribuyó aún otra circunstancia a fomentar el mencionado tipo erróneo de interpretación: el ejemplo de los juristas romanos que en efecto aplican éste procedimiento sin plantearse dudas. Pero este hecho no constituye para nosotros ninguna justificación, puesto que el mismo se explica en Roma por el papel tan particular de los juristas que les concedía influencia inmediata sobre el desenvolvimiento del Derecho, la cual a nuestros escritores o jueces no puede ser conferida (l).

(k) Se podría objetar que los juristas romanos hubiesen considerado este tratamiento del caso auténtica interpretación de la ley, en consideración a L. 64, § 1 del *condit.* (35.1): "*Legem enim adjuvandum interpretatione*". Pero los romanos emplean el término "*interpretatio*" en un sentido amplio para un procedimiento científico cualquiera (§ 47, nota d).

(l) Véase arriba § 19 y § 37 nota q.

§ 51.

DISPOSICIONES DE LAS LEYES MODERNAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN.

Las leyes modernas contienen sobre la interpretación menos disposiciones aún que sobre las fuentes jurídicas (§ 31). El Código civil francés pasa el problema en silencio. Pero el precepto incondicional que obliga al juez a resolver todo litigio pese a la oscuridad de una ley; y el papel particular de la "Corte de Casación" disipan toda duda sobre la concepción del Derecho francés en esta materia. El juez goza de plena libertad de interpretación. Sin embargo, se protege la certidumbre y la unidad del Derecho contra el peligro de interpretaciones arbitrarias por la "Corte de Casación", superior a todos los tribunales, la que puede ejercer su influencia aleccionadora y moderadora aun en aquellos casos, en los cuales las reglas procesales no admiten ya una modificación eficaz de la sentencia individual. Esta regulación sería suficiente, si la "Corte de Casación" tuviese el derecho de dictar una sentencia firme, en lugar de una mera sentencia de casación. Pero en realidad tiene que remitir la "Corte de Casación", después de anular la sentencia de instancia, el litigio a otro tribunal, de suerte tal, que el fenómeno de una sentencia jurídicamente errónea y de su casación puede repetirse en el mismo proceso varias veces. Este procedimiento complicado y costoso se originó por corresponder la casación en la antigua constitución no a un tribunal, sino a una alta autoridad administrativa (al "conseil du Roi"), la cual sólo debía impedir la infracción del Derecho sin tener que juzgar. Esta razón desapareció con la Revolución, puesto que desde entonces existe un tribunal especial

de casación que constituye un auténtico tribunal y que disfruta de la misma independencia que los demás tribunales. En tiempos modernos se ha intentado remediar este mal. Los primeros ensayos resultaban insuficientes (a). La última ley es mucho más eficaz: obliga después de la segunda casación al tribunal, al que se remite el litigio, a basar su sentencia en el principio jurídico establecido por la "Corte de Casación" (b).

El "Derecho Territorial Prusiano" decreta que el juez dé a las leyes el sentido que resulta de sus palabras y de su contexto, o de su fundamento más inmediato e indubitado (c). Más importante era el precepto que se acercaba a la ley justiniana, según el cual el juez debía comunicar toda duda sobre la interpretación a la comisión de codificación, cuya resolución debía aceptar. Pero esta disposición fué más tarde derogada: el juez interpreta y resuelve con plena independencia; pero debe dar parte de su duda al "Jefe de Justicia", para que pueda ser aprovechada para la legislación (d). En el caso de una laguna de las leyes el juez resolverá según los principios generales del Derecho Territorial o con arreglo a los Decretos referentes a supuestos análogos. Además dará el juez parte de la laguna descubierta, para que sea colmada por una nueva ley (e). En la provincia renana, en la cual todavía subsiste la legislación francesa, se ha modificado el proceso francés, en el sentido de que

(a) Loi du 16 Septembre 1807. Loi du 30 Juillet 1828.

(b) Loi du 1 Avril 1837 (Bulletin des lois, IX, Serie, T. 14, p. 223), art. 2: "Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les memes motifs que le premier, la cour royale ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyée se conformera à la décision de la cour de cassation sur la point de droit jugé par cette cour".

(c) Allg. Landrecht, Introducción, § 46.

(d) L. c. §§ 47, 48 y apéndice § 2.

(e) L. c. §§ 49, 50.

el "Tribunal de Casación", si casase, a la vez dictara la nueva sentencia. Además, hase introducido recientemente en el resto del país una clase de casación, denominada "queja de nulidad", en virtud de la cual el juez que de la misma conoce (el "Tribunal Supremo Secreto"), a la vez dicta la nueva sentencia, si anulase la de instancia (f).

El Código civil austriaco, por último, remite al juez al sentido particular de las palabras de la ley en su contexto y a la clara intención del legislador. Si faltase una ley, debe la sentencia basarse en leyes dadas para casos análogos, y en los fundamentos de leyes afines. Si todo ello resultara insuficiente, el juez aplicará los principios naturales del Derecho. La prohibición romana de la interpretación particular se ha transformado en la regla inofensiva de que sólo el legislador puede interpretar una ley auténticamente (g).

Si preguntamos, finalmente, por lo que es conveniente en nuestra situación y para nuestras necesidades, parece inofensivo permitir al juez que interprete libremente; pero debemos prohibirle normalmente practicar lo que sólo equivocadamente se califica de interpretación. Como en los casos particulares muchas veces la línea divisoria entre auténtica interpretación y desenvolvimiento del Derecho propiamente dicho, será muy dudosa (§ 37), es deseable la existencia de un poder alto que reúna ambas facultades, de suerte tal, que su actividad no sufra menoscabo por la duda acerca de aquella línea divisoria. Si existe en general una autoridad con la función de desarrollar el Derecho (§ 31), no puede caber duda de que tenga que actuar también en aquellos casos en los cuales nos encontramos con una interpre-

(f) Decreto de 14 de diciembre de 1833, § 17 (Boletín 1833, p. 306).

(g) Código civil austriaco, Introducción §§ 6, 7, 8.

tación legal dudosa. Pero aun en los Países donde tal autoridad no existe, o al lado de la misma podría confiarse tranquilamente este derecho de libre interpretación a un tribunal, que desempeñaría un papel semejante al de la "Corte de Casación" francesa. Dicho tribunal ejercitaría influencia semejante, y ofrecería a la Justicia ventajas análogas, como en la antigua Roma el pretor y los juristas. A este tribunal podría conferírsele precisamente aquella interpretación extensiva y restrictiva, que más arriba tuvimos que eliminar del campo de la verdadera interpretación como una actividad impropia del auténtico cargo judicial.

LIBRO SEGUNDO

LAS RELACIONES JURÍDICAS

CAPÍTULO PRIMERO

Naturaleza de las relaciones jurídicas y sus clases.

§ 52.

NATURALEZA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS.

Expusimos más arriba (§ 4, 9) la naturaleza general de las relaciones jurídicas y su estructuración en relaciones del Derecho Político y del Derecho Privado. Ahora nos toca desarrollar con más detalles la naturaleza de las relaciones jurídicas pertenecientes al Derecho Privado. Ellas solas constituyen el objeto de nuestra obra; y las denominaremos a partir de ahora "relaciones jurídicas" lisa, y llanamente.

El hombre se encuentra rodeado del mundo exterior; y el elemento más importante en éste su mundo circundante es el contacto con aquéllos que le son iguales por su naturaleza y destino. Ahora bien; para que sea posible que seres libres coexistan, fomentándose mutuamente en su desenvolvimiento sin entorpecerse, es me-

nester el reconocimiento de una frontera invisible, dentro de la cual la existencia y la eficacia de cada individuo logre un campo de acción seguro y libre. La regla, por la cual se determina aquella frontera y a través de ella este espacio libre, es el Derecho. Con ello hemos indicado, a la vez, el parentesco y la diferenciación entre el Derecho y la moral. El Derecho sirve a la moral, pero no mediante el cumplimiento de su mandamiento, sino por medio del aseguramiento del libre desarrollo de su fuerza ínsita en cada voluntad. No obstante, la existencia del Derecho es independiente; y por ello no constituye una contradicción el afirmar de que en el caso concreto exista la posibilidad del ejercicio inmoral de un derecho realmente existente.

La necesidad y la existencia del Derecho es una consecuencia de la imperfección de nuestro estado, pero no de una imperfección casual e histórica, sino de una relacionada ineludiblemente con el estado actual de nuestra existencia.

Muchos, al contrario, parten para encontrar el concepto del Derecho, del punto de vista opuesto: del concepto del entuerto. Entienden por entuerto la perturbación de la libertad por libertad ajena, obstaculizadora del desarrollo humano y la cual, por ello, debe ser repelida como un mal. Conciben el Derecho como la defensa contra este mal. Algunos sostienen que esta defensa se organiza a base de un acuerdo razonable, abandonando cada uno una parte de su libertad a fin de salvar el resto. Otros opinan que dicha defensa es realizada por una autoridad coactiva, única capaz de frenar el instinto natural de los hombres de destruirse mutuamente. Este procedimiento de colocar a la cabeza el concepto negativo, nos obligaría en otra ciencia p. ej. a partir del estado de enfermedad para investigar las leyes de la vida. El Estado les parece una legítima defensa, que podría desaparecer como superflua su-

puesta la divulgación de sentimientos justos. Según nuestro parecer, en cambio, tendría el Estado en este supuesto un aspecto más magnífico y fuerte todavía.

Desde el punto de vista ahora asegurado, concebimos cada relación jurídica individual como una relación entre una persona y otra persona determinada por una regla jurídica. La determinación por una regla jurídica consiste en que se indica a la voluntad individual un campo, en el cual ha de reinar con independencia de toda voluntad ajena.

Por consiguiente, podemos distinguir en cada relación jurídica dos elementos: en primer lugar, una materia o sea aquella relación en sí; y, en segundo lugar, la determinación jurídica de esta materia. Podemos designar al primer elemento como "elemento material" de las relaciones jurídicas o el mero hecho en ellas; y al segundo como "elemento formal" o sea aquel por el cual la relación fáctica es elevada a la forma jurídica.

Pero no todas las relaciones entre nombres pertenecen al campo jurídico, siendo susceptibles y necesitadas de tal determinación por reglas jurídicas. Podemos distinguir en este aspecto tres casos: relaciones humanas que pertenecen al campo jurídico o que son dominadas por reglas jurídicas, por completo; otras que no lo son en absoluto; y otras, finalmente, que solo lo son en parte. Pueden figurar como ejemplo de la primera clase la propiedad, de la segunda la amistad y de la tercera el matrimonio, puesto que el matrimonio en parte pertenece al campo jurídico y en parte trasciende de él.

§ 53.

CLASES DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

La naturaleza de la relación jurídica ha sido indicada como el campo del dominio independiente de la voluntad individual (§ 52). Por ello buscaremos primeramente los objetos sobre los cuales la voluntad puede obrar o extender su dominio. De esta investigación se deducirá luego automáticamente una vista de conjunto de las diferentes clases de las posibles relaciones jurídicas.

La voluntad puede repercutir, en primer lugar, sobre la propia persona; y en segundo lugar, hacia fuera o sea sobre aquello que hemos de llamar el mundo exterior con referencia a la persona con voluntad. He aquí la oposición más general entre los objetos imaginables de aquella repercusión. El mundo exterior a su vez se compone, en parte, de la naturaleza no libre; en parte, de seres libres afines a la persona con voluntad o sea de personas ajenas. Así nos encontramos, desde un punto de vista lógico respecto al problema planteado, con tres objetos principales del dominio de la voluntad: la propia persona, la naturaleza no libre y por último las personas ajenas. De acuerdo con ello parece que debieran aceptarse tres clases principales de relaciones jurídicas. Por consiguiente, hemos de considerar cada uno de estos objetos aisladamente; en primer lugar, a la propia persona como objeto de una relación jurídica especial.

Sobre este tema se halla muy divulgada la siguiente opinión. Se afirma que el hombre tiene un derecho sobre sí mismo, que nace necesariamente con su nacimiento y que nunca cesa mientras vive, por lo cual lo llaman "*derecho primitivo y fundamental*", y lo colocan en oposición a todos los demás derechos que sólo más

tarde y casualmente llegan al hombre siendo de naturaleza perecedera y que se denominan por ello "*derechos adquiridos*". Algunos autores llegan tan lejos que atribuyen al hombre un derecho de propiedad sobre sus fuerzas espirituales y deducen de ello lo que se denomina "libertad de pensar". Pero no es posible imaginar cómo un hombre pudiera impedir a otro que pensara o cómo, al contrario, pudiera pensar en él y mediante esto o aquello realizar una intervención en el mencionado derecho de propiedad. Si en cambio dicha tesis se limitara a un terreno más comprensible o sea al derecho de propiedad sobre la aparición visible de la persona, el cuerpo humano y sus diferentes miembros, tendría, bien es verdad, el sentido de excluir una lesión desde luego muy posible; no obstante, aún así esa tesis sigue inútil y digna de ser refutada, puesto que entre otras cosas conduce su desarrollo consecuente al reconocimiento del derecho al suicidio. El verdadero elemento en aquella tesis errónea de un derecho primitivo y fundamental del hombre sobre su propia persona consiste en lo siguiente. En primer lugar, no se debe dudar del poder legítimo del hombre sobre sí mismo y sobre sus fuerzas; más aún, este poder es inclusive la base y el supuesto de todos los derechos auténticos, ya que p. ej. la propiedad y las obligaciones sólo revisten para nosotros importancia y valor como ampliación artificial de nuestras propias fuerzas personales, como nuevos órganos artificialmente añadidos a nuestro ser natural. Pero aquel poder sobre nosotros mismos no requiere el reconocimiento y la limitación por el Derecho positivo; y lo erróneo de la tesis expuesta consiste en poner en pie de igualdad y en tratar como objetos homogéneos de modo superfluo y perturbador aquel poder natural y esas sus ampliaciones artificiales. En segundo lugar, es cierto que el punto de partida para muchas instituciones jurídicas aisladas ha de buscarse

realmente en el aseguramiento de aquel poder natural del hombre sobre sí mismo contra intervenciones ajenas. A este fin se encamina gran parte del Derecho Penal; además, en el Derecho Civil el número considerable de derechos que tienden hacia la protección del honor contra ataques, hacia la protección contra el dolo y la coacción, por consiguiente entre otros también los interdictos posesorios. La última razón de todos estos derechos estriba ciertamente en la integridad de la persona. Sin embargo, no se deben considerar tales derechos como puro desenvolvimiento de esta integridad; más bien constituyen por entero instituciones jurídicas positivas, cuyo contenido especial es por completo diferente de aquella integridad. Si, no obstante, se insiste en configurarlos como derechos sobre la propia persona, esta denominación sólo oscurece su verdadera naturaleza. Ni siquiera resulta fértil y aleccionadora la unión de todas las instituciones jurídicas que poseen el mencionado punto de partida común. Basta reconocer este su parentesco en términos generales (a).

(a) Donellus (II, 8, § 2, 3) acepta dos clases de "nostrum" "in persona cujusque" y "in rebus externis". En la primera categoría incluye cuatro bienes: vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio. La "incolumitas animi" no disfruta, según Donellus, de protección jurídica, puesto que no la necesita. Puchta, Sistema del Derecho Civil común, Munich, 1832, establece como primera clase de todos los derechos los que recaen sobre la propia persona e incluye en ellos el derecho de la personalidad y la posesión; comprende por personalidad a su vez la capacidad jurídica y el honor. Pero la capacidad jurídica es la condición de todos los derechos de la primera clase, si se acepta tal clase, p. ej. de la posesión, siendo, por tanto, elemento de todos los derechos y no atribuible preferentemente a ninguna clase especial. Lo que se espera al conocer la denominación en primer lugar: el derecho sobre los propios miembros, falta por completo; y además faltan aún muchas otras cosas que deberían aparecer para que entre el tomo tercero y el tomo

Eliminemos, por tanto, los llamados derechos primitivos y fundamentales por completo, y reconozcamos los derechos adquiridos como los únicos de los cuales nuestra investigación seguirá ocupándose. Entonces no nos quedan sino sólo dos objetos del posible dominio de la voluntad: la naturaleza no libre y las personas ajenas.

No podemos dominar la naturaleza no libre como totalidad sino sólo en determina limitación espacial. Llamamos a una parte de ella así limitada *cosa*, y a ella se refiere por consiguiente la primera clase de derechos posibles: el *derecho sobre una cosa*, que en su forma más pura y completa se llama *propiedad*.

Las relaciones jurídicas, cuyos objetos son personas ajenas, no son tan sencillas, puesto que podemos hallarnos respecto a ellas en dos relaciones por completo heterogéneas. La primera relación posible para con una persona ajena es aquella que somete la misma a nuestro dominio o sea al campo de acción de nuestra voluntad a semejanza de aquella a que se somete una cosa a la misma. Si tal dominio fuese absoluto, se suprimiría en el otro el concepto de libertad y persona. No dominaríamos sobre una persona, sino sobre una cosa. Nuestro derecho sería propiedad sobre un hombre tal como lo es efectivamente la relación con el esclavo en el Derecho Romano. Si no deseamos tal cosa, si al contrario queremos concebir una relación jurídica especial consistente en el dominio sobre una persona ajena sin la destrucción de su libertad, semejante a la propiedad y, no obstante, dife-

quinto, capítulo quinto, número sexto, existiese una auténtica concatenación. Ello evidentemente evidencia la arbitrariedad en la configuración de la primera clase de derechos, la cual parece adoptada con la casi exclusiva finalidad de proporcionar a la posesión un lugar adecuado. Hegel, Derecho Natural, § 70 y complemento al 70 se expresa contra el derecho sobre la propia persona, y alega sobre todo la inevitable consecuencia de un derecho al suicidio.

rente de ella, debemos referir el dominio no a la totalidad de la persona ajena sino a una acción determinada de la misma: pensamos esta acción como eliminada de la libertad del que actúa y como sometida a nuestra voluntad. Tamaña relación de dominio sobre una acción aislada de la persona ajena la denominamos *obligación*. La obligación tiene una naturaleza semejante a la de la propiedad no sólo porque ambos derechos contienen un dominio ampliado de nuestra voluntad sobre una parte del mundo exterior, sino también por otras razones más especiales todavía: primero, por la posible estimación de las obligaciones en dinero, lo que no es sino su transformación en propiedad de dinero; segundo, porque la mayor parte de las obligaciones y las más importantes tienden hacia la adquisición de la propiedad o el disfrute provisional de la misma. Ambas clases de derechos, por tanto, la propiedad y las obligaciones amplían el poder de la persona facultada hacia afuera, más allá de las fronteras naturales de su esencia. Llamamos la totalidad de las relaciones, que de este modo amplían el poder de un individuo, su *patrimonio* y la totalidad de las instituciones jurídicas referentes al mismo *Derecho patrimonial* (b).

En la anterior consideración sobre las relaciones entre personas se concibió a cada una de ellas como una totalidad en sí cerrada, de suerte que cada una, en su personalidad abstracta, se enfrentó con la otra como con

(b) El término alemán del indicado concepto jurídico ("Vermögen": facultad, poder) es el más acertado que pudiera haberse hallado, puesto que expresa directamente la naturaleza del asunto, el poder que nos acrece por la existencia de aquellos derechos, lo que somos capaces de realizar por ellos o lo que *podemos*. El término romano "bona", que se ha introducido en las lenguas latinas modernas, es menos significativo y mienta directamente un concepto accesorio o sea el bienestar fundado por aquel poder o la felicidad que nos proporciona.

un ser completamente ajeno (si bien homogéneo). Completamente diferente resulta la segunda relación posible con personas ajenas, la cual expondremos en lo que sigue. En ella consideramos al hombre individual no como a un ser existente por sí, sino como miembro de la totalidad orgánica de toda la humanidad. Como su relación con esta magna totalidad siempre es mediata a través de determinados individuos, constituye su relación con estos individuos la base de una nueva clase particular de relaciones jurídicas. En ellas no nos aparece el individuo, como en las obligaciones, como un ser independiente, sino como un ser incompleto necesitado del complemento en un gran contexto natural. Esta imperfección del individuo así como el correspondiente complemento se patentiza en dos direcciones diferentes. En primer lugar, nos encontramos con la separación de los sexos, de los cuales cada uno, aisladamente considerado, contiene en sí la naturaleza humana sólo de modo incompleto. A ello se refiere la complementación de los individuos por el *matrimonio* (c). En segundo lugar hay que tener en cuenta la existencia temporalmente limitada del individuo, la cual también conduce de diferentes maneras a la necesidad y al reconocimiento de relaciones jurídicas complementarias. De la manera más inmediata se evidencia lo dicho poniendo de relieve la vida perecedera del individuo. El complemento consiste en la propagación, por la cual se consigue una continuación no sólo para el género sino también de modo limitado para el individuo. Luego hay que tener en consideración la naturaleza humana según la cual el individuo al principio de su vida carece por completo del

(a) Fichte, *Sittenlehre*, p. 449 expresa esta opinión de modo algo enérgico como sigue: "El destino absoluto de cada individuo de ambos sexos consiste en casarse. La persona soltera es solo la mitad de un ser humano".

poder sobre sí mismo, adquiriéndolo sólo poco a poco. En este aspecto el complemento consiste en la educación. La institución del Derecho romano en la cual este doble complemento encuentra su reconocimiento y elaboración común, es la *patria potestad*. A ésta se enlaza, en parte en el curso del ulterior desenvolvimiento, en parte en mera analogía natural o menos jurídica, el *parentesco* (d). La totalidad de todas estas relaciones complementarias —matrimonio, patria potestad, parentesco— la llamamos *familia* y las instituciones jurídicas referentes a la misma *Derecho de familia* (e).

Como la relación familiar, como la obligación, cons-

(d) El ulterior desenvolvimiento se halla en la agnación que no es sino el residuo de una patria potestad antes existente con continuo desarrollo. La analogía natural se encuentra en la cognación, en la cual el "jus gentium" reconoce la comunidad de los individuos basada en la filiación, conforme la reconoce el "jus civile" en la agnación.

(e) Advertimos expresamente que este término no procede del Derecho Romano. Entre los romanos posee la voz "familia" diferentes significaciones. La más importante y más técnica designa la totalidad de los agnados, o sea sólo una parte de aquellas relaciones que yo incluyo en el término. Pero si bien el término aquí escogido no estriba en el Derecho Romano, es no obstante la unión de las relaciones mencionadas así como la razón de la misma, por completa adecuada al sentido de los juristas romanos, puesto que se trata exactamente de lo que designan como "jus naturale". Ulpiano dice acerca del tema en L. 1, § 3 de J. et J.: "Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit... Hinc descendit maris atque foeminae conjunctio, quam nos matrimonium apellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio" (véase suplemento primero). El hecho de que los juristas antiguos por razones históricas, en la misma exposición de las instituciones jurídicas, resaltan otros puntos de vista con más aplomo, como lo vemos en Gayo, no está en contradicción con su reconocimiento de aquella relación natural y general. Desde luego coincide la designación escogida por mí con el actual uso lingüístico. La mencionada unión es también la única que se adapta a nuestro actual estado jurídico.

tituye una relación con determinados individuos, parece a primera vista razonable o identificar ambas relaciones o sea incluir la familia en las obligaciones, u oponer ambas a la propiedad que no contiene tal relación individual. Esta consideración se encuentra en muchos autores, si bien muchas veces no en su plena extensión o no con conciencia clara. Pero hemos de rechazarla de plano; y su abandono como errónea es de importancia para la acertada comprensión de la naturaleza de la familia. Por ello, indicaremos en el acto, aquellas diferencias esenciales que pueden ser expuestas desde el punto de vista hasta ahora logrado; con la reserva de poner en evidencia más abajo (§ 54) con más detalles la naturaleza particular, específica, de la familia. La obligación tiene como objeto una acción aislada, la relación familiar, en cambio, a la persona como totalidad en cuanto es un miembro en el contexto orgánico de la humanidad entera. La materia de las obligaciones es de naturaleza arbitraria, puesto que se puede escoger como contenido de una obligación ora esta, ora aquella acción; la materia de las relaciones familiares se halla en cambio determinada por la naturaleza orgánica del hombre y reviste, por ende, el carácter de la necesidad. La obligación es normalmente de naturaleza pasajera, la relación familiar está destinada a una existencia duradera. Por ello se desarrollan las diferentes relaciones familiares aisladas donde aparecen completas, en sociedades compuestas, que precisamente en atención a este hecho llevan el nombre común de las familias. En las familias se encuentran los gérmenes del Estado, y el Estado desarrollado abarca como sus elementos inmediatos no a los individuos sino a las familias.

Luego sigue en efecto la obligación más estrechamente emparentada con la propiedad, puesto que el poder que abarca ambas relaciones, constituye una ampliación del poder individual más allá de su límite na-

tural, mientras que la relación familiar tiene el destino de completar la propia naturaleza en sí incompleta de cada uno. El Derecho de familia se encuentra, por tanto, más cerca de los llamados derechos primitivos y fundamentales que el Derecho patrimonial; y conforme hemos excluido antes estos últimos del terreno del Derecho positivo por completo, afirmamos de la familia que sólo en parte pertenece al campo jurídico, mientras que el patrimonio pertenece al mismo completa y exclusivamente.

Si ahora volvemos la vista sobre el punto de partida de nuestra investigación, nos encontramos con tres objetos sobre los cuales es imaginable un dominio de nuestra voluntad y, en consonancia con estos objetos, tres círculos concéntricos dentro de los cuales puede dominar nuestra voluntad:

1º) El yo primitivo. A él corresponde el llamado derecho primitivo, que no consideramos como auténtico derecho.

2º) El yo ampliado en la familia. El dominio de nuestra voluntad en esta esfera pertenece sólo, en parte, al campo jurídico y constituye el Derecho de familia.

3º) El mundo exterior. El dominio de la voluntad que a ello se refiere cae por completo en el campo jurídico y constituye el Derecho patrimonial que a su vez se descompone en el Derecho de cosas y en el de obligaciones.

Desde este punto de vista resultan tres clases principales de derechos que hemos de aceptar para nuestra investigación:

Ahora bien, en esta separación existen estas clases de derechos sólo en nuestra abstracción; en la realidad, en cambio, aparecen enlazadas de múltiple manera y por este continuo contacto son imprescindibles mutuas repercusiones y modificaciones. Al considerar ahora más detalladamente las diferentes instituciones jurídicas de

las indicadas tres clases, habremos de tener en consideración a la vez estas modificaciones, así como en general el especial desarrollo que aquellas instituciones han recibido en nuestro Derecho positivo.

§ 54.

DERECHO DE FAMILIA

Ya hemos indicado la naturaleza de la familia (§53) la cual constituirá ahora el objeto de una investigación más detenida. Sus elementos eran el matrimonio, la patria potestad y el parentesco. La materia de cada una de estas relaciones es una relación natural, que como tal inclusive trasciende los límites de la naturaleza humana (jus naturale). Por consiguiente, hemos de atribuirles, en atención a su existencia general, una necesidad independiente del Derecho positivo, si bien la forma particular, en la cual consiguen el reconocimiento, es muy diferente según sea el Derecho positivo de los diferentes pueblos (a). Esta relación natural es para

(a) Así constituye p. ej. la existencia de la monogamia una institución jurídica positiva, mientras que atribuimos al matrimonio en general (en la forma que aparezca) una necesidad general. Con ello no queremos decir que se escoja entre poligamia y monogamia dejándose determinar por circunstancias casuales. La primera debe considerarse más bien como un grado inferior en el desarrollo moral de los pueblos. Ahora bien, algunos autores, p. ej. Hugo, Derecho Natural, §§ 210 a 214, ponen en duda la necesidad del matrimonio en general (no sólo de la monogamia). Y en efecto puede la razón abstractiva disolver la esencia del mismo y fingir en su lugar cualquier otro estado mediante el juego de la fantasía libre, p. ej. un amor sexual sin regla, o procreación como institución del Estado. Pero el sano sentido vital de todos los pueblos como el de todos los tiempos y grados de civilización confirmaría nues-

el hombre necesariamente, a la par, una relación moral; y añadiéndose, por último, aún la forma jurídica, abarca la familia tres formas inseparablemente unidas: la natural, la moral y la jurídica(b). De lo dicho se desprende que las relaciones familiares sólo en parte revisten una naturaleza jurídica en sí (§ 53); es más, tenemos que añadir que el aspecto jurídico de su naturaleza es precisamente el menor, perteneciendo el más importante a otro terreno completamente diferente del jurídico.

Nuestra afirmación de que la familia, además del elemento jurídico y moral, abarca también un elemento natural, no debe ser desinterpretado como si este último se hallara con aquéllos en pie de igualdad, pudiendo alcanzar un dominio independiente. En el animal reina el instinto, que está al servicio de un fin general de la naturaleza. En el hombre se encuentran igualmente el instinto y aquel fin de la naturaleza; pero en el hombre se encuentra, por encima del instinto natural, la ley moral suprema, la cual debe empapar y dominar todas las

tra afirmación, aunque no hubiese encontrado en la concepción del mundo cristiana su máxima confirmación. También pertenece a la elaboración positiva de las instituciones familiares el todo artificial por el cual a veces surgen, p. ej. la patria potestad por adopción. Además, la prohibición del matrimonio entre parientes próximos arraiga en el sentimiento moral de todas las épocas, siendo en cambio el grado de la extensión de esta prohibición de naturaleza completamente positiva. Sin embargo, hemos aún de añadir que inclusive la forma positiva en la cual estas relaciones aparecen en un Derecho positivo determinado, reviste en este Derecho carácter absoluto (§ 16), puesto que es determinada por la concepción moral de este mismo pueblo.

(b) Esta triple naturaleza de las relaciones familiares se halla expresada con toda claridad en lo que atañe al matrimonio, por Hegel, Derecho Natural, § 161. Muy bellamente dice del matrimonio "que constituye el amor jurídico-moral". El pasaje está conforme con las ideas del autor.

partes de su ser y por ello también este instinto, con lo cual no se destruye o disminuye lo natural en el hombre, sino que se lo eleva a la participación en el elemento supremo de la naturaleza humana. En este punto se equivocó Kant, que quiso convertir en el matrimonio el puro elemento natural (el instinto sexual) en el objeto de una relación jurídica obligacional, por lo cual desconoció por completo la naturaleza del mismo, desprestigiándolo (c).

Si ahora preguntamos por el auténtico contenido de las relaciones jurídicas pertenecientes a la familia, parece a primera vista que el mismo consiste en el derecho que tenemos contra la otra persona sometida a nuestra voluntad, con la salvedad que dicha sumisión no se debería concebir como total sino como limitada y concerniente meramente a la relación familiar (d). Esta tesis parece hallar su corroboración en las disposiciones especiales del Derecho Romano de familia que se basa principalmente en el severo dominio del "pater familias" sobre los demás miembros de la familia. No obstante, tenemos que rechazar dicha tesis por completo, precisamente también desde el punto de vista del Derecho Romano. Bien es verdad, que el padre tiene en él un dominio incondicional sobre el hijo, un dominio que en los tiempos más antiguos apenas habrá podido distinguirse de la auténtica propiedad. Pero este dominio no constituye el auténtico contenido de la relación jurídica; lo que constituye es más bien el carácter natural de la patria potestad, en la cual el padre se afirma por su propia potencia como en su dominio sobre el esclavo o sobre su casa o su caballo. En ningún lugar se habla de la obligación jurídica del hijo de obedecer; en ningún

(c) Véase acerca de este punto abajo § 141 d.

(d) Así lo considera efectivamente Puchta, *Rheinisches Museum*, tomo 3c, ps. 301 y 302.

lugar de la acción del padre contra el hijo desobediente como tampoco contra el esclavo desobediente. Sólo si personas ajenas intervienen en el dominio del "pater familias", se conceden acciones contra ellas. Nuestra afirmación gana aún más evidencia respecto del matrimonio libre. En él no se habla ni siquiera de dominio severo y de obediencia; y, no obstante, desconoce el Derecho Romano derechos de un cónyuge contra el otro o acciones para amparar tales derechos en el caso de su incumplimiento. Según ello no consiste el carácter jurídico de las relaciones familiares o sea el verdadero contenido de esta clase de relaciones jurídicas en la sumisión parcial de una persona a la voluntad de otra. Además, sólo el abandono de la mencionada doctrina, por más visos de probabilidad que tenga, hace posible una rigurosa distinción entre las relaciones familiares y las obligaciones. En caso contrario se introduce inevitablemente la naturaleza de las obligaciones, de contrabando, en la familia, por mucho que los defensores de aquella tesis protesten verbalmente.

¿Pero qué nos queda entonces como contenido auténtico de las relaciones jurídicas pertenecientes a la familia? Nosotros las consideramos al principio como complementos de la individualidad en sí imperfecta (§ 53). Por tanto, consiste la verdadera esencia de las mismas en el papel que el individuo desempeña en estas relaciones; en que no sólo es un ser humano sino además especialmente marido, padre, hijo: en resumidas cuentas, en una *forma de la vida* sólidamente determinada, independiente del arbitrio individual y basada en un gran contexto natural (e).

(e) Las relaciones familiares pertenecen, por tanto, preferentemente al "jus publicum", o sea al Derecho absoluto (§ 16). Véase arriba nota a. Por esta razón también se llama toda relación familiar de un hombre preferentemente un "status" del

No negamos, por consiguiente, de ninguna manera que pertenece a la esencia del matrimonio la fidelidad y la devoción, así como a la de la patria potestad la obediencia y la veneración. Pero estos elementos de aquellas relaciones, en sí los más importantes, son amparados por la costumbre moral, no por el Derecho; exactamente como el humano y buen uso que el "pater familias" debe hacer de su poder familiar, también pertenece al campo de la costumbre moral. La tesis errónea de que se trata en este último supuesto de una regla jurídica es sólo por casualidad menos posible. Por esta razón tendríamos sólo un conocimiento muy inseguro del estado de la relación familiar en una nación, si enfocamos meramente la regla jurídica en ella vigente, sin tener en consideración la costumbre moral complementaria. Autores recientes que echaron en olvido este hecho han enrostrado con frecuencia, pero sin fundamento, al Derecho de familia romano que admitía una tiranía descorazonada (f). No se dieron cuenta que en ningún pue-

mismo, o sea su posición o su existencia en relación con determinados otros hombres. Véase § 59 y suplemento VI.

(f) Así Hegel, *Naturrecht*, § 175. "La relación de esclavos de los hijos romanos constituye una de las instituciones más desprestigiosas de su legislación; y esta lesión de la moral en su vida más íntima y tierna es uno de los momentos más importantes para comprender el carácter histórico-universal de los romanos y su tendencia hacia el formalismo jurídico". En Hegel resulta este malentendido tanto más incomprensible cuanto, en § 161, reconoce claramente en el matrimonio la necesaria colaboración de elementos morales y jurídicos, de lo cual sigue por su propio peso que el *Derecho matrimonial* da en cada pueblo solo un cuadro incompleto del matrimonio mismo. ¿Porqué no rigen los mismos principios para la patria potestad? Más lejos aún va el error de Adam H. Müller, *Elemente der Staatskunst*, Parte segunda, ps. 59 a 65. Habla de un "poder paternal y marital conforme se halla decretado en nuestros códigos según el patrón romano", y echa de menos, por ende, en las relaciones familiares romanas (y en las nuestras)

blo de la antigüedad se tenía a las amas de casa en tan alta estima como en Roma (g), y que no era imaginable un tratamiento realmente de esclavos y desprestigiado de los hijos al lado de un Derecho Político que les concedía, sin perjuicio de la patria potestad, el disfrute de todos los derechos políticos e inclusive la capacidad para las magistraturas supremas.

Esta característica general del Derecho de familia se nos hará más evidente todavía por la indicación del auténtico contenido jurídico de sus diversas instituciones. Respecto de cada una de ellas consiste en las condiciones de su existencia y de su reconocimiento, a lo cual se añaden los siguientes requisitos: los presupuestos de la posibilidad de tanta relación jurídica, sus causas de nacimiento y las de su cancelación. Así hay que proceder en el matrimonio, la patria potestad y el parentesco.

toda reciprocidad. Según este autor parece que, aún hoy día celebrásemos nuestro matrimonio por "conferreatio", aunque ya desde tiempos antiguos y entre los romanos era el matrimonio libre (sin la menor huella de poder) el más frecuente y aunque solo éste ha llegado a nosotros. Además parece, siempre según el mencionado autor, como si solo las leyes romanas desempeñasen un triste papel, "si no las quisiese completar o apoyar un espíritu invisible del amor o de la confianza" (p. 59). ¡Como si una sola ley en el mundo hubiese hecho superfluo o hubiese producido este espíritu invisible! Por consiguiente lo que este autor desprecia como debilidad de las leyes romanas, constituye una institución que Dios ha tenido por bien a dar a la naturaleza humana en general.

(g) Pertenece a este contexto la bella descripción de la vida familiar de los tiempos antiguos en Columella, de re rust. Lib. 12, proef. § 7, 8: "Erat enim summa reverentia cum concordia et diligentia mixta. Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut foemina proprium esse juris sui diceret, sed in commune conspiciebatur ab utroque". Y precisamente en los buenos tiempos pasados que este autor describe, se daba la "manum conventio", o sea el poder severo del marido con más frecuencia que en tiempos posteriores en los cuales se hizo cada vez más rara.

También el contenido jurídico se limita a lo dicho en cuanto atañe a estas relaciones jurídicas aisladamente consideradas. Pero además hay que tener en cuenta en cada una de ellas la importante influencia que la misma fuera de sus propios límites ejerce sobre otras relaciones jurídicas, y la cual indicaremos en lo que sigue para cada una de las tres relaciones jurídicas separadamente.

El *matrimonio* produce los siguiente efectos sobre otras relaciones jurídicas:

1º) El nacimiento de la patria potestad sobre los hijos concebidos en el matrimonio. He aquí de nuevo una relación independiente, en la cual no se halla contenida en absoluto una nueva determinación de la relación recíproca de los mismos cónyuges.

2º) Protección contra la lesión de su dignidad moral por medidas del Derecho Penal.

3º) Disposiciones múltiples en el Derecho patrimonial como "dos", "donatio propter nuptis" etc. La mayor parte y las más importantes de estas instituciones no son consecuencias inmediatas y necesarias del matrimonio mismo, sino consecuencias de actos arbitrarios, pero cuya posibilidad se haya condicionada por la existencia del matrimonio.

La *patria potestad* ejerce su influencia sobre el patrimonio del siguiente modo. El hijo es incapaz de adquirir patrimonio para sí mismo y por ello también de tenerlo. En cambio, el hijo tiene capacidad para adquirir algo para el padre; es más: esta adquisición es una consecuencia necesaria de los actos del hijo. Esta representación del padre, tanto posible como necesaria, por los actos adquisitivos del hijo es designada como unidad de ambas personas. No obstante, se encuentra limitada de múltiple manera por los peculios (que en parte son denominados así equivocadamente). Si se compara esta múltiple influencia de la patria potestad con las relaciones naturales, que han si-

do indicadas más arriba como base de la familia, resulta lo que sigue. La necesidad educativa encuentra su satisfacción en el poder paternal; pero no precisamente en su aspecto jurídico sino en el poder jurídicamente indeterminado que el padre ejerce de todos modos sobre el hijo sin consideración a su edad. Todo lo demás, o sea precisamente la arriba mencionada influencia jurídica sobre el patrimonio, no guarda ninguna relación con la educación. En ello se patentiza más bien inconfundiblemente la opinión según la cual el hijo recibe en sí la personalidad del padre y la continúa más allá de la vida del padre, para transmitirla luego a sus propios hijos y continuarla en ellos. Esta concepción es evidente en la representación del padre por las adquisiciones del hijo, así como en la peculiar manera en la cual el "suus" adquiere la herencia paterna. También se evidencia en la incapacidad patrimonial del hijo que se basa sin duda alguna en la opinión de que el hijo no necesita patrimonio, siendo de hecho el patrimonio paterno a la vez el suyo(h). Esta incapacidad explica asimismo por qué no era menester amparar especialmente el patrimonio de un hijo bajo patria potestad durante los años de su juventud. Sin embargo, conviene hacer en este lugar tal advertencia, puesto que en ella se encuentra el punto de partida de la tutela como sucedáneo artificial (§ 55).

El parentesco, finalmente, es de las tres la relación

(h) Digo que *de hecho* es a la par el suyo, puesto que el hijo en una situación natural de la vida familiar participa en el disfrute del patrimonio. A su lado existe el poder jurídico del padre, sólo poco limitado, de negar al hijo aquellas ventajas en la presencia y de sustraerselas para lo porvenir. Se trata, por tanto, de una relación semejante a la "dos", que pertenece jurídicamente al marido, pero de hecho a la mujer; sólo que existía más motivo respecto a la "dos" de desarrollar esta relación y de pronunciarla mediante reglas determinadas.

más indeterminada, entre otras razones porque aparece en diferentes graduaciones, perdiéndose al final inadvertidamente. Ordinariamente los autores ni siquiera lo reconocen como una relación familiar con propia sustantividad, puesto que se suele configurar el carácter de tamaña relación como productor de recíprocos derechos jurídicos, de los cuales los parientes como tales, salvo pocas excepciones, carecen. Pero esta circunstancia no nos impide, con arreglo a nuestra opinión arriba expuesta, de tratar también el parentesco como una relación familiar autónoma, puesto que también en ella son exactamente determinadas las condiciones jurídicas de su existencia. Tampoco carece de influencia sobre otras relaciones jurídicas. Esta influencia se muestra en primer lugar en el matrimonio, cuya posibilidad se excluye respecto de ciertas clases de parentesco. En segundo lugar, hay que poner de relieve el patrimonio, sobre el cual el parentesco repercute de doble manera. La influencia más importante existe en el Derecho de sucesión, en atención al cual resulta ya imprescindible la más exacta comprobación de esta relación. Otra influencia menos importante se da en la obligación de pagar alimentos, la cual, no obstante, sólo existe en determinadas clases de parentesco. He aquí el único derecho recíproco que existe entre parientes coexistentes.

Con arreglo a la doctrina expuesta en este lugar cada relación familiar es considerada como natural-moral, completamente individual, consistiendo en una relación recíproca entre dos individuos. Pero como relación jurídica que es, se trata de una relación de *una* persona con todos los demás hombres, consistiendo según su propia esencia en el derecho al reconocimiento general. Así p. ej. corresponde al padre en primer lugar y por razón de la patria potestad, sólo el derecho de que cualquier persona reconozca la existencia de este poder con tal que lo haya puesto en duda. Este derecho no se dirige

contra el hijo más o menos que contra cualquier tercero. Pero además, la relación jurídica una vez reconocida puede servirle como fundamento de muchos otros derechos (referentes a propiedad, herencia, etc.) Toda esta doctrina encuentra una extraña confirmación en la forma romana de acción. La acción es un "praejudicium", es decir una acción que no provoca una "condemnatio", sino sólo un fallo sobre la existencia de una relación (i). El nombre de esta clase de acciones se explica por el hecho de que sirven a preparar otras acciones futuras. Todas estas acciones, por último, son "in rem", es decir no se dirigen exclusivamente contra una persona determinada obligada, como las acciones basadas sobre obligaciones (k).

§ 55.

DERECHO DE FAMILIA.

(Continuación.)

Hasta ahora hemos considerado la familia en su forma natural. Ahora bien, el Derecho positivo puede configurar, según el tipo de estas instituciones familiares, naturales, otras, que entonces ofrecen una ampliación artificial del Derecho de familia. Tales relaciones familiares artificiales se distinguen de las naturales en que las primeras no estriban como las segundas en una base natural-moral, por lo cual su existencia no descansa en una necesidad general. Con arreglo al término técnico romano, no pertenecen, por tanto, al "jus naturale".

El Derecho Romano conoce las siguientes instituciones de este Derecho familiar artificialmente ampliado:

(i) Gayo, IV, § 44, 94. Véase L. 1, § 16. L. 3, § 3, 4 de agnosc. (25.3). L. 1, § 4 de lib. exhibendis (43.30).

(k) § 13 J. de act. (4.6).

1º) *Manus*. Descansa en una fusión artificial de las dos clases principales de la familia natural, del matrimonio con la patria potestad. La mujer casada es colocada de esta manera en la relación jurídica de una hija del marido, lo cual significa una adición exterior al matrimonio este aditamento. En los tiempos antiguos se trapecto al patrimonio. Bien es verdad que esta doctrina de la "manus" sólo tiene validez en una época relativamente moderna del Derecho Romano, en la cual se dejaba al arbitrio de las personas si debía añadirse al matrimonio este aditamento. En los tiempos antiguos se trataba de la única forma posible del matrimonio.

2º) *Servitus*. La relación de un esclavo con su señor revistía entre los romanos dos formas jurídicas completamente distintas. "dominium" y "potestas" que sólo en la realidad se encontraban siempre unidas. Según la primera se trataba de una auténtica y pura propiedad: el esclavo era igual que cualquier cosa, podía ser enajenado, no sólo la propiedad plena, sino que también se admitía respecto a él un usufructo, uso o prenda; finalmente, se daban contra cualquier infractor de este derecho las mismas acciones que contra el infractor de otra clase de propiedad, sobre todo, por ello, la "rei vindicatio". Según el segundo punto de vista se trataba de un elemento de la familia a imagen y semejanza de la patria potestad y muy semejante a la misma. Este hecho salta a la vista si pensamos en la propiedad que primitivamente tenía también el padre sobre los hijos, en el nombre común de "potestas" y, por último, en la equiparación de los esclavos y de los hijos en lo que atañe a su incapacidad patrimonial, a la representación posible y necesaria del señor por los actos adquisitivos del esclavo y al peculio. Si nuestro sentimiento se rebela contra esta equiparación de los hijos con los esclavos, no debemos olvidar que el esclavo era en los tiempos más antiguos en los cuales la institución adquiría fije-

za, el mozo de campo del señor o sea su auxiliar en el trabajo y probablemente casi siempre su comensal. Bien es verdad que dada la muy distinta manera de vivir en tiempos más modernos, cuando los esclavos llegaron a ser objetos de lujo y de especulación comercial en escala exageradísima, aquella equiparación había perdido todo sentido y decoro. Pero hé aquí precisamente una de las causas patológicas más importantes de la situación romana, consistente, pues, en que no se intentó a tiempo debido y con el necesario radicalismo modificar la relación de los esclavos y de los libertos con arreglo a las necesidades completamente modificadas. A este segundo aspecto de la esclavitud pertenece finalmente también la manumisión, o sea la capacidad del señor de conceder al esclavo la libertad y normalmente la "civitas"; así como el "liberale iudicium" o la "vindicatio in servitutum" o "in libertatem" que confiere a la "potestas" la misma protección que la normal "vindicatio" al "dominium". Algo diferente de todo ello es la capacidad jurídica que al esclavo casi falta por completo, puesto que esta carencia puede hallarse también respecto de esclavos sobre los cuales ahora casualmente no se extiende "dominium" o "potestas", en otras palabras: respecto a los "servis sine domino". En efecto, si bien se había creado y elaborado toda la institución jurídica de la esclavitud sólo en aras del poder del señor, no obstante se había desarrollado de ello el concepto general del "estado de esclavo" como un estado que debía poder tener existencia y eficacia también en los casos de esclavos casualmente sin señor (a).

(a) A esta hipótesis pertenecen los siguientes supuestos: 1º) El "servus poenae", que de ninguna manera era propiedad del Estado. L. 17 pr. de poenis (48.19). L. 3 (29.2). 2º) El romano que cayó prisionero del enemigo, puesto que el enemigo carecía de derechos y no podía tener, por tanto, ni "potestas" ni "dominium". 3c) El liberto respecto al cual una persona, antes

3º) *Patronatus*. La liberación convierte al esclavo en un hombre libre y le proporciona, según los casos, un grado mayor o menor entre los libres. Además existe una relación personal entre el patrono y el liberto, la cual a su vez reviste también la naturaleza de una relación familiar, conforme la tenía la relación de esclavo de la cual procedía por medio de transformación. El patronato repercute considerablemente sobre el Derecho patrimonial, puesto que se enlazan a él de múltiples maneras, en parte, la sucesión; en parte, obligaciones. Por último hay que mencionar instituciones del Derecho criminal destinadas a la protección de la alta posición del patrono frente al liberto.

4º) *Mancipii causa*. Como el dominio del padre sobre los hijos en los tiempos más remotos apenas era diferente de la propiedad, tenía el mismo también el derecho de enajenarlos; y otro tanto podía hacer el marido que tenía a la mujer cual una hija "in manu". Sin embargo, estos libres enajenados debían encontrarse con el nuevo señor en otra y más benigna relación que los esclavos propiamente dichos. Tal era la "mancipii

de su liberación, había adquirido un usufructo. Ulpiano, I, § 19 (L. 1 C. comm. de manumiss. 7.15). 4º) El esclavo abandonado por su señor. L. 38, § 1 de nox. act. (9.4). L. 36 de stip. serv. (45.3) L. 8 pro derelicto (41.7). Según un edicto completamente especial y positivo del Emperador Claudio adquiría el esclavo *enfermo* la latinitad, si era objeto de una derelicción cruel. L. 2 qui sine manum (40.8). L. un. § 3. C. de lat. libert. (7.6). La regla seguía al lado de la excepción incólume. La posición del "servus poenae" era más dura que la del "servus fisci". Por esta razón se convertía el esclavo condenado mediante indulto en "servus fisci"; y el hijo de la mujer condenada a trabajos en las minas fué considerado como "servus fisci". L. 24, § 5.6 de fideic. lib. (40.5). Por el otro lado, nunca podían los esclavos sin dueño llegar a ser libertos. Si conseguían la libertad (por restitución del condenado o por postliminio del prisionero) volvían a ser "ingenui". Paulus IV. 8. § 24.

causa", un estado intermedio entre libres y esclavos, del cual, además, por medio de la liberación podía surgir un patronato, semejante al auténtico referente a verdaderos esclavos. Sólo en lo que atañe a la incapacidad patrimonial y a la adquisición para el señor se encuentran este hombre dependiente y el esclavo en pie de igualdad. Estas relaciones jurídicas se conservaron como mera forma jurídica al disolverse la patria potestad in extenso uso, aunque una venta sería de los hijos era ya desde hace largo tiempo muy rara, inclusive punible.

5º) *Tutela y curatio*. El núcleo de esta institución jurídica es indiscutiblemente la tutela sobre incapaces; y ésta debe ser considerada como un sucedáneo de la patria potestad en los casos en los cuales la última casualmente no existe. El único problema consiste en saber en qué sentido constituye la tutela un sucedáneo. Desde luego no se trata en la tutela de la unidad de personas existente, como vimos, en la patria potestad. Se podría pensar en la relación educativa; pero también ésa se encuentra fuera de los límites de la tutela y puede ser unida a la misma sólo por casualidad. La verdadera conexión es la siguiente. Si el titular de un patrimonio es incapaz, no puede representarlo, en otras palabras: carece de capacidad de obrar. La mayor parte de los incapaces se encuentran bajo la patria potestad; y no se encuentran con aquella dificultad, puesto que todo lo que llega a ellos se les va de todas maneras hacia el patrimonio del padre, por lo cual no pueden tener ellos mismos patrimonio (§ 54). En otras palabras: su incapacidad de obrar es inocua en vista de su incapacidad jurídica. La cuestión es diferente si el incapaz se halla casualmente sin padre, ya que entonces puede tener patrimonio. En este supuesto se da una discordia entre la existente capacidad jurídica y la ausente capacidad de obrar, la cual requiere una

asistencia artificial positiva. La tutela primitiva se funda exclusivamente en esta necesidad, puesto que sólo en esta hipótesis existe necesidad natural frecuente, general e importante. Los demás casos de tutela así como toda la curatela estriban probablemente en paulatinas imitaciones por necesidades análogas. Pero lo que tienen de común con la hipótesis principal es que sólo se realizan en los supuestos, en los cuales no existe la relación rigurosamente jurídica de una "potestas" o "manus" que hace superflua toda asistencia más artificial. El contenido jurídico de estas relaciones es doble. En primer lugar, sustituyen la ausente capacidad de obrar de una persona con capacidad jurídica. En segundo lugar se transforman más tarde en obligaciones entre aquel que fué tutor o curador y el pupilo.

La ampliación artificial del Derecho de familia se limitaba en la época de los juristas clásicos a las cinco instituciones arriba expuestas. En tiempos de Justiniano habría de añadirse aún una sexta institución: el *colonato*, la cual desde ya hace largo tiempo era tan divulgada como importante. Su naturaleza consistía en una "obligatio" hereditaria e irredimible de cultivar una determinada finca rústica; era semejante a la "servitus", pero sin embargo esencialmente distinta de la misma (b). El hecho de que el primer libro de nuestras instituciones no menciona esta institución, no se explica en atención a razones intrínsecas, sino a la inferior autonomía espiritual de la época justiniana, que se contentaba con una ligera modificación de los libros de los tiempos clásicos, en lugar de exponer el Derecho vivo de la actualidad, por lo cual, salvo pocas excepciones, se quedaba encerrada en el círculo de los temas de aquellos libros.

(b) Savigny, Acerca del colonato romano, en "Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft, tomo 6, número IV.

Las relaciones familiares artificiales revisten por lo demás en los puntos más importantes una calidad semejante a la de las relaciones naturales (§ 54): también ellas constituyen relaciones jurídicas con efectos contra cualquier tercero que les niegue su reconocimiento; y también ellas son amparadas mediante "praejudicia" (c).

He empleado la denominación de relaciones familiares naturales y artificiales, para distinguir rigurosamente aquellas partes del Derecho de familia que son "juris naturalis" de las otras que no lo son. Pero hay que observar, para evitar malentendidos, que los romanos atribuyeron a las instituciones que yo denomino "artificiales" una naturaleza muy diferente. Bien es verdad que respecto a la "manus" y a la "mancipii causa" no se podía desconocer que se trataba de instituciones específicas del Derecho Romano y que por tanto pertenecían al "jus civile". Puede ser que se haya tenido la misma opinión en cuanto al patronato. En cambio, incluían la tutela en cuanto se refiere a incapaces, en el "jus gentium" (d); y lo mismo hacían con la esclavitud que en efecto no sólo existía entre los romanos sino también entre los demás (e). Respecto a esta última merece mención el extraño desenvolvimiento de la concepción jurídica provocado por el Cristianismo. Ningún filósofo de la antigüedad consideraba posible la existencia de un Estado sin esclavos. En todos los Estados cristiano-europeos, en cambio, se condena la esclavitud como imposible; y en los Estados cristianos fuera de Europa pertenece la lucha en torno de la conservación o abolición de la esclavitud a las tareas más importantes que se reservan a la época futura.

Con las relaciones familiares hasta aquí expuestas se

(c) § 13 J. de act. (4.6).

(d) Gajus, I, § 189.

(e) L. 1, § 1 de his qui sui (1.6), § 1 J. eod. (1.8).

encuentran aún en estrecha conexión otras dos doctrinas jurídicas: la representación en la adquisición del patrimonio y la capacidad jurídica en sus diversas graduaciones.

La representación en la adquisición patrimonial (§ 113) se enlaza a la "potestas", "manus", "mancipium", o sea a tres, o más propiamente a cuatro de las mencionadas relaciones familiares. Pero no todas las relaciones familiares poseen esta influencia importante; sobre todo no se encuentra en el matrimonio como tal, el parentesco, el patronato o la tutela. El Derecho de familia trasciende por tanto a esta doctrina y no debe ser confundida con la misma.

La capacidad jurídica (que será expuesta detenidamente en los (§§ 64 y ss.) se basa en tres clasificaciones de los hombres, con las cuales se relacionan tres grados de la "capitis deminutio". Las diferencias entre los "liberi" y "servi", los "sui juris" y "alieni juris" estriban por completo en algunas de las mencionadas relaciones familiares. La tercera diferencia, en cambio, ("cives", "latini", "peregrini") cae por completo fuera del ámbito del Derecho de familia, inclusive del Derecho Privado. Por el otro lado existen varias relaciones familiares, el matrimonio como tal, el parentesco, el patronato, la tutela, que no poseen influencia alguna sobre la capacidad jurídica. Por consiguiente, no es de ninguna manera idéntica la teoría de la capacidad jurídica al Derecho de familia: más bien poseen ambos límites por completo diferentes.

Por último hemos de mencionar todavía el desarrollo histórico de las instituciones pertenecientes al Derecho de familia. Ya en tiempos de Justiniano había desaparecido por completo tanto la "manus" como la "mancipii causa". Durante el tránsito del Derecho Romano a la Europa moderna desaparecieron además, la esclavitud y el patronato. Tampoco pudo encontrar reconoci-

miento duradero en la Europa moderna el colonato romano, puesto que ocupaba su lugar la institución germánica del siervo. Así el colonato fué desplazado en Italia y Francia, mientras que en la mayor parte de Alemania nunca fué recibido con el Derecho Romano. Por consiguiente permanecieron de todas aquellas instituciones en el Derecho actual sólo las siguientes: matrimonio, patria potestad, parentesco, tutela.

En cambio, surgieron desde la Edad Media muchas instituciones jurídicas nuevas sobre el suelo del Derecho Germánico, en las cuales, exactamente igual que en las relaciones familiares existentes ya entre los romanos, debemos reconocer un elemento moral como de preferente influencia, y las cuales deben incluirse en parte en el Derecho de familia, en parte en el Derecho Político, si se quiere concebir adecuadamente su naturaleza. A este grupo pertenece la relación feudal entera, las relaciones muy complejas entre propietarios de fincas rústicas, campesinos, etc., y sobre todo la ya mencionada institución germánica del siervo. Por ello debemos evitar querer establecer los límites del Derecho de familia para todas las épocas y todos los pueblos; y hemos de reconocer la posibilidad del libre desarrollo de cualquier Derecho positivo. Este desenvolvimiento jurídico continuo es muy extraño en una de las relaciones más divulgadas de nuestra época, en el Derecho de la servidumbre. Desde el punto de vista del Derecho romano la relación con la servidumbre puede sólo concebirse como un contrato ("operae locatae"); y este su tratamiento limitado era suficiente para los romanos, puesto que por razón de los numerosísimos esclavos apenas se advertía una necesidad de servidumbre libre. La situación es diferente entre nosotros que no tenemos esclavos, por lo cual la relación con la servidumbre constituye una necesidad muy importante y divulgada. Pero el tratamiento limitado de un contrato laboral cualquiera no

es suficiente; y por ello se ha incluido con feliz acierto en el "Derecho Territorial Prusiano" el Derecho de la servidumbre en el Derecho de personas, y no en el de los contratos.

§ 56.

DERECHO PATRIMONIAL

Para el Derecho patrimonial hemos indicado arriba (§ 53) dos objetos distintos: cosas y acciones. Sobre esta distinción descansan las dos partes principales del mismo: *Derecho de cosas y de obligaciones*. El primero trata de la posesión o del dominio fáctico sobre cosas. Como derecho aparece el mismo en forma sencilla y completa en la *propiedad* o sea en el dominio ilimitado y exclusivo de una persona sobre una cosa. Pero para esclarecer la naturaleza de la propiedad hemos de partir de la siguiente consideración general. Todo hombre tiene la vocación de dominar la naturaleza no libre. Ahora bien, precisamente por esta razón tiene que reconocer idéntica vocación en cualquier otro hombre. Este reconocimiento recíproco produce, dado un contacto espacial de los individuos, una necesidad de equilibrio, la que primeramente aparece como indeterminada, pero que sólo como determinada puede hallar su satisfacción. Esta satisfacción se lleva a cabo mediante la comunidad en el Estado por el Derecho positivo. Si atribuimos al Estado el dominio total sobre la naturaleza no libre dentro de sus fronteras, aparecen los individuos como partícipes de este poder común; y el problema consiste en encontrar una regla determinada con arreglo a la cual el reparto entre los individuos haya de efectuarse. Para tal reparto se ofrecen tres caminos, que no se deben concebir como en una

relación excluyente, sino que más bien de cierta manera pueden aplicarse simultáneamente. Podemos designar estos tres caminos del siguiente modo:

1º) Bien común y disfrute común. Esta relación existe respecto al patrimonio entero del Estado, no importa si éste consiste en impuestos, regalías o dominio público, puesto que las instituciones públicas, mantenidas con dichos ingresos, pueden realmente ser utilizadas y disfrutadas por cada individuo (si bien muchas veces de diferente manera).

2º) Bien común y disfrute particular. Esta clase de reparto (la más rara) se encuentra en el "ager publicus" romano del tiempo más antiguo; también, en las corporaciones actuales, en el llamado patrimonio ciudadano.

3º) Bien particular y disfrute particular. Depende de los actos libres o acontecimientos de la naturaleza, reconocidos en el Derecho positivo. Esta forma, en todas partes prevalente, es la única de la que hemos de ocuparnos en el Derecho Privado. En ella radica el concepto de la propiedad cuyo reconocimiento completo conduce a la posibilidad de la riqueza y de la pobreza, ambas sin limitación alguna.

Un dominio del individuo sobre la naturaleza no libre, fuera del ámbito de la propiedad, no es concebible. Pero sí es imaginable un dominio limitado de múltiple manera dentro de la propiedad; y así pueden, según las disposiciones de cada Derecho positivo, configurarse diferentes "jura in re" como instituciones jurídicas especiales. Todos los posibles derechos sobre cosas —propiedad y "jura in re"— los comprendemos por el nombre común de *derechos reales*, (a).

(a) Indicamos esta terminología solo en plan general para evitar malentendidos. La determinación más exacta de la misma así como la indicación de los diferentes "jura in re" queda reservada a la teoría especial del Derecho de cosas.

El Derecho de obligaciones se ocupa del dominio parcial sobre acciones ajenas, por lo cual es condicionado y formado lo que, desde un punto de vista unificador, denominamos "tráfico". Pero no todas las acciones son objetos idóneos de obligaciones, sino sólo aquellas que en atención a su naturaleza material pueden ser consideradas como desgajadas de la persona y similares a las cosas.

Resumiendo lo dicho, observamos una oposición total respecto al Derecho de familia. En ambas partes del Derecho patrimonial no consiste la materia, como en la familia, en una relación natural-moral; ambas no poseen, por tanto, naturaleza mixta, sino que son más bien meras relaciones jurídicas puras: no pertenecen al "jus naturale" y el reconocimiento de su existencia aparece menos necesario y más arbitrario y positivo que el de las instituciones del Derecho de familia. Por el otro lado, no pueden surgir dudas sobre su auténtico contenido jurídico, puesto que, debiendo contener una ampliación de la libertad individual (§ 53), lo que les da como instituciones jurídicas su contenido es precisamente este poder, este dominio que nos confieren.

Contra la afirmación que acabamos de establecer de que el Derecho patrimonial a diferencia del Derecho de familia no incluye un elemento moral, se podría objetar que la ley moral ha de dominar toda especie del obrar humano y que, por ende, también las relaciones patrimoniales tienen que poseer un fundamento moral. Tal objeción es de cierto modo acertada, puesto que el rico debe considerar su riqueza sólo como un bien confiado a su administración. Pero el ordenamiento jurídico es completamente ajeno a esta opinión. La diferencia se encuentra, por consiguiente, en que la relación familiar sólo de manera imperfecta es dominada por las leyes jurídicas de suerte que gran parte de la misma queda a merced exclusiva de las influencias mo-

rales. En cuanto a las relaciones patrimoniales, en cambio, el dominio de la ley jurídica se lleva a cabo por completo sin tener en consideración el ejercicio moral o inmoral de un derecho. Por tanto, puede el rico dejar perecer al pobre negándole su ayuda o ejerciendo sin piedad su crédito. El remedio contra esta situación no se encuentra en el Derecho Privado, sino en el Derecho Público: consiste en los establecimientos para los pobres, a cuya manutención, por cierto, puede ser obligado el rico, si bien su aportación tal vez no sea perceptible inmediatamente. Por tanto, mantenemos la tesis como verdadera que el Derecho patrimonial como institución del Derecho privado no abarca un elemento moral; y esta afirmación no desconoce el dominio incondicional de las leyes morales, ni puede provocar sospechas sobre la naturaleza del Derecho Privado (véase § 52).

A primera vista parece que la relación entre las dos partes indicadas del Derecho patrimonial se halla determinada, meramente por su objeto, de modo tan inconfundible que debía encontrarse en todas partes de idéntica manera. Pero a una investigación más profunda se abre un campo de acción libérrimo para el juego de las diferentes disposiciones del Derecho positivo de los diversos pueblos. Estas diferencias consisten, en parte, en la delimitación del derecho de cosas y obligaciones, en parte en la concepción del nexo entre ambas partes jurídicas. En cuanto a la delimitación, bien es verdad que existen algunos puntos extremos, respecto a los cuales es inconfundible la naturaleza particular de una u otra materia jurídica. Piénsese, por un lado, en la propiedad propiamente dicha con vindicación ilimitada; y, por el otro, en el contrato que el patrono celebra con la servidumbre o en el mandato. Pero entre ambos puntos existe un tránsito paulatino, una aproximación natural, puesto que

la mayor parte de las obligaciones y las más importantes tienden a obtener por acciones ajenas un derecho real o, al menos, el ejercicio y el disfrute de tal derecho(b). En este aspecto es característica del Derecho Romano la rigurosa elaboración de la propiedad, que se exterioriza, en parte, en el efecto ilimitado de la vindicación(c), en parte en la posibilidad muy limitada de disminuir la propiedad por "jura in re" (d). Todo depende de si la cosa en sí, independientemente de una acción ajena, es ya objeto de nuestro derecho; o si nuestro derecho inmediatamente sólo se dirige a una acción ajena, como objeto sometido a nuestro dominio, aunque el fin de esta acción sea proporcionarnos un derecho sobre la cosa o su disfrute. Como síntoma seguro de esta frontera sírvenos la existencia de una "actio in rem" o "in personam"(e), diferencia que

(b) Así todas "dandi obligationes". En este hecho se basa el uso lingüístico de algunos autores recientes, según el cual se dividen las obligaciones ("jura personalia") en "jura personalia in specie" y "jura ad rem". Davies Inst. jurispr. priv. § 31. De análoga manera establece el "Derecho Territorial General Prusiano" (Parte primera, título segundo, § 123, 124) como especie el derecho personal y como clase especial el derecho a la cosa.

(c) Al contrario no acepta el Derecho francés como regla una vindicación de los muebles, sino solo a título de excepción en casos especiales de la pérdida de la posesión. De análoga manera concede el Derecho prusiano al comprador de buena fe respecto a cosas de todas clases el derecho a exigir del propietario restitución del precio.

(d) El Derecho romano admite solo "jura in re" en casos aislados y determinados. El Derecho prusiano, en cambio, concede cualquier derecho de disfrute respecto a cosa ajena como real, si se le añade la posesión, no importa la causa y el fin.

(e) No queremos decir con ello que los límites entre ambas clases de acciones coincidan con los límites entre Derecho de cosas y de obligaciones, puesto que existen muy importantes "in rem acciones" que no pertenecen al Derecho de cosas. Pero

las más de las veces, si bien de ningún modo siempre, coincide con la diferencia entre un adversario indeterminado o determinado(f). También la relación de ambas partes patrimoniales entre sí puede fácilmente ser oscurecida por aquella frontera oscilante. El Derecho romano separa ambas rigurosamente, y trata cada parte dentro de sus fronteras como completamente independiente. Así se ocupa de la propiedad como dominio autónomo sobre una cosa, sin tener en consideración la obligación que puede haber servido como su mediación y preparación. Por otro lado, se ocupa de la obligación como dominio autónomo sobre una acción ajena, sin tener en consideración el derecho real al que dicha acción puede tender. Este tratamiento, completamente adecuado a la naturaleza de aquellos derechos, puede dar lugar a una doble desviación: o enfocando exclusivamente las obligaciones de modo que los derechos reales sólo aparecen como consecuencias o desenvolvimiento

sí son todas las acciones basadas sobre derechos reales "in rem", y todas las fundadas en obligaciones "in personam". La determinación más exacta de este particular pertenece a otra sección posterior.

(f) Con frecuencia se dice que la naturaleza de la "in rem actio", a diferencia de la "in personam" consiste en que aquélla se dirige contra cualquier tercero, contra cualquier poseedor, a diferencia de la "actio in personam". Pero la "actio quod metus causa" se dirige como "in rem scripta" contra cualquier tercero; y, no obstante, es "in personam". Sin embargo, tales casos constituyen raras excepciones; y si concebimos la oposición en sus rasgos generales, tenemos el derecho de afirmar que los derechos reales se distinguen de las obligaciones precisamente por su general eficacia contra todos, y no solo contra individuos determinados. Una consecuencia de esta diferencia, acertada por regla general, consiste en que los derechos reales, puesto que deben tener eficacia contra adversarios indeterminados o sea con la máxima extensión, revisten una naturaleza mucho más estable que las obligaciones, es decir que contienen más derecho absoluto o "jus publicum" (§ 16).

de las mismas (g); o al contrario concibiendo los derechos reales como único objeto auténtico de las disposiciones jurídicas, ya que en tal supuesto las obligaciones sólo tendrían importancia como medios adquisitivos de los derechos reales (h). Cada uno de dichos tratamientos obstaculiza como forzado y unilateral la comprensión de la verdadera esencia de las relaciones jurídicas; para no hablar ni siquiera del hecho de que respecto de determinadas relaciones jurídicas carecen por completo de aplicación de modo que estas últimas, dada una elaboración consecuente del principio, deberían desaparecer (i).

Comprendemos por el término "*patrimonio*", aplicado a un caso dado, la totalidad de las relaciones jurídicas mencionadas en cuanto se refieren a una persona

(g) Así ocurre en Domat, lois civiles. Divide todo el Derecho en "*engagements*" (Derecho entre vivos) y "*successions*" (Derecho sucesorio). Los "*engagements*" son obligaciones, al lado de las cuales, sólo ocasionalmente, aparecen derechos reales como consecuencias o corroboraciones.

(h) Así en el Code civil francés, que consta de tres libros: 1º) Personas; 2º) Cosas y modificaciones de la propiedad; 3º) Modos adquisitivos de la propiedad. Estos a su vez revisten una triple estructura: a) Successions; o sea sucesión ab intestato; b) "*donatio inter vivos*" y testamento; c) Efectos de las obligaciones (art. 711). No obstante, la preponderancia de la propiedad es solo aparente, puesto que el segundo libro es muy pobre, mientras que el tercero contiene la mayor parte de todo el Derecho Privado, figurando la consideración preferente de la propiedad solo en el título. De análoga manera considera el Derecho Territorial Prusiano los contratos obligatorios y los testamentos solo como títulos para la adquisición de la propiedad (Parte primera, título oncenno, duodécimo y decimotercero).

(i) Así p. ej. no encuentra Domat consecuentemente un sitio para la ocupación y la llamada especificación. El Derecho Territorial Prusiano y el Code civil conciben el mandato como un medio para la adquisición de la propiedad, si bien la misma según su naturaleza general también puede dirigirse hacia objetivos diferentes.

determinada como a su titular. Este concepto jurídico importante se desenvuelve aún por medio de las siguientes observaciones más detalladas. En primer lugar, la referencia de los derechos a una persona determinada es fortuita y alterable, de suerte que cada patrimonio no tiene un volumen determinado sino en un momento dado, mientras que en otro puede tener un contenido completamente diferente. En segundo lugar, en la consideración general del patrimonio individual podemos hacer abstracción de la cualidad de los diferentes derechos, abstracción por la cual el patrimonio se transforma para nuestra investigación en una cantidad pura de contenido homogéneo. Este tratamiento abstracto del patrimonio, además, hace posible y preciso incluir en el patrimonio el aspecto pasivo de las obligaciones o sea la relación de deudor, que a diferencia del patrimonio considerado hasta ahora, no funda una libertad ampliada sino disminuía. Considerando de esta manera también las deudas como elemento del patrimonio, hemos de aceptar que la totalidad de cada patrimonio puede representar ora un valor positivo, ora un valor negativo, ora una completa indiferencia o un cero.

El tratamiento meramente cuantitativo del patrimonio, sin el cual una aplicación del Derecho sólo sería hacedera de manera muy imperfecta, es posible por el concepto del *valor* o la equiparación de derechos patrimoniales heterogéneos mediante la reducción a un principio tercero común. Y este último concepto a su vez es simbolizado exteriormente e introducido en la vida real por medio del *dinero*, de guisa que para el uso jurídico valor y dinero son expresiones equivalentes y, en efecto, suelen ser empleadas indistintamente (k).

(k) En el antiguo proceso romano se patentizó esta reducción práctica de todos los derechos, aun de los más heterogé-

Por consiguiente, se convierte el patrimonio individual en cantidad por transformar todos sus elementos en la propiedad de sumas de dinero. Este método se aplica tanto a la propiedad de cualquier otra cosa —de todos los “jura in re”—, como al mero uso de una cosa, naturalmente con especial consideración de su duración, como, por último, a las obligaciones, o sea créditos y deudas, no importa si tienden o no tienden hacia el logro de derechos reales o de su mero disfrute (“dare”, “facere”). De este modo puede reducirse a auténtica propiedad también la pura “faciendi obligatio”(1), de suerte que siempre puede concebirse el patrimonio individual como propiedad de una cantidad de dinero o como deuda dineraria impagadera o como una nada completa. Ahora también cobra sentido más determinado la observación que hicimos al principio de este párrafo según la cual no todas las acciones poseen igual susceptibilidad para ser objetos de obligaciones: no tienen idoneidad aquellas acciones, para las cuales la transformación en sumas dinerarias resulta completamente inimaginable, las

neos, a dinero con particular claridad. Gajus IV, § 48. Hegel, Naturrecht, § 63, determina los conceptos de valor y de dinero en lo fundamental adecuadamente; pero peca de unilateralidad al reconocer meramente un valor de propiedad o de venta, rechazando, por tanto, un valor de uso y un valor intrínseco de la cosa en el supuesto de una propiedad inalienable. Menos aún aceptaría un valor de las acciones, sobre todo del trabajo, aunque no las menciona en aquel pasaje. Pero estas limitaciones innecesarias privan al concepto de la mayor parte de su utilidad.

(1) No tratamos todavía de las consecuencias prácticas que pueden enlazarse a esta mera *posibilidad*. Solo en el Derecho de obligaciones se puede investigar si tamaña transformación siempre depende de la elección del deudor o si solo puede considerarse como remedio, si el objeto primitivo de la obligación ya no es posible.

cuales, desde luego, sólo pueden ser consideradas como obligaciones en sentido impropio e imperfecto.

La unidad que atribuimos al concepto del patrimonio individual estriba en la persona del titular. Pero el concepto una vez elaborado puede ser trasladado para determinados fines también a otro campo artificialmente limitado, siendo en esta hipótesis la unidad arbitrariamente establecida. Así procedemos respecto del "peculium" y de la "dos" que pueden considerarse para ciertos fines como patrimonios limitados(m). Con frecuencia se designa cualquier caso de esta clase como "universitas juris". El nombre "universitas" es sin duda alguna adecuado ya que mienta siempre cualquier conjunto concebido en oposición a sus elementos(n). La unión de ambos términos, en cambio, no se encuentra en el lenguaje romano. Pero lo que es más importante y reprehensible es que los autores se han dejado seducir por este término técnico de reciente invención hasta atribuir a aquellos casos una naturaleza común y a aplicarles algunas reglas jurídicas arbitrariamente establecidas, mientras que en realidad cada uno de esos casos posee su naturaleza específica; y hemos de comprobar separadamente para cada uno de ellos esta su naturaleza y las reglas jurídicas vigentes para ella (o).

(m) Hay que añadir a estos dos casos otro mucho más importante aún: la sucesión. Acerca de ella no se puede hablar antes del siguiente párrafo.

(n) Se emplea este término indiferentemente para conjuntos de personas (p. ej. un municipio), de cosas (rebaño, biblioteca) o de derechos ("peculium", "dos"); no importa, por otro lado, respecto a la "universitas" de cosas, si las mismas poseen un nexo corporal (casa en oposición a las vigas y piedras) o si no lo poseen (rebaño); como tampoco importa, si este nexo corporal procede de la naturaleza (animal o planta en oposición a las diferentes partes) o del arbitrio humano (casa).

(o) Este tema ha sido tratado de manera convincente y concienzuda por Hasse, Sobre universitas juris y rerum, en Archiv, tomo 5, número 1.

§ 57

DERECHO PATRIMONIAL

(Continuación)

Dijimos arriba (§ 53) que en la realidad las relaciones familiares y patrimoniales ofrecen múltiple contacto y que este contacto engendra en cada una de ambas clases particularidades especiales. Así surgió en el Derecho de familia la esclavitud meramente a causa de la recepción de un caso de propiedad ordinaria en la sociedad familiar: la "potestas" era, por ende, una consecuencia del "dominium" y compartía todos sus destinos, conforme se evidencia sobre todo en la enajenación y transmisión sucesoria de los esclavos, ambas completamente posibles. El patronato y el mancipio se habían desarrollado a su vez de la esclavitud. La tutela tiene un fin y una importancia exclusivamente patrimoniales. El colonato sigue por completo a una relación obligacional en la cual reside su contenido y cuyos destinos comparte, p. ej. la transmisión a los herederos del señor.

De análoga manera repercute la familia sobre el patrimonio. La primera y más inmediata consiste en que instituciones patrimoniales particulares anidan en las diferentes relaciones familiares: derechos reales y obligaciones que en esta forma y con este desenvolvimiento sólo pueden darse en el supuesto de determinadas relaciones de familia. Denominamos el conjunto de estos derechos patrimoniales el *Derecho de familia aplicado*; y éste precisamente da a la familia sobre todo su carácter propiamente jurídico (§ 54).

Además, el Derecho patrimonial, también dentro de

sus propios límites, puede y necesita un ulterior desarrollo que designamos con el nombre de *Derecho sucesorio*. Expondremos en lo que sigue su significado.

Interiormente consideramos el patrimonio como una ampliación del poder del individuo, por tanto, como un atributo suyo de su personalidad total. Ahora bien, como esta última es de naturaleza perecedera el patrimonio de cada hombre debe perder su significado jurídico con su muerte y volver a la nada. Pero todo Derecho en general recibe su realidad y perfección en el Estado, como Derecho positivo de este Estado; y también la propiedad podía sólo conseguir una existencia real mediante su referencia al Estado y luego después al miembro jurídico en el Estado como propietario (§ 56), por medio de las reglas elaboradas en el Derecho positivo del Estado. Al aplicar esta concepción al caso mencionado en el que un patrimonio cesa por la muerte de su titular como atributo del mismo, nos cuenta que no volverá ya a la nada, puesto que perdura su referencia a aquella base más alejada a causa de la naturaleza imperecedera del Estado. Un patrimonio que por la muerte ha perdido su dueño puede ser tratado de diferente manera para conservarse ininterrumpidamente como elemento al organismo jurídico total; de modo similar a que arriba expusimos los diferentes caminos posibles para la elaboración jurídica del dominio del hombre sobre la naturaleza no libre.

El primer tratamiento posible a tal fin consiste en que el patrimonio particular considerándose por medio de una especie de ficción el muerto como eficiente aún después de su muerte. Este tratamiento a su vez puede revestir una doble forma: en parte, porque la voluntad expresada durante la vida determina el destino del patrimonio aún después de la muerte (testamentos, contratos sucesorios); en parte, porque los que estaban cerca de cualquier manera al fallecido durante su vi-

da continúan el dominio sobre el patrimonio (sucesión abintestato), siendo en este último caso sobre todo de influencia el pensamiento en la continuación de la individualidad establecida sobre el parentesco de sangre (§ 53).

Según un segundo tratamiento posible se transforma lo que hasta ahora era patrimonio particular, al morir el titular, en patrimonio del Estado. Así ocurre con cierta frecuencia en los Estados orientales. Pero también en la Europa Cristiana se aplica con frecuencia este procedimiento, si bien de modo mucho más limitado: o sea en todos los países en los que se exige impuestos sobre el patrimonio relicto, cuya verdadera naturaleza consiste en un reparto de la herencia entre el Estado y los demás herederos.

A nosotros nos interesa en este sitio sólo la primera solución posible del problema, no sólo porque se encuentra en el Derecho romano, sino también porque ella sólo pertenece al Derecho Privado, el que exclusivamente constituye nuestro tema. Frente a ella surge la importante cuestión de en qué forma jurídica puede efectuarse aquel traspaso del patrimonio libre a un nuevo titular privado. Las diferencias que se observan en este respecto no dependen de diversos principios entre los cuales habríamos de escoger, sino más bien de la concepción y solución del problema, más o menos concienzudamente realizada. Sería inimaginable que los diferentes elementos patrimoniales, en cuanto tuviesen algún valor, fuesen llevados efectivamente a aquellas personas a las cuales se atribuye el patrimonio. Con ello se conseguiría pobremente el fin práctico. Pero si se observa la verdadera esencia y necesidad de la relación jurídica aquí existente, debe ser tratado el patrimonio como unidad, cuya base estriba en la relación común al titular difunto. Este tratamiento nos conduce necesariamente a la aplicación de la tesis acerca del patrimonio como pura cantidad, con abstracción de la diversa calidad de sus ele-

mentos aislados (§ 56). En el lenguaje técnico se expresa esta doctrina del siguiente modo: Toda sucesión ha de tratarse como una "successio per universitatem", al lado de la cual puede realizarse sólo de manera subordinada y como excepción restringente una sucesión especial en elementos aislados del patrimonio (a). Pertenecen a los fenómenos más extraños en la historia del Derecho Romano el hecho de que se reconoció y aplicó en él la mencionada doctrina clara y rigurosamente; y ello sólo en virtud de un tacto auténticamente práctico mucho antes de que se pudiera pensar en una elaboración científica de esta institución jurídica (b).

De ahí resulta una doble consideración de todo el Derecho hereditario, siendo cada una igualmente verdadera e importante. En efecto, el mismo aparece en primer lugar como causa adquisitiva de los diferentes derechos pertenecientes al patrimonio, como "adquisitio per universitatem" (c). En segundo lugar, aparece

(a) Emplea estos términos en este lugar sólo provisionalmente. La determinación más exacta de los mismos así como la de la sucesión en general se dará en una sección posterior.

(b) Estoy lejos de afirmar que los romanos hubiesen concebido y determinado esta relación desde antiguo modo abstracto. Pero existe una ocasión práctica para tratar de esta cuestión, y este tratamiento demuestra si se ha comprendido o no su verdadero sentido. Me refiero a los créditos y deudas en la herencia. Lo que sobre esta materia ya dispusieron las Doce Tablas era tan radical y satisfactorio que la ciencia jurídica en el momento de su mayor florecimiento no tuvo motivo de modificarlo. Por ende, existía ya pensada toda la "successio per universitatem" en aquel entonces con entera determinación. V. L. 6. C. fam. here. (3.36). L. 25, § 9, 13 eod. (10.2). L. 7 C. de her. act (4.16). L. 26 C. de pactis (2.3).

(c) En Gayo y por ello también en las Instituciones de Justiniano todo el Derecho de sucesión se encuentra en el sistema de las instituciones jurídicas desde el mencionado punto de vista. La unilateralidad de esta concepción se muestra también en que es expuesto como causa adquisitiva de la *propiedad*, puesto

el objeto del mismo como un derecho particular, independiente, como una "universitas" (d) y a él se refiere sobre todo la particular manera de la persecución del derecho establecida con esta ocasión. Ambas concepciones se unen en la tesis según la cual los herederos constituyen juntos con el fallecido una sola persona, continuando o representando los primeros al último. Esta tesis invierte, por consiguiente, por completo la relación primitiva. En lugar de considerar primeramente al hombre como substancia y el patrimonio como accidente que modifica la libertad humana ampliándola, aparece ahora el patrimonio como el ser permanente y esencial, con el cual los diferentes titulares sólo se relacionan como dueños pasajeros y mudables.

Hemos considerado como objeto del Derecho sucesorio exclusivamente el *patrimonio*, con lo cual implícitamente afirmamos que las relaciones de familia no pertenecen a sus objetos. Se heredan, por tanto, la propiedad y las obligaciones; pero no el matrimonio, la patria potestad y el parentesco. Pero aquellas instituciones artificiales del Derecho de familia que se enlazan estrechamente a un derecho perteneciente al patrimonio, deben también participar de los destinos del mismo (§ 55). Así se transmiten por herencia los esclavos como otra propiedad; y de idéntica manera los colonos con la finca rústica a la cual se hallan inseparablemente unidos.

El establecimiento del Derecho de sucesión remata el organismo jurídico que así se extiende más allá de

que en este aspecto no pertenece ni más ni menos a la propiedad que a las obligaciones.

(d) Por ello llaman los autores modernos a la sucesión una "universitas juris", término erróneo al que luego se enlazan algunos errores importantes referentes a la materia misma.

la vida de los individuos. Si comparamos el Derecho de sucesión con lo que antes hemos expuesto como Derecho patrimonial, el primero no parece subordinado sino coordinado al último. Desde el punto de vista superior ahora logrado hemos de aceptar en todo el Derecho patrimonial dos partes principales: el Derecho patrimonial simultáneo y sucesivo. El primero abarca las condiciones en las cuales cualquier individuo en cualquier momento puede establecer para sí patrimonio (Derecho de cosas y de obligaciones). Bien es verdad que también en esta materia puede haber un cambio por los mudables sucesos en el tiempo; pero no lo es menos, que es casual y ajeno a la esencia del patrimonio. El segundo, en cambio, contiene dicho cambio como necesario, efectuado por el fin de la vida predibujado para cada individuo; y este cambio es el fundamento y el auténtico contenido de toda la relación jurídica.

§ 58.

VISIÓN DE CONJUNTO SOBRE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

La recopilación de las instituciones jurídicas aquí emprendida se basa sobre su esencia más íntima, o sea sobre su conexión orgánica con la naturaleza del hombre al que son inherentes. Todas las demás cualidades aparecen forzosamente y en comparación con lo dicho como accesorias y por tanto como inidóneas para constituir la base de todo el sistema jurídico. A dichas cualidades accesorias pertenecen sobre todo las siguientes relaciones. En primer lugar, mencionamos el objeto de las relaciones jurídicas o aquello que se halla por medio de

ellas sometido a nuestra voluntad (a). Esta relación posee sólo realidad en el supuesto del dominio como carácter fundamental de las relaciones jurídicas, en cuyo caso procede, por cierto, cuestionar qué es lo que debemos dominar. Dicha relación es, por consiguiente, idónea para subdividir el Derecho patrimonial (§ 56), pero no lo es para la división suprema, puesto que no es adecuada a la familia (§ 54). En segundo lugar, ponemos de relieve la cualidad de la persona enfrentada con el titular del derecho, según que nuestro derecho se dirija contra todos los hombres en general o solo contra determinados individuos. Desde este ángulo visual deberían agruparse las instituciones jurídicas aparentemente del siguiente modo:

1º) Contra todos: los derechos reales y el Derecho de sucesión.

2º) Contra determinados individuos: las relaciones familiares y las obligaciones.

De esta manera se origina un aparente parentesco de la familia con las obligaciones, por el cual algunos se han dejado engañar. La falsedad del mismo descansa en que lo que ocurre entre los dos individuos es en ambos casos completamente diferente. En cuanto a las obligaciones se trata de la sumisión parcial de uno bajo la voluntad de otro; respecto a la familia nos encontramos, en cambio, con una relación de la vida, natural-moral y también, además, jurídica, la cual debe producirse continuamente por la unión de ambas personas: el contenido de la *relación jurídica* no consiste en la sumisión sino en el derecho general dirigido contra todos a que reconozca la existencia del vínculo familiar (§ 54). Se trata, por ende, meramente de una simi-

(a) Puchta, *Rheinisches Museum*, tomo tercero, p. 298 determina con acierto de este modo el concepto del objeto jurídico.

litud exterior y, casual y engañosa, no de verdadera semejanza (b).

Hasta ahora hemos enumerado las diferentes instituciones jurídicas en el siguiente orden, prescindiendo en este lugar de aquellas que carecen de importancia en el Derecho romano actual:

Matrimonio	{	Derecho de familia puro.
Patria potestad		
Parentesco		
Tutela		

Derecho de cosas, o propiedad y "jura in re"

Obligaciones

Derecho de familia aplicado

Derecho de sucesión

Pero el problema consiste en saber si resulta posible y conveniente exponer las instituciones jurídicas también en el mismo orden, en una palabra: si la serie natural en la cual nos parecen los conceptos de estas instituciones, coincide a la vez con la serie pedagógica oportuna. Contra esta coincidencia se levanta sobre todo la siguiente objeción. Si bien resulta en sí posible separar el Derecho de familia puro del aplicado y tratar el último como una sección del Derecho patrimonial total, no obstante aumenta la comprensión viva de las relaciones familiares necesariamente, si se po-

(b) Solo una desinterpretación podría suponer que se atribuyese en el texto a la familia un vínculo más débil entre los individuos que en las relaciones obligacionales. Al contrario, afecta precisamente la familia a todo el hombre en su ser más íntimo, mientras que la obligación solo atañe a la acción exterior del deudor concebida como separada del mismo. El vínculo no es, por consiguiente, en la familia más débil, pero sí diferente: el dominio y la falta de libertad en que se cifra la naturaleza de la obligación, poseen un carácter demasiado material para el terreno en que campea la verdadera esencia de la familia.

ne en contacto inmediato la familia en sí y sus repercusiones sobre el patrimonio. Para que así ocurra, es absolutamente menester colocar todo el Derecho de familia detrás del Derecho patrimonial, puesto que no se puede comprender la influencia de la familia sobre el patrimonio, sin que haya precedido una exposición íntegra del Derecho de cosas y de obligaciones. El Derecho de sucesión, por último, sería completamente incomprensible, si nouviésemos la base en una exposición precedente y detallada de la familia. De estas consideraciones resulta el siguiente orden de las instituciones jurídicas que observaré como el más sencillo y más conveniente de mi exposición:

Derecho de cosas.

Derecho de obligaciones.

Derecho de familia (puro y aplicado).

Derecho de sucesión.

Después de este establecimiento del contenido de nuestro sistema jurídico, se podría esperar que siguiese en el acto la exposición del Derecho de cosas. Pero en realidad nos encontramos aún dentro de una parte general de considerable extensión. También otros autores la establecieron; y con relativa frecuencia tuvo que servir para recoger instituciones jurídicas para las cuales no había cabida en el mismo sistema. Por ello, otros autores a su vez reprendieron con insistencia este tratamiento de la parte general como mero remedio. La pregunta consiste en saber si existe una razón de necesidad intrínseca para tal procedimiento, en cuyo caso encontraríamos a la vez los verdaderos límites de la parte general.

Si intentamos exponer las diferentes instituciones jurídicas en la conexión viva de sus partes, o sea en forma completa, hallamos necesariamente algunos aspectos de su naturaleza, que también aparecen en cualquier otra institución, si bien tal vez con algunas modi-

ficaciones. A este grupo pertenece sobre todo la naturaleza de los sujetos del Derecho y preferentemente su capacidad jurídica; además, el nacimiento y la cancelación de las relaciones jurídicas; por último, la protección de los derechos contra infracciones y las modificaciones resultantes de los derechos mismos. En efecto, no existe ninguna institución jurídica para la cual no sería necesaria e importante la investigación de estos problemas. Bien es verdad que podríamos exponer tales doctrinas por completo de nuevo para cada institución; pero no lo es menos que tamaña repetición no sería soportable ni para el autor ni tampoco para el lector. También podríamos tratar de las mencionadas materias extensamente en la primera institución jurídica (por consiguiente, según nuestra agrupación en la propiedad) y remitirnos a ellos en las siguientes. Pero este procedimiento parece igualmente y sin duda alguna arbitrario y desproporcionado. Además, hay que tener en cuenta la importante razón de que lo verdaderamente común en aquellas partes de las instituciones jurídicas puede ser reconocido precisamente con más profundidad por el tratamiento común. Por consiguiente y por todas estas razones parece conveniente extraer estos elementos verdaderamente comunes y colocarlos a la cabeza del sistema de las instituciones jurídicas especiales para poder hacer una referencia a esta base común al exponer las modificaciones experimentadas en cada una de las instituciones particulares.

Es cierto que el establecimiento de una parte general puede perjudicar la recta comprensión porque fácilmente se expone como general lo que realmente sólo se aplica a una relación concreta. Así ocurre p, ej. si se acoge en la parte general la teoría de los intereses o de la obligación correal, puesto que ambas sólo pueden tener validez para las obligaciones. Más frecuente aún que la colocación errónea de las instituciones jurídicas

enteras encontraremos el tratamiento equivocadamente general de algunos conceptos o principios jurídicos especiales; y éste podrá provocar, inclusive con mayor facilidad, opiniones erróneas, precisamente por llamar menos la atención. Por consiguiente, hay que proceder con sumo cuidado para que lo especial no adquiera por una colocación equivocada la apariencia engañosa de generalidad con lo cual se infringiría la verdadera frontera entre lo realmente general y lo especial. De todos modos ha sido siempre una de las fuentes más ricas de opiniones falsas en nuestra ciencia el afán falto de fundamento de llegar a abstracciones; y este afán puede aumentar especialmente por el establecimiento arbitrario y acrítico de una parte general. Pero aunque este peligro no se debe ignorar de ninguna manera y si bien no se debe omitir una advertencia contra una extensión exagerada de la parte general, puede, sin embargo, la verdad ser puesta en peligro por no concebirse un concepto o un principio jurídico con la adecuada generalidad. Por ello, aquí como en todas partes constituye el tacto, que sabe observar la recta medida, la única protección contra equivocaciones opuestas.

Tal vez no habría surgido sobre este particular tanta duda y lucha, si se hubiese tenido siempre ante la vista los diferentes fines y formas particulares de la enseñanza. En un curso sobre instituciones conviene desde luego tratar lo antes posible lo especial, para que el estudiante sobre todo adquiera concepciones concretas de las instituciones jurídicas. En los cursos sobre pandectas se pueda ya comunicar puntos más generales sin el peligro de que ellos queden para el estudiante sin forma y vida. Pero más lejos aún puede ir el escritor, puesto que puede contar con una gran mayoría de lectores que en el libro sólo encontrarán una nueva agrupación

y elaboración o un examen crítico y una modificación de conocimientos concretos que ya saben de antemano.

§ 59

OPINIONES DISCREPANTES ACERCA DE LA CLASIFICACIÓN

No tengo la intención de pasar revista separadamente a las múltiples maneras en que otros autores han concebido la conexión íntima de las instituciones jurídicas adaptando a sus tesis la exposición de las mismas. Algunas observaciones que pueden servir a su enjuiciamiento están ya contenidas en la exposición de mi propio plan. Sin embargo, tenemos que mencionar aún un malentendido de la naturaleza más general. Si apetecemos una inteligencia integral de la naturaleza de las relaciones jurídicas conforme repercuten sobre la vida real, no basta el conocimiento de su contenido o sea su eficacia en la actualidad: hemos de aclarar a la vez el proceso de su propia vida, o sea al lado del aspecto estable de su naturaleza también el aspecto dinámico. Para este fin nos interesa su génesis y cancelación, su desenvolvimiento y su posible tránsito a nuevas formas (metamorfosis), preferentemente también su persecución caso que resultaren infringidas. Algunos autores conciben estos momentos particulares en la vida orgánica de las relaciones jurídicas como nuevos derechos autónomos, coordinándolos con las relaciones jurídicas primitivas y buscando el lugar que debe serles atribuido en el sistema de todos los derechos(a). Tal pro-

(a) Así se habló del derecho del hombre a declarar su voluntad, a celebrar un matrimonio o un contrato obligacional, a adquirir propiedad, a entablar una demanda, a pedir restitución etc.

cedimiento puede sólo provocar confusión de los conceptos.

Aunque rechazamos, pues, en general en este lugar el examen de los diferentes intentos de agrupar sistemáticamente las relaciones jurídicas, hemos de hacer una excepción respecto a aquella que encontramos en las Instituciones de Justiniano, puesto que la misma ha sido observada desde hace siglos por tantos maestros y escritores (al menos según la intención y en apariencia), que lleva anejo el peso histórico de una gran autoridad, por lo cual es preciso justificar, o por lo menos explicar la diferencia de la agrupación por mí preferida (b).

Conocemos ahora y más detalladamente como agrupación de Gayo lo que hasta los tiempos más modernos conocíamos como la de Justiniano. Este emperador conservó la agrupación de Gayo por completo en cuanto no se hizo evidentemente necesaria una modificación en atención a un cambio experimentado en el derecho mismo. Examinaremos la agrupación de Gayo desde dos puntos de vista: en atención a su génesis y divulgación, y en atención a su valor intrínseco.

En cuanto al primer punto de vista (el histórico), con frecuencia se ha opinado o tácitamente supuesto, que la división en "persona", "res", "actio" como los tres objetos de las reglas jurídicas (c) constituye una división an-

(b) Hugo trató de este tema con especial predilección y erudición en las siguientes obras: Civ. Magazin, tomo 4, número 1 p 9 (1812); tomo 5, número 15 (1825); tomo 6, número 15 (1832); Encyclopädie, edición octava, ps. 60 a 65 (1825). Además de él merece especial mención de autores modernos Düroï, Archiv für zivilistische Praxis, tomo 6, p. 432 a 440.

(c) En este sentido hay que entender esta división al decir Gayo, I, § 8: "Omne *jus quo utimur* vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones"; en el mismo sentido había dicho § 1: "Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim commu-

tiquísima general romana que ha sido observada en todos, o en la mayor parte de los sistemas de los juristas romanos (d). En efecto, encontramos tales oposiciones conceptuales típicas en el Derecho romano, y su existencia antigua y bien establecida es indudable en vista del uso lingüístico en todas partes divulgado y siempre uniforme. Forman parte de este grupo: "vi", "clam", "precario"; las tres clases de dependencia según "pötestas", "manus", "mancipium"; las tres "capitis deminutiones"; los tres estados de "cives", "latini", "peregrini". No se puede dudar que tales conceptos opuestos arraigaban profundamente en las mismas concepciones jurídicas y que a su vez repercutían sobre el tratamiento de la teoría. Es cierto que una existencia semejante respecto a su antigüedad y divulgación sería imaginable para la división según "persona, res, actio", y en este supuesto no se podría poner en duda su importancia en relación con el contenido del Derecho romano. La cuestión consiste meramente en saber si lo que es imaginable también es real. Para tal creencia no existe para nosotros la más mínima razón histórica. Al contrario, la misma llega a ser muy improbable, puesto que el mismo Gayo ha escrito otra obra (la "res quotidianae") con arreglo a otro plan, y puesto que las instituciones del Florentino, en las cuales se puede esperar en vista de la igualdad del título la misma agrupación que en las

ni omnium jure utitur". "Persona, res, actio" son para Gayo, por tanto, objetos de las reglas jurídicas, no de las facultades; o (según un conocido uso lingüístico) se trata de una división del Derecho objetivo, no del subjetivo.

(d) Hugo aceptó antes tal generalidad para las obras de juristas romanos denominadas "Institutiones"; más tarde dudaba de ella. Civ. Magazin, tomo 5, p. 403, 404; tomo 6, p. 286, 287, 337.

instituciones de Gayo, observan otra división(e). Por consiguiente, no tenemos motivo para atribuir a aquella división una divulgación general. También es posible igualmente que descansara meramente en una opinión individual y casual de Gayo, que en aquel momento estimaba acertada aquella agrupación. Con ello desaparece por completo el peso histórico que se le ha querido atribuir(f).

Nos queda todavía el examen de la mencionada división con arreglo al segundo punto de vista o sea de acuerdo con su valor intrínseco. Pero para ello se requiere sobre todo una exacta comprobación de su verdadero significado, sobre lo cual los autores modernos discrepan más de lo que se debía suponer.

En primer lugar, ¿cuál es el contenido de la primera parte "de personis"? Muchos han concebido esta parte, desde siempre, como si contuviera la doctrina del "status", es decir, (conforme entienden este término) de los estados más importantes o de las más importantes cualidades de las personas como sujetos de derechos, en general la teoría de los sujetos de derechos. Luego se distinguía estados naturales y civiles, y contaban entre aquéllos la edad, la salud, etc.; entre

(e) Göschen, en "Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft", tomo I, ps. 74 a 76.

(f) Hugo, Civil. Magazin, tomo 5, p. 417, tomo 6, p. 284 elige otro camino para adjudicar a aquella división un profundo fundamento histórico. Opina que no ha surgido en la ciencia jurídica, sino que descansa en una concepción general de la vida, la cual los juristas antiguos sólo aceptaban después de haberla encontrado en cualquier escritor no jurídico. Aunque esta suposición fuese más que una mera hipótesis, demostraría al contrario que no se utilizaba generalmente entre los juristas romanos. En efecto, el uso de una forma de génesis tan casual y ajena al Derecho puede ser concebido como ocurrencia de un determinado autor, pero no es creíble que esta ocurrencia pudiera alcanzar general reconocimiento.

éstos principalmente las condiciones de la capacidad jurídica, libertad, ciudadanía, independencia, los cuales también son destacados como "status principales". Como los "status" en este sentido en su mayor parte no aparecen en el primer libro de las instituciones de Justiniano y de Gayo, conforme lo demuestra el mismo texto, hay que contentarse con la suposición de que se haya mejorado en este particular la exposición incompleta de Justiniano. Pero con ello resulta muy dudosa toda la tesis relatada respecto del primer libro. Más consecuencia y un concepto mas riguroso se encuentra en la afirmación de Hugo, que la primera parte ("de personis") no se refiera sino a la *capacidad jurídica* o a las tres cualidades que corresponden a la triple "capitis deminutio" (g). Pero el contenido real del primer libro de Gayo y Justiniano está en contradicción con aquella opinión. En efecto, la tercera "divisio" trata de la doctrina de la tutela que no tiene nada que ver con la capacidad jurídica, puesto que no se refiere a un defecto de la misma ni tampoco a un suceso para este defecto (h). En cambio, no se en-

(g) Civil. Magazin. tomo 4, p. 20, 21, 235 a 237. Otros autores ocupan una posición intermedia al afirmar que el Derecho de personas constituye la doctrina del "status" y de las relaciones familiares. Aceptan, por tanto, un contenido doble, no unido por ningún concepto común, tesis ya de por sí muy dudosa. Así Mühlenbruch, I § 78. Duroi, Archiv, tomo 6, p. 437 estatuye que "status" o "conditio" designa ciertas diferencias importante sin características interiores comunes. La suposición de tamaña arbitrariedad poco pensada parte de un concepto no muy honroso para los juristas romanos. Además, afirma que pertenece a este contexto la diferencia entre "cives", "latini", "peregrini", la cual como tal no aparece en el primer libro del Gayo y de las Instituciones.

(h) La tutela es meramente un suceso de la ausente capacidad de obrar. Ello lo admite también Hugo, Historia del Derecho, p. 120 de la oncenava edición.

cuentra por el otro lado una de las tres diferencias principales relacionadas con la capacidad jurídica, la diferencia entre "cives", "latini" y "peregrini" (i). Por lo tanto contiene el primer libro de las instituciones mucho más y mucho menos que lo que debía contener según el contenido que Hugo supone, por lo cual considero su tesis como completamente refutada. Si consideramos más concienzudamente lo que de hecho se encuentra en el primer libro de las instituciones, comprobamos que se trata casi exactamente de lo que he denominado arriba "Derecho de familia".

En efecto, las instituciones tratan del matrimonio, de la patria potestad, manus, esclavitud, patronato (a saber de los libertos según sus diferentes clases), mancipium y tutela (k). En cambio, no aparecen los "cives, latini, peregrini", por importantes que sean para la capa-

(i) Sobre este punto importante existe normalmente una impresión errónea debida al hecho de que Gayo con ocasión de otras instituciones jurídicas menciona esta división de las personas; sobre todo al hablar del "connubium" (1, § 56), de la "causae probatio" (1, § 66 y ss.), del testamento del soldado (2, § 110), y con más extensión al exponer las tres clases de libertos o sea el patronato, puesto que a cada una de estas tres clases enlazan derechos diferentes (1, § 12 y ss.). Este último pasaje puede ser fácilmente considerado como una exposición intencionada de la mencionada división; pero de todas maneras solo se trata de una aplicación completamente singular de aquella diferencia tan general. Si se quisiera objetar que ella haya sido la más importante en la época de Gayo, se trataría de una evidente equivocación. En efecto, los muchos millones de peregrinos nacidos como libres en las provincias eran seguramente más importante que los "dediticii"; y tampoco podían faltar latinos nacidos como libres, puesto que la latinidad, que Vespasiano concedía a toda España (Plinio, hist. nat. III. 4), según lo que sabemos, sólo desapareció en la ciudadanía general de Caracalla.

(k) El hecho de que Justiniano prescindió de las instituciones jurídicas en desuso no constituye, por cierto, una objeción. Desde luego, no ha añadido ninguna.

ciudad jurídica, puesto que éstos pertenecen en sí al Derecho Público, aunque no se puede desconocer una repercusión de ellos sobre el Derecho Privado (a través de la capacidad jurídica). Sólo el parentesco, que he expuesto como ramo de la familia, no aparece en el primer libro. Pero esta diferencia es demasiado intrascendente para que pudiera poner en duda la identidad del punto de vista principal. Además dejamos al arbitrio de autores exagerados el prescindir del parentesco en la exposición del Derecho de familia romano. Así resulta completa la coincidencia entre el contenido del Derecho de familia y el primer libro de las instituciones (1). El hecho de que Gayo discrepa en la agrupación interna de aquellas instituciones jurídicas y que no denomina expresamente el concepto del Derecho familiar para lo cual, además, no disponía de un término técnico, no será considerado probablemente por nadie como contradicción de mi tesis. En los términos empleados encuentro, sin embargo, algunas alusiones. En efecto, "status" y "conditio hominum" no poseen aquí el significado completamente indefinido de un estado o de una cualidad en general, sino que designan especialmente la posición que el individuo ocupa en las diferentes *relaciones familiares* como marido, padre, tutor, etc. (§ 54, nota e). Creo que también "jus personarum" posee exactamente el mismo sentido, puesto que se emplea dicha voz indistintamente con aquellos términos. "Jus personarum" no designa, por tanto, una parte de la teoría jurídica como "jus publicum" y "privatum" sino más bien la posición del individuo en las relaciones jurídi-

(1) Si por lo demás los escritores modernos, con arreglo al modelo innegable de Gayo y Justiniano no atribuyen al parentesco un lugar propio entre las instituciones de la familia, se trata de una inconsecuencia grande, puesto que adjudican a la familia agnaticia una especial importancia en la teoría de la "capitis deminutio", de lo cual trataremos más abajo.

cas pertenecientes a la familia; o, según el uso lingüístico de algunos autores modernos, no se refiere al Derecho objetivo sino al derecho subjetivo (véase Suplemento VI).

Mucho más discutido aún es el contenido de la parte segunda y tercera, "de rebus" y "de actionibus" (m). La causa de la duda reside en que según unos la sección de las obligaciones constituye el principio de la parte tercera como introducción de las acciones, puesto que éstas surgen de las obligaciones; mientras que, según otros, dicha sección forma el final de la parte segunda, ya que las obligaciones pertenecen como "res incorporales" entre las "res" (n). Para la primera de estas opiniones se ha aducido sobre todo el testimonio de Teófilo (o) el que en efecto da esta exposición. Pero este testimonio por importante que fuese como precedente de un colaborador de las Instituciones de Justiniano, si la división hubiese nacido por primera vez en las mismas, tiene poco valor histórico, puesto que, co-

(m) Los autores modernos denominan estas dos partes las más de las veces como "jus rerum" y "jus actionum", según la analogía de "jus personarum". Se podría considerar como casual e indiferente el hecho de que aquellos dos términos compuestos no se encuentran en los escritos de los juristas antiguos. Pero contra aquel uso lingüístico habla la circunstancia de que la analogía mencionada solo constituye una apariencia engañosa, puesto que la expresión "jus personarum" no designa una parte del sistema, sino una relación jurídica especial de las personas: y no cabe duda de que no cabe hablar de una relación similar entre varias "res" o varias "acciones".

(n) Al menos es esta forma de la segunda tesis más adecuada al sentido del Derecho romano que si se incluye (como lo hace el Code civil) las obligaciones en la propiedad, porque muchas veces dan lugar a la adquisición de la misma.

(o) Hugo, Civ. Magazin, tomo 4, p. 17; tomo 5, el cual trata todo este problema en los pasajes arriba (nota b) indicados con extraordinaria perfección, indicando referencias literarias muy estimables.

mo ahora sabemos, ya ha sido aplicada por Gayo y sólo ha sido conservada por Justiniano, todo ello mientras que no hay la más mínima prueba de que Teófilo haya encontrado noticia en algún autor más antiguo de que la intención de Gayo era la de incluir las obligaciones en la tercera parte ("de actionibus") (p). Si se abandona, por tanto, el testimonio de Teófilo como no decisivo y se intenta resolver la controversia meramente en atención a las razones internas, la situación es la siguiente. Los defensores de la primera opinión están obligados a indicar los objetos de las tres partes como sigue: personas, cosas y acciones o créditos (q). Entonces sería el verdadero contenido de la tercera parte el Derecho de obligaciones, al cual las "acciones" se enlazarían como mero apéndice o añadidura. Pero ello no es adecuado ni al contenido y a la extensión de la gran sección que empieza con las acciones, ni tampoco a la primitiva indicación del mismo Gayo, que aduce como objeto de la tercera parte las "acciones" y no las "obligaciones"; y así en efecto lo ha comprendido Teófilo, ya que atribuye a las obligaciones sólo el papel de preparación para las acciones. Estimo, por tanto, probable la segunda opinión, según la cual la segunda parte ("de rebus") contiene exactamente aquello que designé arriba como Derecho patrimonial (Derecho de cosas y de obligaciones), mientras que la tercera parte se ocupa de la doctrina común de la persecución de los de-

(p) Hugo, Civ. Magazin, t. 5, p. 404; t. 6, p. 337. No obstante, admite que Teófilo puede haber desinterpretado y deformado aquella noticia antigua, al menos en lo que atañe al *fundamento* de la relación de las obligaciones con la parte tercera; admite también que puede haber habido dudas sobre el asunto durante la redacción de las Instituciones de Justiniano.

(q) Hugo, Civ. Magazin, t. 4, p. 49; t. 5, p. 17; Enzyklopädie, ps. 60, 61.

rechos. A estas tres partes del sistema podrían haber correspondido en Gayo también tres libros de la obra. Pero como la segunda parte aproximadamente tenía tanta extensión como las otras dos partes juntas, Gayo prefirió estructurar la obra en cuatro libros y adjudicar la segunda parte a dos de los mismos. Por lo demás reviste la controversia mencionada sobre la verdadera colocación de las obligaciones menos importancia para la configuración del sistema jurídico en su totalidad de la que se supone ordinariamente puesto que es indudable que Gayo expone todo el Derecho patrimonial en un tracto sucesivo, siendo igualmente indudable que la tercera parte contiene la persecución del derecho y muchos elementos del Derecho procesal. La lucha se limita a la cuestión de si la segunda parte ("de rebus") contiene todo el Derecho patrimonial de suerte que las obligaciones constituyen el último capítulo del mismo, o si éstas han sido colocadas a la cabeza de la tercera parte ("de actionibus") como capítulo de introducción.

Si examinamos el valor intrínseco de la división así determinada, hemos de reputarla adecuada a su objeto en los rasgos fundamentales, pero insatisfactoria en la exposición detallada. Asigna a muchas de las instituciones jurídicas más importantes un papel demasiado accesorio. Así ocurre con el matrimonio que sólo aparece como causa de nacimiento de la patria potestad. ¡Como si no tuviese el derecho más justo de ser reconocido en su propia sustantividad! Así ocurre también con el Derecho de sucesión que textualmente sólo se menciona como título adquisitivo de propiedad, si bien su aplicación no depende de si en un patrimonio se encuentra o no se encuentra propiedad. Esta colocación forzada se debe en gran parte a que en toda la obra se hace un uso exagerado de la forma lógica de las "divisiones", unilateralidad que también ha dado lugar a

otros tránsitos muy forzados(r). Pero todas estas imperfecciones formales no han impedido ni la riqueza ni la claridad de la obra, cuyo valor incomparable por cierto ningún amigo de nuestra ciencia desconocerá. Sin embargo, no existe motivo alguno para imitar incondicionalmente su estructuración formal, aún donde veamos que la misma es imperfecta; y no se debe reprehender como presunción y osadía si intentase exponer la materia del Derecho romano, transmitida por la historia, según sus necesidades particulares, pero de otro modo que lo hizo Gayo. Además se encuentran las dos partes principales del sistema de Gayo: Derecho de familia y de patrimonio, también en nuestra exposición como partes principales de guisa que la discre-

(r) Así p. ej. se compone su primera parte de tres divisiones, cuya tercera reza del siguiente modo: Todos hombres se encuentran o bajo tutela o no se hallan en dicha situación; por lo tanto, trataremos ahora de la tutela. De análoga manera se podría iniciar la exposición del contrato de compra-venta como sigue: Todos los hombres o han celebrado contratos de compra-venta o no lo han hecho (o también: todos los negocios jurídicos o son contratos de compra-venta o no lo son); por consiguiente trataremos ahora de los contratos de compra-venta. De la misma manera se explica la rareza de que los esclavos aparecen dos veces, en la primera y en la segunda "divisio", sin que una relación jurídica diferente justificara este procedimiento. La primera mención, en efecto, es sólo aparente y sólo sirve como tránsito a las diversas clases de libertos (o sea de las relaciones de patronato) o en otras palabras: la "divisio" de los "liberti" y "servi" constituye solo el pretexto para la "subdivisio" de los "ingenui" y "libertini", único tema auténtico en aquel pasaje. Por consiguiente, no aciertan los que deseen justificar la doble mención de los esclavos indicando que Gayo habla en un lugar de la "potestas" y en otro del "dominium in servos", puesto que evidentemente no ocurre así: en la primera mención no se trata de nada que afecte a los esclavos mismos.

pancia se refiere a la agrupación más exacta de detalles (s).

Sobre todo tengo que declararme en contra del valor exagerado que se atribuye muchas veces a estos problemas referentes a la forma de nuestras exposiciones científicas. No juzgo este sistema como carente de interés: pero no nos debemos engañar sobre lo que verdaderamente es lo esencial. Si una exposición dogmática del Derecho destruye la unidad interior de las instituciones jurídicas, une lo heterogéneo, deforma e invierte la verdadera relación de importancia que media entre las diversas instituciones, sus defectos formales son esenciales, porque oscurecen la misma materia y obstaculizan la verdadera inteligencia. Pero donde no se da dicha situación, podemos soportar la estructuración de una obra, si bien creemos advertir algunos defectos en la misma. De acuerdo con este principio de una tolerancia admisible dentro de ciertos límites, hemos declarado arriba que el valor de Gayo no disminuye por lo que encontramos en él de defectuoso. En virtud del mismo principio pueden también en nuestros días coexistir pacíficamente diferentes sistemas jurídicos, por diferente que aparezca a primera vista su configuración.

(s) El mismo Hugo pese a su admiración del sistema romano, al que atribuye una divulgación mayor de la que yo estimo acertada según los hechos históricos, admite que conforme a doctrinas jurídicas generales y sobre todo a la necesidad de nuestro Derecho actual, alguna otra agrupación puede resultar más conveniente que la de las instituciones; y más o menos llega a los puntos de vista establecidos por mí, Civ. Magazin, t. 5, p. 397; t. 6, ps. 284 y 287. En general refuto la controversia que entre nosotros existe sobre este particular, mucho menos importante de lo que puede parecer a primera vista; y siento un placer especial al poder añadir que la agrupación aquí establecida me ha sido sugerida por primera vez por las "Instituciones" de Hugo (Berlín, 1789), aunque he intentado desde entonces desarrollarla y fundamentarla a mi manera.

La tolerancia que aquí reclamamos no debe desinterpretarse como indiferencia hacia lo imperfecto de cualquier género, sino interpretarse como reconocimiento respetuoso del libre campo de acción de las ideas individuales, sobre el cual descansa la verdadera vida de la ciencia.

Hemos de mencionar aún una opinión general que existe en nuestras fuentes jurídicas, que a primera vista podría juzgarse igualmente como base de una clasificación; pero que sólo trato como apéndice, puesto que no ha sido empleada por los autores modernos a tal fin. Me refiero a los tres "Juris praecepta" que Ulpiano establece con las siguientes palabras: "Juris praecepta sunt haec; honeste vivere, neminem laedere; suum cuique tribuere" (t). "Honeste vivere" significa la conservación de la dignidad moral en la propia persona, en cuanto que esta dignidad aparezca exteriormente. "Neminem laedere" significa el respeto de la personalidad ajena como tal o sea el reconocimiento práctico de los llamados derechos primitivos. "Suum cuique tribuere", por último, significa el reconocimiento práctico de los derechos adquiridos de los demás (u). ¿Trátase en realidad de reglas jurídicas como podríamos suponer según las palabras de Ulpiano? El segundo y tercer "praeceptum" constituyen aparentemente tales reglas,

(t) L. 10, § 1 de just. et jure (1.1), § 3. J. eod. (1.1).

(u) Algunos han afirmado que el segundo "praeceptum" se refiere a la persona y el tercero al patrimonio. Pero no es ésta la verdadera delimitación. La prohibición de que uno no lesione el matrimonio o la patria potestad de otro, forma parte del tercer "praeceptum" (si bien no se refiere al patrimonio), mientras que la prohibición del homicidio pertenece al segundo. Burcardi, Rasgos fundamentales del sistema jurídico, § 42 y ss. interpreta los tres "praecepta" de su manera: el primero como "jus publicum", el segundo como "jus privatum" y el tercero como un derecho mixto de acción. V. arriba § 16. o.

mientras que no contiene una regla el primero. Pero en realidad no se trata en ningún caso de reglas jurídicas, sino de disposiciones morales en las cuales las reglas jurídicas poseen su fundamento. Respecto al tercer "praeceptum" lo dicho es inmediatamente evidente: se trata de la exigencia moral de la justicia, que coincide en cuanto a contenido y extensión con el sistema de los derechos adquiridos (v). También en el supuesto del segundo precepto es claro que muchas de las disposiciones jurídicas más importantes arraigan en él. Pero aún en lo que atañe al primer "praeceptum", en cuyo caso el problema es más dudoso, nos encontramos con una causa de nacimiento de reglas jurídicas y no con un "praeceptum juris" en el sentido de Ulpiano. De este precepto emana toda medida jurídica dirigida contra la lesión de los "boni mores" y contra lo "turpe" (w). Pero también dimana de él la suma tan importante y voluminosa de reglas jurídicas que estriban en la exigencia de la verdad y de la honradez. Piénsese en la múltiple influencia del dolo en todas las partes del Derecho privado. De estas reglas jurídicas se puede afirmar que pertenecen a la vez al primero y al segundo "praeceptum", puesto que encuentran justificación en cada uno de ellos separadamente. Los tres "praecepta" no son, por tanto, reglas jurídicas; en cambio, sí establecen una clasificación de las reglas jurídicas en atención a sus causas de nacimiento. Pero a nadie se le ocurrirá exponer el sistema de los derechos según este or-

(v) He aquí la razón por la cual la "justicia" suele ser definida exclusivamente como "voluntas jus suum cuique tribuendi" sin mención de los primeros dos "praecepta". L. 10, pr. de J. et J. (1.1), L. 31, § 1 depos. (16.3), Cicerón, de invent. II, 53, de finibus V, 23, Auct. ad Herenn. III, 2.

(w) A este grupo pertenece la nulidad de los contratos que favorecen mediata e inmediatamente algo inmoral. Piénsese también en la "condictio ob turpem causam".

den. Si se intenta establecer la jerarquía de los tres "praecepta" según su esencia intrínseca, encontramos como supremo el primero, puesto que es el más íntimo y precisamente por ello el germen de los demás. El segundo precepto reviste ya un carácter más exterior; y más exterior aún es el tercero. Por consiguiente, puede el hombre observar los últimos actuando jurídicamente con independencia de sus sentimientos morales. Si se tiene en cambio en consideración la importancia y la fertilidad de los tres "praecepta" para el Derecho, la jerarquía es exactamente la inversa. El tercer precepto es la fuente más rica de reglas jurídicas; el segundo y el tercero lo son gradualmente menos. Todo ello es muy natural, puesto que el Derecho, según su esencia, pertenece al terreno de la convivencia exterior (x).

(x) En lo esencial defiende la misma opinión Weber, Obligación natural, § 98: los tres "praecepta" no son reglas jurídicas, sino causas de nacimiento de tales reglas. Pero Weber no aplica esta opinión a cada uno de los tres preceptos.

JULIO GERMÁN VON KIRCHMANN

EL CARÁCTER A-CIENTÍFICO DE LA LLAMADA CIENCIA DEL DERECHO

Título del original alemán:

Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft

Primera edición alemana: 1847

Primera edición castellana: 1949

Traducción directa por:

WERNER GOLDSCHMIDT

Miembro del Instituto

PRÓLOGO

El deseo de varias personas conocidas es la primera razón por la que publico las siguientes páginas. Además, me inclina a ello la consideración de que dicha publicación constituye el mejor medio para evitar malentendidos y desinterpretaciones inevitables, cuando en una conferencia se exponen pensamientos musitados.

¡Que el lector perdone la forma oratoria de la expresión! Un discurso oral y dictado, en gran parte, sin base escrita la hace imprescindible e inevitable.

Berlín, 1947.

V. KIRCHMANN

El tema de mi actual conferencia provoca fácilmente la sospecha de que sólo lo paradójico de la tesis me haya interesado sin que me hubiese preocupado la verdad profunda de la realidad.

Tengo que refutar tal suposición. Tamaña empresa puede tener su recompensa y puede inclusive divertir, si el orador posee la necesaria habilidad. Yo, desde luego, tenía que renunciar a tal tratamiento de mi tema por el debido respeto que me merece el carácter de la sociedad y la seriedad de sus miembros.

Afirmo, por ello, de antemano, que todo lo que me permito exponerles es mi firme convicción; y que la verdad fué al menos mi meta, aunque no la hubiese alcanzado.

El tema, establecido por mí, padece de una ambigüedad. El carácter acientífico de la jurisprudencia como ciencia puede significar, por un lado, "que la jurisprudencia, si bien constituye una ciencia, carece de aquella influencia en la realidad y la vida de los pueblos que cualquier ciencia posee y debe tener"; por el otro lado, mi tema puede mentar "que la jurisprudencia carece de valor como ciencia teórica, que no constituye una ciencia con arreglo al auténtico concepto de la misma".

No rechazo esta ambigüedad, aunque se introdujo en mi tema de contrabando. Ambos sentidos del tema contienen lo que yo deseo exponerles.

Es cierto que semejantes afirmaciones son inusitadas.

Todavía siguen en pie la santidad y la grandeza de la jurisprudencia incólumes y generalmente reconocidas. No obstante, inclusive la experiencia diaria abarca algunas observaciones susceptibles de originar dudas y objeciones contra aquel axioma. ¿A quién de los juristas prácticos no sobreviene algunas veces el sentimiento evidente del vacío y de la insuficiencia de su ocupación? ¿Qué otra clase de literatura posee, al lado de obras buenas, un semejante cúmulo de libros carentes de espíritu y de gusto, como lo posee la literatura jurídica? La Santa Justicia es aún hoy día en el pueblo objeto de burla. Inclusive el hombre culto, aunque defendiese la justa causa, teme a entregarse en sus manos.

En vano intenta orientarse entre sus formas y procedimientos. ¡Qué cantidad de leyes y, no obstante, cuántas lagunas! ¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, qué lentitud de la justicia! ¡Qué cuantioso empleo de estudios y erudición y, no obstante, qué incertidumbre en teoría y práctica! ¡Un Estado que proclama como su suprema misión la realización del Derecho y que, no obstante, se hace pagar cada aplicación del mismo en dinero contante y sonante!

La fuerza embrutecedora de la costumbre consigue que inclusive la mejor parte de los juristas pase con indiferencia por semejantes fenómenos; y si el hombre profano se atreve a abrir la boca, los juristas le acallan advirtiéndole con condescendencia que no entiende nada del asunto. Pero los mencionados fenómenos son demasiado constantes para no poder ser considerados como síntoma seguro de que hay mar de fondo; a la par son tan significativos que un ensayo de investigar las razones más profundas de dichos fenómenos puede contar con cierto interés de parte de los estimados asistentes.

La jurisprudencia, como cualquier otra ciencia, se ocupa de un objeto que existe libre e independiente-

mente, sin preocuparse de si la ciencia existe, si le entiende o si no le comprende. Este objeto es el Derecho conforme vive en el pueblo y se realiza en el círculo de cada cual: se podría hablar de Derecho natural. La misma relación existe en todas las demás ciencias. La naturaleza es el objeto de las ciencias naturales: la flor florece, el animal vive sin tener en consideración de si la fisiología conoce o desconoce su esencia y sus fuerzas. El alma es de este modo objeto de la psicología; el espíritu en su actividad sencilla del pensar es así objeto de la lógica. Los hombres sentían y pensaban de idéntica manera antes como después de la elaboración de estas ciencias. Tampoco la matemática se ocupa de objetos creados por ella misma. Si bien es cierto que las relaciones del espacio y de los números son abstractas, siempre han sido abstraídas de la realidad: el teorema pitagórico existía ya en su verdad antes de que Pitágoras lo descubriera. Inclusive la filosofía tiene por objeto algo real, absoluto y eterno, que la ciencia debe comprender.

La filosofía moderna ha intentado suprimir esta diferencia entre objeto y ciencia. No obstante, podemos en este lugar prescindir de tal ensayo. En efecto, la presunta identidad del ser y saber fué colocada, inclusive por aquellos grandes pensadores, sólo a la cabeza de sus sistemas. En sus ulteriores desenvolvimientos vuelve aquella oposición a aparecer. Es cierto que no se habla de ellos de la naturaleza como tal "naturaleza", sino como "idea en la forma de la enajenación y exteriorización"; pero no lo es menos que con ello no se suprime dicha oposición sino que se la traslada sencillamente del sustantivo al adjetivo.

El objeto de la jurisprudencia es, por tanto, el Derecho, y, más concretamente, las instituciones abundantes del matrimonio, de la familia, de la propiedad, de los contratos, de la herencia, las diferencias entre

los estamentos, la relación del Gobierno con el pueblo y de las naciones entre sí. La sustantividad del Derecho respecto a la ciencia jurídica implica una idea de suma importancia. Varias veces se ha intentado ponerla en duda o limitarla. Pero consideraciones sencillas son suficientes para demostrar su indudable acierto. Un pueblo puede vivir muy bien sin ciencia jurídica, pero nunca sin Derecho. Es más: el Derecho debe haber alcanzado ya un desenvolvimiento bastante alto, para que sea posible pensar en una ciencia jurídica e iniciarla. La historia nos evidencia lo dicho. En Grecia había progresado ya la vida pública y familiar de modo importante, y, no obstante, la ciencia jurídica había apenas comenzado a actuar. Encontramos análoga situación en Roma hasta la caída de la República, y entre los pueblos germánicos y románicos en la Edad Media hasta la época de los glosadores.

Tal vez surjan dudas respecto a una diferencia que reviste el Derecho en comparación con los objetos de otras ciencias: nos referimos al saber que es inherente al Derecho inclusive como objeto de la ciencia.

Esta diferencia existe realmente. Un pueblo tiene un saber de su Derecho, inclusive sin ciencia jurídica. Pero tal saber no es ciencia, sino que descansa en las regiones oscuras del sentimiento y del tacto natural. Dicho saber constituye sólo un saber del Derecho en el caso concreto. Es cierto que también posee principios abstractos en los adagios jurídicos; pero no lo es menos que tales brocados, lejos de revestir sentido científico, algunas veces se aplican y otras no se aplican. Lo decisivo es la particularidad del caso dado y no aquel refrán. La filología nos brinda otro ejemplo de lo expuesto. También el objeto filológico implica un saber: el particular conoce, al hablar, los casos y tiempos y los aplica acertadamente; y, no obstante, conoce muchas ve-

ces la gramática, la ciencia del lenguaje, apenas de nombre.

La misión de la jurisprudencia es, por ende, la misma que la de todas las demás ciencias. Debe comprender su objeto, hallar sus leyes, desarrollar a este fin los conceptos, darse cuenta del parentesco y de la conexión de las diversas instituciones y, por fin, exponer sus conocimientos en un sistema sencillo. Mi tema se reduce, por consiguiente, al siguiente interrogante: ¿Cómo ha resuelto la jurisprudencia su tarea? ¿Cómo lo ha hecho en comparación con las demás ciencias? ¿Les lleva la jurisprudencia ventaja o se queda atrás?

Se podría creer que el mencionado saber, inherente a su objeto mismo, constituiría para la jurisprudencia una gran ventaja respecto a las demás ciencias. La historia, no obstante, nos enseña lo contrario. Cuando en Grecia todas las ciencias habían hecho ya grandes progresos, la jurisprudencia sola, excepto el Derecho Público, no había ni siquiera empezado su actividad. Los juristas romanos del Imperio recuperaron el tiempo perdido en lo que atañe al Derecho Criminal y Derecho Privado, y por sus esfuerzos logró en aquella época la ciencia jurídica ventaja respecto a las demás. En la Edad Media en que los autores podían apoyarse sobre aquellos estudios se mantenía largo tiempo esta relación, pero a partir del período de Bacon se lleva a cabo un cambio completo. Ahora se aceptaba por todas las ciencias el principio de la observación, del sometimiento de la especulación a la experiencia, al que en el fondo también la jurisprudencia de los clásicos romanos debe su excelencia. Los resultados de este nuevo método rayaban pronto en lo milagroso. Descubrimientos seguían a descubrimientos. Si antes cada siglo derribaba lo que el anterior estimaba comprobado por especulaciones fantásticas por otras de no mejor clase, ahora se había conquistado terreno firme: los trabajos y descubrimientos

de un siglo quedaban también en los siguientes la base firme, sobre la que se construía el edificio, que ya ahora ha alcanzado alturas tan asombrosas. La jurisprudencia, en cambio, no ha hecho progresos al menos desde los tiempos de Bacon. Sus reglas y sus conceptos no han mejorado desde entonces, adquiriendo más nítidos contornos. Las controversias no han disminuído sino que han aumentado; inclusive donde la investigación más laboriosa creía haber logrado un resultado seguro e inquebrantable, vuelve la lucha a empezar apenas que haya transcurrido una década. Los trabajos de un Cujatius, Donellus, Hottomann y Duaren se consideran aún hoy día como obras modelo y no podemos ofrecer estudios mejores, conforme lo reconocen inclusive las lumbresas de nuestra ciencia.

Con estas consideraciones extrínsecas, no obstante, no quiero dar el problema por terminado y la tarea por resuelta. Una prueba directa de mi tema exigiría que estatuyera una definición de la ciencia en general y que la pusiera en parangón con los trabajos de la jurisprudencia. Pero tal método tendría ya de por sí sus grandes dificultades y sería, además, dado el tiempo limitado de mi conferencia, completamente irrealizable. Además, el resultado sería sólo superficial dejando ignoradas las causas intrínsecas de la diferencia. Intentaré por tanto otro camino. En efecto, si mi afirmación acerca del carácter acientífico de la jurisprudencia como ciencia es verdadera, se deduce de ella que la culpa no puede recaer sobre las personas o sea los cultivadores de la ciencia. Si bien es cierto que durante ciertas épocas el retroceso de una ciencia ha sido la culpa de sus cultivadores y estudiosos, también lo es que tal situación no puede darse respecto a los millares de años que existe una ciencia entera: ello estaría en contradicción con la naturaleza del espíritu humano, siempre igualmente vigoroso cualquiera que sea su objeto. Supuesto, por tan-

to, que la jurisprudencia fuese realmente a la zaga de las demás ciencias, la causa debe radicar en su mismo objeto, en fuerzas impositivas secretas inherentes al objeto, que obstaculicen en esta región los esfuerzos del espíritu humano. El mejor camino para la indagación de mi tema será por tanto el de empezar con una comparación del objeto de la jurisprudencia con los objetos de otras materias. Esta manera de tratar el tema ofrece, caso que se logre, la doble ventaja de crear la demostración del tema y de hacer comprensibles las causas de la misma.

Si ahora aplicamos este método comparativo, se nos ofrecen varias determinaciones distintivas que, peculiares del Derecho, no se hallan en los objetos de otras ciencias.

La primera particularidad que destaca, es la mutabilidad del Derecho natural como objeto de la jurisprudencia. El sol, la luna y las estrellas brillan hoy como desde hace millares de años. La rosa florece aún hoy día igual que en el paraíso. Pero el Derecho ha cambiado. El matrimonio, la familia, el Estado y la propiedad han atravesado las formas más múltiples. El nombre más conocido para esta mudabilidad de la materia es el desenvolvimiento progresivo de las diferentes instituciones del Derecho. Se suele aducir este progreso como ventaja, elevándose inclusive este movimiento, con prescindencia de su contenido y dirección, a su verdadera esencia. Tales afirmaciones son, al menos extrañas. No cabe duda que la humanidad tenía ventajas indecibles por verse dotada desde el principio del mejor organismo posible. ¿Por qué no habría sido también mucho más feliz, si se la hubiesen adjudicado en el acto las instituciones jurídicas que hubiesen sido las más excelentes para cada estado de su desarrollo? ¿Cómo puede ser una ventaja y dicha que los pueblos tuvieran que luchar durante siglos con fatiga y dolores para obtener los bienes an-

siados? Pero no nos ocupemos de estas objeciones. Bástenos que existe progreso, sea el mismo ventaja o defecto. El problema consiste en conocer los efectos de esta mutabilidad del objeto sobre la ciencia. La contestación a esta pregunta no puede ser dudosa. El efecto ha de ser muy perjudicial. Pertenece a la misma naturaleza de toda ciencia que su verdad puede madurar sólo lentamente. La ciencia tiene que atravesar errores de toda clase. Sus leyes no son sino el resultado de esfuerzos seculares comunes de sus cultivadores. Para las demás ciencias este ir con pies de plomo no es nocivo. La tierra gira todavía hoy día en torno del sol como hace mil años. Los árboles crecen y los animales viven como en tiempos de Plinio. Aunque por tanto se han descubierto las leyes de su naturaleza y de sus fuerzas después de largos y fatigosos trabajos, las mismas son hoy tan verdaderas como en tiempos antiguos y seguirán verdaderas para todo lo porvenir. La situación en la ciencia jurídica es diferente. Si ésta encuentra, por último, después de esfuerzos de muchos largos años el auténtico concepto, la verdadera ley de una de sus instituciones, el objeto entretanto ya ha cambiado: la ciencia llega siempre tarde dado el progresivo desenvolvimiento. Nunca pueda ella captar lo presente. La ciencia jurídica se asemeja al caminante en el desierto. Delante de sí tiene cármenes florecientes, lagos con movido oleaje; pero a pesar de que camina todo el día, todos ellos se hallan por la noche aún tan distantes de él como por la mañana. Desde los tiempos de Goethe muchas tentativas de mejora se han llevado a cabo. Sin embargo, la burla del Mefistófeles en su "Fausto" es todavía acertada, sobre todo para el Derecho Público. No se comprendió al Estado griego sino después de su decadencia. La ciencia de los severos "Instituta" del Derecho Romano sólo se encontraba acabada, cuando el "Ius gentium" ya los había sustituido. No se dieron cuenta del espíritu y de

las excelencias de la Constitución Imperial alemana sino después de que Napoleón había aniquilado sus últimas huellas. He aquí el primer mal fundamental del que nuestra ciencia padece y del cual emanan múltiples consecuencias que la obstaculizan.

La primera de ellas consiste en que la ciencia jurídica en general tiende a oponerse a todo progreso en el Derecho. Es demasiado cómodo quedarse en el antiguo edificio, bien instalado y bien conocido, en lugar de tener que abandonarlo año por año y haber de establecerse y de orientarse de nuevo. Y si la ciencia cede al progreso, mantiene, sin embargo, su inclinación predilecta de forzar las instituciones de la actualidad en las bien conocidas categorías de instituciones fenecidas. Ya los juristas romanos dan ejemplos de dicha tendencia.

Ejemplos en este sentido con sus "acciones útiles", sus "quasi delicta", "quasi-contractus", "quasi possessio": en general, su adaptación de las instituciones libres de la época moderna al modelo del período antiguo severo.

Los juristas alemanes se comportaban aún peor. Forzaban el matrimonio alemán, la patria potestad, las servidumbres germánicas y las concepciones alemanas de los estamentos para enmarcarlos dentro de los conceptos del Derecho Romano, con los cuales apenas tienen más de común que el nombre. Y si el objeto ofrecía demasiada resistencia a este procedimiento, los juristas carecían en tal grado de una libre y científica concepción del mismo, que la añadían a los "Instituta" como "usus modernus". Es cierto que ahora todo el mundo tacha el procedimiento de los juristas alemanes de defectuoso; pero una falta cometida durante siglos por todos debe tener su causa en una particularidad del objeto mismo.

Entre los juristas romanos se estatuye aún hoy día

este mismo procedimiento como modelo. Este hecho causa asombro, puesto que en todas partes consiste el mejor método en enfocar cada nueva formación sin prejuicios de ningún género haciendo dimanar de ella misma nuevos conceptos y leyes. No toda institución jurídica que se ha producido *después* de otra, procede forzosamente de ella. El Derecho Privado en los primeros tiempos del Estado romano era evidentemente el producto de la peor despotía, que la nobleza y los sacerdotes ejercían sobre el pueblo: formas y fórmulas rígidas obstaculizaban el tráfico y la persecución del derecho; el pueblo ignoraba inclusive los días en que se le concedía ésta última. Todo el desenvolvimiento del Derecho Privado durante la época republicana e imperial no es sino la progresiva liberación del Derecho de estas cadenas. En contra de esta dirección conservaban los juristas romanos, con testaruda pedantería, las antiguas instituciones tiránicas, estableciéndolas como la forma principal de las instituciones del período posterior. He aquí la escisión que se encuentra en todo el sistema del Derecho romano: aquella brusca oposición de formas rígidas y de libre movilidad, de rigor literal y de equidad independiente.

Este peligro, inherente al objeto mismo y amenazador para la ciencia la ha seducido con frecuencia hasta olvidar por completo la actualidad dedicándose al pasado y a abandonar el Derecho vigente al despreciado "artesano" de los prácticos. Es demasiado seductor cultivar un campo al que la gran masa no tiene acceso, donde el brillo de la erudición adquiere su máxima luminosidad y donde hay seguridad de que inclusive los resultados más absurdos no pueden ser puestos en evidencia por el sentido común. La Escuela Histórica nos brinda bastantes ejemplos. Las lumbreras de ella apenas han sabido escoger un camino intermedio.

De todas maneras arrastra la ciencia jurídica un enor-

me lastre consigo: el estudio del pasado, producido por la movilidad de su objeto. *Pero sólo la actualidad posee valor.* El pasado ha muerto y sirve únicamente en cuanto constituye un medio de comprender y dominar lo actual. Si la naturaleza del objeto requiriera el rodeo histórico, comparable a unas gafas empañadas, la ciencia debe resignarse; pero no se trata de una dicha. Cuánto mejor se encontraría la ciencia jurídica, si pudiese, cual las ciencias naturales, ponerse en contacto directo con su objeto. Este lastre de instituciones pasadas absorbe una gran cantidad de las mejores fuerzas. El mal es tanto mayor, cuanto las fuentes del Derecho pasado son tan escasas y defectuosas. Lo que la diligencia y los dotes adivinatorios de siglos han construido, puede derrumbarse hasta los mismos cimientos cualquier día por un antiguo pergamino recién encontrado. La filología únicamente nos ofrece un panorama semejante, puesto que también su objeto se desenvuelve progresivamente. Pero por el otro lado la filología lleva ventajas respecto a la jurisprudencia, ya que posee el pasado de su objeto en toda su riqueza y fácilmente asequible en antiguos documentos y libros.

Si se continúa la comparación, se descubre una nueva particularidad del objeto de la jurisprudencia en el hecho de que el Derecho no sólo consiste en el saber sino también en el sentir: la sede de su objeto no se halla sólo en la cabeza sino también en el pecho de los hombres. Los objetos de otras ciencias son libres de semejante aditamento. Si la luz constituye un movimiento ondulatorio del éter o el movimiento rectilíneo de corpúsculos finos; si la razón y el intelecto son una sola cosa o diferentes entes; si las ecuaciones del cuarto grado pueden o no ser resueltas directamente —todos estos problemas son muy interesantes, pero respecto a ninguno de ellos existe un prejuicio sentimental. Una u otra contestación son igualmente bien

recibidas: lo único que se exige es la verdad. Pensemos, en cambio, en el Derecho: ¡qué apasionamiento, cuántas pasiones, cuántos partidos se introducen de contrabando en la búsqueda de la verdad! Todas las cuestiones del Derecho Público están empapadas de ello. Constitución o ausencia de la misma, libertad o censura de prensa, sistema bicameral o un diverso régimen, emancipación de los judíos, conservación de la pena corporal o su abolición —el mero enunciado de estos problemas es suficiente para que el corazón de cada uno lata más de prisa. Lo mismo ocurre en el Derecho Privado. Piénsese en si el matrimonio entre judíos y cristianos debe ser admisible; qué causas de divorcio deben estatuirse; si se admite o no los mayorazgos, la redención del derecho de caza. En estos, como en casi todos los problemas jurídicos, ha contestado ya el sentimiento, antes de que principie la investigación científica.

No juzgamos acerca de esta particularidad del Derecho con carácter peyorativo; al contrario: tal vez consista en ella su supremo valor. Pero el problema de mi investigación es sólo si dicha particularidad facilita o dificulta la ciencia del Derecho. Y en este aspecto es evidente que lo que ocurre es lo último. El sentimiento nunca y en ninguna parte es un criterio de la verdad: es el producto de la educación, de la costumbre, de la actividad, del temperamento, en una palabra, del azar. Lo que en un pueblo indigna, se aplaude en otro. Para que por tanto la investigación de la verdad no se desviara, nos encontramos con su primer supuesto: que se libere de semejante precipitado compañero. Y no obstante, casi nadie es capaz de ello al llevar a cabo investigaciones jurídicas. Inclusive la voluntad más fuerte no puede sustraerse por completo de las poderosísimas influencias de la educación y de la costumbre. Hallamos en todas partes los resultados de esta situa-

ción. Todos los magnos problemas del día se han convertido en luchas partidistas. En vano espera la verdad a un investigador limpio de prejuicios. Los maestros de la ciencia o no se ocupan de dichas cuestiones o lo hacen formando ya parte de un partido. Inclusive si se hubiese encontrado la verdad, la pasión no le permitiría levantar la voz. Por ello es menester en el Derecho que el tiempo con su poder tranquilizador pase por los problemas antes de que la ciencia pueda actuar y encontrar libremente la verdad. Y entonces es casi siempre tarde.

¿Qué diferencia existe en este particular entre la jurisprudencia y las ciencias de la naturaleza! ¿Qué concordia, qué pacífica compenetración reina en las últimas! Lo que el uno encuentra, agradecido lo recoge otro. Todos colaboran en la edificación de la obra. Si hallamos una pasión, sólo se trata de la vanidad; y ésta, por no arraigar en el objeto mismo, pronto desaparece.

Hemos de referirnos en este contexto a una institución extraña: la censura, que tiene su base natural en la unión del Derecho con el sentimiento. Sólo por ello sobrevive la censura todas las convincentes demostraciones de la ciencia. El ataque contra una costumbre arraigada y bien querida, contra lo que se estima Derecho sagrado, subleva a los sentimientos. La ciencia jurídica se encuentra así con nuevas cadenas; y sólo a ella ocurre así, puesto que las ciencias naturales y todas las demás ciencias poseen el hermoso privilegio de protegerse a sí mismas. Bien es verdad que se afirma la libertad de la investigación científica inclusive para el Derecho, queriéndose obstaculizar sólo su llegada al pueblo; pero no lo es menos que este distingo es como si se dijera a un arquitecto: "Vd. puede dibujar y pintar sus casas, pero no le es permitido edificarlas".

La comparación de los objetos de las ciencias entre sí nos conduce a otra particularidad del Derecho, cuyas

consecuencias son mucho más importantes que las de las particularidades hasta ahora mencionadas. Nos referimos a la figura de ley positiva, forma híbrida de ser y saber que se introduce de contrabando entre el Derecho y la ciencia y que produce consecuencias nocivas para ambos.

Todas las ciencias poseen leyes y estas leyes constituyen su suprema meta. Todas las ciencias tienen en todos los tiempos al lado de las leyes verdaderas también leyes falsas. Pero la inexactitud de las últimas no tiene repercusiones sobre el objeto científico. La tierra gira sin cesar en torno del sol, aunque Ptolomeo estableció una ley que afirmaba lo contrario. El alma permanece simple, si bien Wolf y Kant la descompusieron en innumerables fuerzas. El trigo toma su alimento principal del aire y no del suelo, aunque hasta Liebig se establecía lo contrario como ley en la economía.

Las leyes positivas del Derecho nos enseñan una situación diferente. Provistas de poder y de sanciones se imponen a su objeto, no importa si fuese verdadero o falso. El Derecho natural debe entregar su verdad y capitular ante ellas. Mientras que en todas las demás regiones el saber deja incólume al ser y lleno de respeto cede ante éste, se consigue por la fuerza en la esfera del Derecho lo contrario por medio de la ley positiva. El saber, inclusive el saber equivocado y defectuoso, vence al ser.

No queremos negar el progreso necesario que conduce del Derecho natural a la ley positiva. La cultura desarrollada, la división del trabajo, la complejidad de la vida, la necesidad de situaciones fijas y definidas, produjeron en todos los pueblos leyes positivas. Pero no todo lo que crece con naturalidad y rigor lógico, por ello constituye ya una dicha. La humanidad puede en su camino extraviarse y entonces sea tal vez aconseja-

ble que dé marcha atrás, con tal que ello resulte realizable.

Las desventajas de la ley positiva para el Derecho Natural son archiconocidas.

Cualquier ley positiva es condicionada por el grado del conocimiento del Derecho Natural. Una gran parte de las mismas procede de épocas en las cuales la ciencia apenas había iniciado aún su camino. Otra gran parte despreciaba el auxilio de la ciencia. Por consiguiente nos encontramos con la inevitable consecuencia de que el contenido de la ley positiva abarca, al lado de ideas verdaderas, bastantes desaciertos. Otra consecuencia consiste en la lucha del Derecho Natural contra la ley positiva.

Pero inclusive respecto a una ley con contenido verdadero, hay que tener en cuenta que su forma, su expresión es muchas veces defectuosa. He aquí el origen de las lagunas, de las contradicciones, de las oscuridades y de las dudas.

La ley positiva es rígida, el Derecho es progresivo. Por tanto, se convierte inclusive la verdad de aquella con el tiempo en falsedad. La derogación de una ley por otra nueva no es nunca realizable sin violencia, puesto que la sucesión carece del paulatino y suave desenvolvimiento del Derecho Natural.

La ley positiva es abstracta y su necesaria simplicidad destruye la riqueza de las formaciones individuales. Tal es la causa de los conceptos híbridos de la equidad y del arbitrio judicial.

Las determinaciones definitivas de la ley positiva arraigan en el puro arbitrio. ¿Quién puede deducir de la esencia misma del objeto si la mayoría de edad comenzará con veinticuatro o con veinticinco años, si el plazo de la prescripción comportará treinta años o treinta y un años, seis semanas y tres días, si la forma escrita de los contratos será establecida a partir de un in-

terés de 50 taieros y cual será la exacta duración de las penas?

La ley positiva es, por último, el arma inerte y siempre dispuesta, tanto para la sabiduría del legislador como para la pasión del tirano.

Consideraciones semejantes conmovieron a Savigny a negar la vocación de nuestra época para la legislación. Se ha reprochado a su afirmación su excesiva amplitud. Opino que el error de Savigny no consistía en que se fué demasiado lejos, sino en que se quedó corto. No sólo nuestra época carece de vocación legislativa en el sentido indicado: *ninguna* la posee. La creencia de que la ciencia alcanzaría y comprendería la actualidad, con tal que se la dejase tiempo suficiente, constituía una equivocación ingenua. La ciencia va eternamente a la zaga del Derecho. Ninguna legislación positiva, aunque dedicara a su preparación mil años, evitará los defectos mencionados. La máxima alabanza que tributamos por ello a este magno representante de la ciencia que es Savigny, consiste en su abstención de legislar inclusive cuando el Estado delegó en él el poder legislativo.

Si bien el Derecho Natural sufre gravemente por la ley positiva, más aún padece la ciencia. De una sacerdotisa de la verdad se convierte en una sirvienta del azar, del error, de la pasión y de la impremeditación. Su objeto ya no es lo eterno y lo absoluto, sino lo fortuito, lo defectuoso. ..el éter celeste desciende al fango de la tierra.

Lejos de mí la afirmación de que la ley positiva sólo contenga el desacierto: gran parte de ella es verdadera y tal vez sea sólo la parte menor falsa. Pero en cuanto la ley positiva contiene, respecto a contenido y forma, la verdadera expresión del Derecho Natural, acaba de hacer y conseguir lo que constituye actividad y aspiración de la ciencia, cuya meta es igualmente sólo el hallazgo de las leyes verdaderas del Derecho. En este as-

pecto queda, por tanto, a la ciencia sólo una labor explicativa y aclaratoria, en una palabra: el oficio del maestro de escuela. Y no nos causa asombro que la ciencia no se sienta atraída por tamaña tarea. Muchas veces expresan los autores su sorpresa de que las codificaciones suprimen en todas partes a la ciencia por determinado tiempo, buscando las causas de este fenómeno allí y allá, enrostrándolo sobre todo gravamen a la misma codificación. Pero la verdad consiste en todo lo contrario. Cuanto más excelente resulte el Código, cuanto más se acerque a la verdad, tanto más contiene ciencia pura redactada con máxima precisión, o sea exactamente lo que la ciencia podría ofrecer. Lo natural es, por consiguiente, que en cuanto a la buena parte del Código la ciencia no entra en acción sino cuando en el decurso del desarrollo del Derecho la misma ha quedado anticuada.

Careciendo la ciencia de una misión respecto a la parte verdadera de la ley positiva, sí que la tiene en lo que atañe a lo falso de la ley, y en todos los tiempos se abalanzó sobre ello celosa y ávidamente.

¿Cuál es el contenido de todos aquellos comentarios, exégesis, monografías, cuestiones, meditaciones, tratados y casos jurídicos? Sólo una pequeña parte de esta literatura se ocupa del Derecho Natural: más que nueve diezavos tratan de las lagunas, ambigüedades, contradicciones, de lo falso, anticuado y arbitrario de las leyes positivas. Su objeto lo es la ignorancia, el descuido y la pasión del legislador. El genio inclusive no se niega de servir a la impremeditación y de desarrollar para justificarla, todo su ingenio y toda su erudición. Por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de madera podrida. Abandonando la madera sana, anidan y tejen en la carcomida. La ciencia, al hacer del azar su objeto, se convierte ella misma

en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles.

Una crítica tan dura requiere una prueba detallada. Unos ejemplos tal vez ofrezcan óptima utilidad.

¿En qué estriba el interés *jurídico* en el proceso llamado "causa polaca"? Meramente en la defectuosa definición de la alta traición dada en el Derecho Prusiano. No cabe la menor duda de que la separación de provincias enteras del Estado equivale en el Derecho Natural al derrumbamiento de la constitución. Pero como la ley positiva no ha previsto este caso, las autoridades se ven obligadas a erigir un edificio artificioso con el auxilio de diccionarios, la historia y las constituciones de otros países, edificio destruído todos los días por la defensa con justamente las mismas armas. Tres palabras complementarias del legislador, conforme las promete el nuevo proyecto, y nadie se ocupará ya de todos aquellos trabajos pese a su alto valor científico.

¿En qué descansan las concienzudas e interesantes consideraciones en los procesos de prensa de los últimos años acerca del problema de si el permiso de impresión del censor de otro de los Estados federales también protege al autor en Prusia? Pues, arraigan en la redacción ambigua del art. 7 de la Ley de la Dieta del 20 de Septiembre de 1819. Todos aquellos trabajos sólo poseen valor duradero en cuanto se ocupan de la esencia del objeto, del Derecho Natural. Todo lo demás no deja de ser ciencia; pero nadie lo estudia desde que se ha publicado una Declaración en este mismo año.

Durante siglos era manzana de discordia entre los juristas el problema de si la culpa tiene dos o tres grados. En el ámbito del Derecho Natural reinaba desde hace tiempo completo acuerdo. En efecto, el Derecho Natural no conoce tales números y compartimentos estancos en una materia continua según su misma esencia. Höpfner confiesa que la práctica no cuestiona por el

grado sino que sólo investiga si existe "culpa" en general. Pero en la esfera del Derecho romano bastaban algunos pasajes redactados con insuficiente claridad y devenidos ambiguos por haber sido desglosados de su contexto, para ocupar a los sabios por completo.

Bibliotecas enteras han sido producidas sobre la preferencia de la hija como heredera; y, no obstante, un pequeño apartado más en el "liber feudorum" habría evitado toda aquella erudición.

Para evitar la apariencia como si mis ejemplos hubiesen sido elegidos desde determinado punto de vista, me he hecho con el último tomo de las sentencias del "Tribunal Supremo Secreto". No haré ninguna selección y empezaré con la primera resolución plenaria, examinándolas una tras otra. Los considerandos descuellan por su erudición y su agudeza y son, al menos, equivalentes a los de anteriores volúmenes. ¿Pero cuál es el objeto de tales consideraciones científicas verdaderamente excelente? ¿Ocúpanse de lo absoluto, de lo verdadero, de lo necesario? ¿Poseen aquellos trabajos científicos una duración imperecedera y una ilimitada utilidad conforme la ciencia lo exige?

La primera resolución plenaria trata de la cuestión de si las formas para atestiguar las firmas de partes analfabetas son para el juez las mismas en contratos que en controversias procesales. Este problema da lugar a un enjuiciamiento de las leyes positivas que abarca nueve páginas. Y no obstante, la duda ha sido provocada meramente por una redacción defectuosa del Apéndice del "Ordenamiento General de los Tribunales". Si se hubiese dado al Decreto Circular del 30 de Diciembre de 1798 un lugar más adecuado, con arreglo al cual el mismo se habría referido por sí mismo a ambos casos, nunca habría sido necesario dictar la mencionada resolución plenaria y sus considerandos. El objeto de la resolución es un defecto, y una pequeña ractificación de la

colocación del Apéndice hace desaparecer su importancia científica.

La próxima resolución plenaria trata del problema de si el usufructuario está obligado, no sólo frente al propietario sino también al acreedor hipotecario, a pagar los intereses de las deudas que gravitan sobre la cosa. Tal problema es objeto de una investigación, muy concienzuda y aguda, de veinticuatro páginas.

Ya antes trataron del problema seis autores, entre ellos Bornemann y Koch. Para el Derecho Natural la pregunta no suscita dudas. La naturaleza del derecho real desconoce a deudores personales, conforme el mismo Bornemann reconoce. Todas las dudas dimanaban meramente de la redacción del art. 70, título 21, parte primera del "Derecho Territorial General Prusiano", en el cual se estatuye: "El usufructuario pagará los intereses de las deudas que gravan la cosa".

Si se hubiese redactado esta disposición conforme la formula el "Tribunal Supremo Secreto Real", habrían sobrado todas aquellas investigaciones agudas, que desde luego pierden todo su valor así que el legislador se resuelva a corregir su falta.

La resolución plenaria siguiente determina que el consentimiento del marido para un préstamo de la mujer no tendrá que emitirse necesariamente por escrito, aunque se tratara de una cantidad superior a 50 taleros. La interpretación recta de la ley conduce evidentemente a la solución opuesta, puesto que, por un lado, establece el art. 133, título 5º, parte 1ª del "Derecho Territorial General Prusiano" que inclusive declaraciones unilaterales referentes a objetos de más valor que 50 taleros deberán redactarse por escrito, si sus consecuencias se extienden al futuro, y ya que, por el otro lado, no se decreta ninguna excepción en el Derecho que reglamenta el régimen de bienes en el matrimonio. Pero la equidad, el Derecho Natural, exigen con evidencia la

disposición opuesta, conforme se indica al final en los considerandos de la resolución. Para destruir el error, no formal, sino material, se busca un rincón en la ley positiva a fin de introducir de contrabando y de hacer eficaz el Derecho Natural. Este rincón se encuentra, de modo por cierto audaz, al no enmarcarse en las declaraciones de voluntad los consentimientos.

La resolución plenaria siguiente constituye una extraña oposición a la anterior. Casi se podría creer en una ironía del azar. En dicha resolución se estatuye que el consentimiento de la mujer a la enajenación de inmuebles de la comunidad de bienes, hecha por el marido, habrá de emitirse por escrito. Parece a primera vista que se trata en esta resolución del mismo problema que en la anterior y que se resuelve el mismo una vez en sentido afirmativo y otra en sentido negativo. En efecto, el Tribunal necesita 16 páginas basadas sobre la historia de la ley y del Derecho común para encontrar una diferencia. La verdadera causa por la cual no se había desprendido la resolución sencillamente de las palabras del art. 133, título 5º, Parte 1ª del "Derecho Territorial General Prusiano" radica sencillamente en el deseo de salvar la consecuencia de la interpretación de dicho precepto dada en la anterior resolución.

La resolución plenaria siguiente se ocupa de nuevo exclusivamente de la mala redacción de la ley. Se trata del problema frecuentemente comentado por los tribunales, el Ministerio y los intérpretes de qué se ha de comprender por los capitales asignados a los hijos para su especial seguridad y de los cuales el padre, con arreglo al art. 169 del título 2º, parte 2ª del "Derecho Territorial General Prusiano" no puede disponer con plena libertad. El motivo de todas estas disquisiciones consiste sólo en que la ley establece una categoría mediante las palabras: "capitales asignados para su especial seguridad", la cual no vuelve a aparecer en el Có-

digo y que tampoco ha sido desenvuelta en el indicado lugar, siendo inclusive incompatible con los principios del régimen hipotecario prusiano. Por este motivo nos encontramos con tantas dudas y eruditas elucubraciones para disiparlas.

La resolución plenaria siguiente intenta de nuevo una transacción y mediación entre la ley positiva y el Derecho Natural. Como es sabido existe en la mayor parte de las provincias del Estado la costumbre entre los campesinos de que el campesino anciano transmita la finca a uno de sus hijos, imponiéndole la obligación de que pague determinadas cantidades del precio a sus hermanos cuando se casan o comienzan a establecerse por su propia cuenta. Entre el pueblo no se alberga duda alguna de que los hermanos puedan ejercer su derecho ante los tribunales, aunque no hubiesen formado parte del contrato, con tal que el padre no se opusiese.

El "Derecho Territorial General Prusiano" desgraciadamente pasó en silencio esta institución; y así hay que acudir a las disposiciones generales del art. 75, título 5º parte 1ª del mismo cuerpo legal, con arreglo a las cuales un tercero puede sólo ejercer judicialmente los derechos que un contrato hecho entre otras personas le atribuye, si los aceptó con su consentimiento, en otras palabras, si se adhirió al contrato. Sin embargo, la aplicación de esta disposición conduce en nuestro caso a un resultado de insoportable dureza y, por consiguiente, se busca desde ya hace mucho tiempo un remedio para sustraer la institución al efecto destructivo del mencionado art. 75. Se empleaba ficciones, conversiones, sucesiones anticipadas y otros artificios por el estilo para dar flexibilidad a la ley positiva. El "Tribunal Supremo Secreto" demuestra concienzudamente que todos estos remedios no son aplicables al "Derecho Territorial General Prusiano". En cambio, ensaya el Supremo Tribunal un nuevo método para salvar la insti-

tución de indudable raigambre histórica. No sé si se trata de un método muy feliz. Se concibe al padre como apoderado que acepta en nombre de sus hijos. Dejando aparte que los mencionados contratos normalmente no aluden con ninguna palabra a esta construcción, milita en contra de la teoría que, contrariamente a la naturaleza de las cosas, la misma persona hace la oferta y la acepta, y que según ella se robustecen los derechos de los hermanos más allá del Derecho Natural, ya que el mismo padre perdería con arreglo a dicha concepción, todo derecho sobre el precio, consecuencia incompatible con la institución. La causa de todos estos múltiples ensayos de la ciencia es meramente un defecto de la ley; y resulta deplorable que tanta agudeza y erudición se esfuercen en vano en remediar este defecto.

✓ Permítanme Vds. que aquí interrumpa. Creo que he aportado bastantes demostraciones de la tesis de que sólo los errores y los defectos de todas clases constituye el objeto del que la jurisprudencia casi exclusivamente se ocupa y desgraciadamente ha de ocuparse. He aquí un asunto tan repugnante que causa asombro a cuantas personas están aún dispuestas a dedicarse a él. Puede ser que dicha tarea sea necesaria, pero no es por ello un objeto digno de la ciencia.

2. ¡Qué altura de miras encontramos, en cambio, en las ciencias de la naturaleza! Su objeto es sólo natural, lo eterno, lo necesario. La más pequeña matita de césped lleva este sello. Toda criatura es verdadera, concorde consigo misma; y la arbitrariedad con sus falsificaciones no alcanza a la ciencia.

También aquellas ciencias contienen errores y leyes falsas. Pero *una sola* mirada luminosa del genio es suficiente para que el error desaparezca como la noche ante el sol. Únicamente la ciencia jurídica sufre la des-

honra de servir al error durante siglos enteros y de haber de rendir homenaje y pleitesía a la impremeditación.

No hemos agotado todavía los sufrimientos de nuestra ciencia. El esquematismo, la rigidez de forma de la ley positiva penetra en la ciencia del Derecho, la cual repudiará la riqueza individual inclusive si la sabe apreciar. La ley positiva se asemeja a un sastre testarudo que dispone únicamente de tres figurines para toda su parroquia. La ciencia se parece al ama de casa, buena como un pedazo de pan, que se da cuenta dónde el traje molesta y no sienta; pero el respeto que tiene a su marido, no le permite, sino solapadamente abrir aquí y allí un poco las costureras o añadir un trocito de tela.

La arbitrariedad en las últimas determinaciones de la ley positiva penetra también en la ciencia. Lo arbitrario en estas determinaciones limitativas de formas, plazos, etc., quedará según su propia naturaleza y pese a la más cuidadosa redacción de una fuente inagotable de dudas. La ciencia se encuentra con la ingrata misión de resolver estas dudas, de sistematizar lo arbitrario. Todos los comentarios donde se trata de semejantes formalidades son extensísimos. ¡Qué pozos de erudición han llegado a ser las discusiones sobre las solemnidades de los testamentos en el Derecho Romano o la admonición de las mujeres con ocasión de las fianzas en el Derecho Prusiano! Otro botón de muestra espléndido es la novísima ley de 1845 sobre la forma de los instrumentos notariales. No cabe duda alguna que se ha aplicado el máximo cuidado en la redacción de esta ley; y, no obstante, qué cantidad de dudas han surgido durante estos dos años. Si se examina detalladamente la manera de ser de estas dudas, la ciencia baja los ojos avergonzadamente.

¿Es necesario escribir todo el instrumento desde el

principio hasta el final o pueden emplearse y rellenarse impresos?

¿Es inadmisibles como testigo sólo el amanuense del notario actuante o también el de cualquier otro notario de la monarquía?

¿Tiene que atestiguar la firma de las partes analfabetas el notario actuante u otro notario?

¿Firmará el notario sólo con su nombre, apellido y domicilio o también con su título oficial? Y así siguen las controversias, todo ello so pena de la nulidad de todo el instrumento. Me remito al Boletín Ministerial de este año.

Tales temas han llegado a ser los objetos más importantes de la ciencia. Su misión consiste en resolverlos. ¡Cuán altas se hallan, también en este aspecto, todas las demás ciencias! Pese a la suprema legalidad de su objeto encontramos un riquísimo desenvolvimiento y multiplicidad de lo individual. Pese a la máxima determinación de su objeto, no hallamos en ninguna parte arbitrariedad, sino absoluta necesidad.

Hasta aquí partió nuestra investigación de un parangón del objeto de la jurisprudencia con el de otras ciencias. Al perseguir mi empresa, llego a otro obstáculo. Hasta aquí había procedido la fuerza impeditiva del objeto. Pero ahora ejerce la misma ciencia un efecto destructivo al enmarcar el objeto en su forma, como si quisiera castigar la resistencia pertinaz del objeto con el aniquilamiento de su propia esencia.

El Derecho no puede existir sin las características del saber y del sentir. Un pueblo debe saber lo que el Derecho requiere en el caso dado; y debe consagrarse con amor a éste su Derecho. Si se despoja al Derecho de estas características, continúa siendo una gran obra de arte, pero una obra muerta y, desde luego, ningún Derecho. Al acercarse la ciencia al Derecho como su objeto, la destrucción de estos elementos es inevitable. El

pueblo pierde el conocimiento de su Derecho y su devoción al mismo: se convierte en el patrimonio exclusivo de una clase especial. Así lo enseñan la lógica de los sucesos y la historia. La ciencia se contradice a sí misma: desea captar el objeto y lo aplasta. Las consecuencias de este hecho son extraordinarias.

La ciencia carece por ello de su terreno natural y se desvía con suma facilidad hacia la sofisticación y las elucubraciones estériles.

Otra consecuencia consiste en los titubeos de la legislación. El legislador condesciende inclusive a hacer experimentos. La legislación procesal prusiana desde 1833 ofrece un buen ejemplo en este aspecto, sobre todo su reglamentación de los recursos.

No obstante, los mayores inconvenientes se producen en la aplicación del Derecho al caso dado. Inclusive los actos de la jurisdicción voluntaria son desfigurados por impresos y artificios de todas clases. Pero más aún lo son los procesos. No me refiero a aquellos procesos en los que sólo se trata de la ejecución y en los que sólo se ha de vencer la indolencia y la mala voluntad del deudor: no constituyen controversias auténticas y no necesitan ni jurisprudencia, ni jueces. Pero los verdaderos procesos en los que el Derecho se halla controvertido se rebajan por el efecto destructivo de la ciencia a una mera operación como otra cualquiera. No se encuentra ya ni huella de una auténtica realización del Derecho.

Ninguna de las partes sabe quién lleva la razón. La voz de la conciencia queda muda. Se consulta a los abogados. Y la resolución depende exclusivamente de consideraciones externas como la probabilidad de la victoria, el costo del ensayo y la duración del proceso. Si se gana, la especulación era exitosa. Si se pierde, se consuela al hombre razonable exactamente igual que al mercader que acaba de perder un rico cargamento

por la tempestad o igual que al bolsista cuyos cálculos resultaron frustrados por acontecimientos políticos. En ninguno de estos casos aparece aún sólo la sombra del Derecho: ni indignación sobre un entuerto sufrido ni orgullosa satisfacción sobre la victoria del Derecho.

La apariencia del proceso apoya este parecer. Inclusive el juez y el hombre de ciencia ignoran lo que procede en un caso dado. Se ven obligados a consultar voluminosos códigos, comentarios polvorientos: inician un cálculo artificial para hallar lo que en el pecho de cada cual debiera encontrarse escrito en letras bien claras. En primera instancia se prueba con agudeza y erudición y de manera artificial la verdad de una tesis, cuya falsedad se demuestra en la segunda con igual agudeza e idéntica erudición. ¡Y qué dicha si en la tercera instancia no se cambia de nuevo la verdad!

¡Cómo puede la Nación conocer el Derecho a través de estos cálculos artificiales, deducciones y tesis titubeantes, el Derecho, nacido y crecido con ella, cuyos decretos paladinos debieran hallarse en cada corazón como algo sagrado e inquebrantable! Pero ello es imposible: la Justicia se ha convertido por la ciencia en un juego de azar. Además desencadenan bajas pasiones una pequeña guerra en vista del hecho de que la paz le hace imposible llevar otra mayor.

El lenguaje del hombre de la calle posee términos significativos para este estado de cosas. Si se pregunta a un campesino cómo avanza un proceso, nos contesta que el mismo "pende todavía". ¡Qué palabra más excelente para el lentísimo progreso del juicio y su completa incomprensibilidad para la parte! Si el campesino pierde el proceso, no dice que le faltaba la razón, sino que afirma: he perdido el juego. La pérdida del proceso y la devastación de su agro por granizadas constituyen para él acontecimientos de análoga naturaleza: mala suerte, pero no injusticia.

He aquí el resultado triunfal de la ciencia jurídica: un Derecho ignorado por el Pueblo, que no reside ya en su corazón y que él equipara a las fuerzas salvajes de la Naturaleza.

Tales males son demasiado grandes para que no produzcan reacciones a medida que las naciones llegan a ser más independientes. A través de todos los tiempos encontramos huellas en este sentido.

Mencionamos la prohibición de Justiniano de que se comentara su Código. Por mucho que los sabios se han sonreído, esta prohibición se basa en el deseo muy estimable de conservar el Derecho para el Pueblo y de protegerlo ante la desintegración llevada a cabo por la ciencia. Después de casi trece siglos volvemos a encontrar la misma prohibición en la Patente de publicación del "Derecho Territorial General Prusiano", art. 18 y en la Introducción, art. 47.

El intento de Federico el Grande de abolir la abogacía estriba en las mismas ideas. La empresa estaba condenada al fracaso, puesto que se paraba en mitad del camino. No bastaba descartar a los abogados; también se tenía que apartar a los jueces de carrera.

Su obra, el "Ordenamiento General de los Tribunales", está imbuído del mismo espíritu reactivo a la jurisprudencia. Su principio consiste en el libre arbitrio de un juez honrado que se atiene a la equidad, y no a la regla científica basada en las más finas abstracciones y cálculos.

La mencionada contradicción intrínseca entre el fin y el resultado de la jurisprudencia explica también la extraña recomendación y el fomento de las transacciones. El Pueblo y el Gobierno están de acuerdo, y asimismo lo están, por cierto ingenuamente, los juristas. Y no obstante, desde el punto de vista científico constituye la sugerencia de una transacción una deshonra: el más evidente "testimonium paupertatis". ¿Qué se diría de un

matemático que aconsejara a dos personas que le ruegan que resuelva sus problemas matemáticos que hiciesen una transacción por ser el cálculo demasiado lento e inseguro? Otro símil: Un hombre rico alquila a un cochero, le da dinero y le manda comprar un coche cómodo, bridas sólidas y caballos resistentes; así se hace y el hombre pudiente ordena al cochero que prepare el coche para salir; pero en lugar de obedecer se presenta el cochero y aconseja al señor que vaya a pie, ya que el viaje en coche es demasiado complicado e inseguro. ¿No despedirá el señor al cochero en el acto mismo? ¿Qué debe hacer la Nación con sus juristas que la proponen acudir a transacciones?

¿Qué significa aquella pasión en favor de amigables componedores, la tendencia de todas las provincias de robustecer y de extender su campo de acción, sino el impreciso barrunto del mal estado de cosas y el afán de sustraer la jurisprudencia de las manos de los jueces de carrera y devolvérsela a la Nación: en una palabra, de restablecer el derecho del Decreto? Sólo así se explica la contradicción de que se castiga a los curanderos en la medicina, mientras que se privilegia a los curanderos en la jurisprudencia.

Por los mismos motivos se aboga a favor de tribunales comerciales sin asesores eruditos, a favor de tribunales fabriles, de jueces de paz, etc. Inclusive los tribunales patrimoniales son defendibles únicamente desde este punto de vista contra los ataques de la ciencia, por lo demás irresistibles: un juez patrimonial que ejerce su cargo durante algún tiempo residiendo en un pueblo o en una pequeña ciudad, llega muy pronto al feliz estado, tan deseado por sus conciudadanos, en que olvida todo el lastre de erudiciones y desprende sus decisiones principalmente de su sentimiento jurídico igual al de aquéllos. El campesino y el ciudadano no temen a nadie como juez, a no ser al joven licencia-

do que emplea todo el fárrago de su erudición y conocimiento legal para resolver agudamente los diversos casos.

El deseo de establecer jurados estriba en el mismo fundamento. Bien es verdad que la ciencia no quiere concederlo por nada del mundo y que despliega toda su agudeza para encontrar la ventaja del jurado en otro terreno; pero no lo es menos que el sentir sencillo e inconsciente del pueblo, del que el deseo procede, ignorante de sutilezas, quiere librarse de la ciencia erudita por medio de los jurados.

Todos los fenómenos poseen, por ende, el mismo fundamento. La nación repudia a los juristas científicos. La sospecha, el sentimiento oscuro de la contradicción entre Derecho y ciencia existen. Lo único que todavía falta es la clara comprensión del pueblo. Todavía la gente no se atreve a pensar este hecho con claridad. Por ello se justifican aquellos fenómenos superficial y equivocadamente. Pero tan pronto que se haya conseguido un conocimiento preciso, difícilmente la gente se contentará con medios aislados e incompletos para remediar la situación; y el Gobierno, al que los juristas también molestan, prestará gustosamente su ayuda. Se devolverá la jurisdicción al Pueblo no sólo respecto a la cuestión de hecho sino también en cuanto a la cuestión de derecho, no sólo en asuntos criminales sino también en procesos civiles. Otra consecuencia bienhechora consistirá en una merma de las leyes positivas. El Estado se contentará con estatuir los principios fundamentales, abandonando al sano sentir del pueblo su aplicación en todas sus ramificaciones sin necesidad de una ponderación exacta.

Realmente no creo que redunde en ello una gran desgracia. Los procesos desde luego no durarían entonces tantos días como hoy meses y años. Los gastos no serían para nadie un obstáculo a perseguir su

buen derecho. Puede ser que las decisiones coincidiesen en aquel supuesto poco con la ley positiva, artificialmente establecida, y con los resultados eruditos de la ciencia; pero tanto más estarán de acuerdo con el Derecho viviente en el pueblo. En la esfera en la cual este último Derecho reina, se realizará el mismo pura y verdaderamente. Y fuera de esta órbita, cuando la complejidad del caso es demasiado grande, el objeto principal consiste en encontrar cualquier resolución rápida y barata. No se puede hablar de Derecho Natural en todas estas ramificaciones finas. De ninguna manera puede quejarse la jurisprudencia si no la preguntan por su verdad, que, construída artificialmente después de larga espera de 100 libros, ni siquiera sobrevive la segunda instancia del mismo proceso.

Una semejante jurisdicción no es un mero juego de la fantasía. Naciones enteras han vivido y se han engrandecido sin juristas eruditos, sin aquel edificio artificial de leyes positivas, sobre todo en el Derecho Privado. Los griegos desconocían tales instituciones inclusive en sus tiempos más brillantes. Jueces del Pueblo resolvían con arreglo al Derecho que la costumbre había consagrado y que en su corazón levantaba su voz. Sus grandes pensadores como Platón y Aristóteles no sospechaban ni siquiera que la interpretación de la ley positiva, aquella lucha quisquillosa sobre dudas y oscuridades en la misma, pudiese reclamar la dignidad de una ciencia. Consideran tales asuntos de tan poco monta que no se paran en ellos en sus escritos, por lo demás tan prácticos. También entre los romanos, inclusive una larga época durante el Imperio, en la cual no se negará la complejidad de la vida y bastante comercio y tráfico, la jurisdicción se hallaba sólo en las manos de jueces profanos. El pretor era normalmente un funcionario sin erudición como lo demuestra su obra, el edicto, cuyas disposiciones proceden todas del Derecho Natural.

También los “judices” eran hombres del pueblo que resolvían la cuestión de hecho según su simple concepción; e inclusive en la cuestión jurídica no habrán observado tan escrupulosamente las “fórmula praescripta” del pretor como lo afirman nuestros libros de texto.

En mis puestos oficiales he inspeccionado poco a poco más de 200 tribunales. He presenciado varios casos en los cuales la pereza y la ligereza del Juez había alcanzado tal grado que la jurisdicción se había parado por completo. Ninguna demanda era despachada, no se legalizaban los contratos, el Registro de Hipotecas no existía: en lugar de legajos, nada sino hojas sueltas dispersas por todas partes. A pesar de que dicha situación se había prolongado durante años, la gente no era en tales partidos más pobre ni la comarca más devastada que en otro lugar. La gente había acudido a transacciones: habían hecho uso del maestro de escuela y del alcalde, en lugar de acudir al Juez.

Una situación semejante es en Inglaterra, gracias a su abundancia de Actas del Parlamento, la regla y no sólo la excepción. La jurisdicción constituye en aquel país un artículo de lujo para gente rica. El juez de paz que es de suma importancia, no es un jurista de carrera. Y no obstante, ha llegado a ser esta nación la mayor y más poderosa de la tierra.

Hemos puesto de relieve las fuerzas impeditivas contenidas en la jurisprudencia. Acabamos de destacar la contradicción entre el principio y el resultado de la misma. Pero aún nos queda la siguiente pregunta: ¿Qué instrumentos, qué instituciones ha creado la jurisprudencia para hacer más asequible su objeto a la humanidad, para mitigar la pesadez y el dolor de su desarrollo?

Todas las demás ciencias prestaron en este aspecto a la humanidad los más brillantes servicios: sus creaciones rayan en lo milagroso. Las ciencias de la naturaleza y la matemática se hallan en primera plana. Con-

ducen a los hombres por encima de las olas del océano y a las profundidades de la tierra. Canales, ferrocarriles y telégrafos han hecho desaparecer casi por completo las distancias. Los microscopios nos han llevado a los milagros de la naturaleza minúscula, mientras que los telescopios abrieron los espacios celestes. La fotografía dibujan rostros amados. Tampoco las demás ciencias se han quedado atrás. La psicología respalda básicamente el arte de la enseñanza y corrige el método de la enseñanza. La mnemotécnica y la frenología ofrecen sus servicios.

¿Qué significan, en cambio, los servicios de la jurisprudencia? Busco avidamente en todas direcciones y lo que encuentro son impresos para contratos y juicios: un cúmulo de admoniciones, enseñanzas, formas y cláusulas, que pretenden frenar la precipitación y proteger contra la chicana. Por último, me encuentro con todo el sistema del proceso común, repleto de detalles y erudición. En una palabra: todo, menos el camino de conseguir durante la vida su buen derecho. Tal es, en grandes rasgos, lo que en este aspecto se debe a los eruditos. Al contrario, vanamente se busca un auxilio, una dirección científica donde realmente lo necesitamos, o sea en el desenvolvimiento general del Derecho.

Cada época posee sus problemas jurídicos que conmueven a la nación en sus mismas entrañas, sea que se refieran a la familia, sea que conciernan a la relación entre Iglesia y Estado, sea que atañan a la Constitución del último, sea que afecten los privilegios de alguna clase, sea que se relacionen con los diferentes pueblos entre sí. En torno de estos problemas gira la lucha y se agrupan los partidos. He aquí los puntos neurálgicos donde fenece la cultura antigua y el Derecho se precipita hacia una nueva forma. La gran masa de la nación es siempre prudente al principio del desarrollo. Carente de una comprensión clara del

problema se dirige con su interrogante a la ciencia, para que le disipe la duda y la dirija por el oscuro camino de la evolución. Pero la ciencia se mostró desde siempre impotente para esta tarea. Nunca comprende el presente. Los pueblos tenían que ayudarse a sí mismos. No es de extrañar que cayeran en las manos de los partidos y que tuvieran que recorrer en lugar del camino recto del desenvolvimiento continuo, las desviaciones de la pasión y del error antes de llegar a la meta.

La historia nos enseña este hecho entre todos los pueblos. Los juristas romanos, ocupados del Derecho Privado, eran los servidores obedientes de la tiranía. Con la misma tranquilidad e idéntico espíritu concienzudo comentaban la constitución despótica del Imperio que la ley de la República empapada en la doctrina de la libertad. La seguridad del tráfico en aquel gran Imperio exigía urgentemente la protección de la buena fe y un derecho pignoraticio flexible y fácilmente visible. En lugar de ello mantuvieron los juristas romanos la rigurosa "rei vindicatio"; y construyeron un derecho pignoraticio con tales privilegios que ellos mismos aconsejaban a los tutores que más valía que enterrasen el dinero de sus pupilos a que lo diesen en préstamo con garantía hipotecaria. Los juristas romanos no captaron la enorme transformación que el Cristianismo había llevado a cabo en el Derecho Privado. Justiniano, el legislador acientífico, se encuentra a más altura que todos ellos. Sólo él y más tarde los Papas abrieron camino en el Derecho Privado a este espíritu nuevo. Les recuerdo la "bona fides" en la prescripción y el "possessorium summarissimum".

La historia alemana no puede relatar cosas mejores de sus juristas. Los príncipes y los pueblos tenían que auxiliarse a sí mismos con su propio sentido común en todas las crisis y respecto a todas las instituciones nue-

vas. No fueron los juristas quienes aconsejaron la lucha de los emperadores de Franconia contra los grandes Ducados para vigorizar el poder imperial. Cuando la Reforma había destruido la antigua constitución eclesiástica y se trataba de encontrar y moldear la nueva y auténtica relación del Príncipe con la Iglesia Protestante, del Poder eclesiástico con la parroquia, no aparece en ningún sitio la ciencia jurídica para destacar la verdadera situación, la institución más conveniente. Dejó que los príncipes y reformadores fuesen a ciegas y buscasen el buen camino; y aún hoy día sufrimos por aquel abandono de la ciencia.

El tráfico más vivo de nuestro siglo, la creciente parcelación del suelo requiere urgentemente una forma más sencilla del Registro Hipotecario. La nueva legislación prusiana es en este aspecto insatisfactoria. El conocido impreso para agros transmisible es defectuoso, puesto que es sólo utilizable en las antiguas provincias que poseen un gran número de funcionarios; además obliga al juez a realizar transcripciones mecánicas larguísimas, y la menor equivocación es peligrosa para el público y el juez. Todavía hasta hoy día no ha establecido la ciencia nada mejor de lo que el sentido sencillo de funcionarios profanos ideó después de la abolición de los tribunales populares: los libros de comercio y consentimiento. Tal es la forma francesa del Registro Hipotecario, la cual, prescindiendo de los defectos materiales del Derecho hipotecario francés, ha podido realizarse hasta la actualidad con pocas fuerzas y ha dado buen resultado, si bien la desintegración del suelo en Francia alcanza ya el número de 125 millones de fincas.

No se objete contra estos ataques que tamaños asuntos no pertenecen a la jurisprudencia, sino a la política y arte de la legislación. He aquí precisamente lo deplorable de la jurisprudencia que se desgaja de la

política, que se declara ella misma impotente de dominar la materia y el camino de las nuevas instituciones o inclusive de dirigirlas, mientras que todas las demás ciencias lo consideran como su parte más esencial, su suprema misión.

La tan decantada evolución del Derecho por medio de los juristas, de la cual nos hablan ahora todos los libros de texto, se refiere meramente al juego de los ínfimos detalles. Los juristas son, en cambio, impotentes para poner los cimientos y para erigir la estructura misma de un edificio sólido. Sólo después de terminada la construcción, si la sostienen pivotes, aparecen los juristas a millares como los cuervos y anidan en todos los rincones, miden los límites y dimensiones hasta el último centímetro y desdibujan y desfiguran el edificio noble de tal suerte que príncipe y pueblo apenas vuelvan a conocer su propia obra.

He llegado aquí al final de mi misión. El resultado que les ofrezco, es deprimente y desconsolador. Por ello me parece natural terminar con algunas palabras de consuelo.

Quien comparta mi convicción ahora, o más tarde después de ulterior examen, tendrá su consuelo como hombre en la comprensión de que lo substancial no está contenido en una sola clase sino en la nación entera.

Quien, al contrario, por mis explicaciones no se siente convencido, a quien sólo han sacudido sus convicciones y prejuicios sin derrumbarlos, el consuelo sobra. El buen humor inquebrantable de semejantes personas basta para imponer la alegría de la persona a la seriedad del tema.

ERNESTO ZITELMANN

LAS LAGUNAS DEL DERECHO

Título del original alemán:
Lücken im Recht.

Primera edición alemana: 1902

Primera edición castellana: 1949

Traducción directa por:

CARLOS G. POSADA

Más de veinte años se ha trabajado en nuestro Código Civil, sin interrupción y con un celo infatigable, y, sin embargo, con bastante frecuencia se oye, habiéndolo predicho los mismos autores, que en este Código como en cualquier otro se encontrarán lagunas. Y lagunas no sólo en cuanto, considerada desde un punto de vista cualquiera, se echa de menos, legislada, una norma en el derecho vigente y se desea verla establecida; ello se comprendería fácilmente, ¿cuándo una obra ha satisfecho a todo el mundo por igual?, y mucho menos una obra legislativa que siempre se produce, como sabemos, dentro de la más dura contradicción de intereses; —pero no se trata de esto: se dice que hay lagunas en la aplicación del derecho en cuanto el derecho positivo, ante un caso que la práctica le presenta, no proporciona decisión alguna, y en cuanto la respuesta a una cuestión determinada no se puede inferir del mismo. En este sentido, pues, el estudio de las lagunas del derecho positivo ha llegado a ser una parte esencial de nuestros Tratados; sabido es que todo derecho tiene lagunas y, considerando la imperfección de las fuerzas humanas, suele añadirse, con una modestia muy extraña entre juristas, tiene que tenerlas. Y, sin embargo, como es necesario encontrar una resolución, como especialmente el Juez no puede negarse a dictar un fallo, debe suplirse la laguna con auxilio de la ciencia del derecho.

Dos problemas existen aquí. Uno, ¿qué son lagunas en

el derecho? Otro, ¿cómo deben llenarse? Por lo que al segundo se refiere, suele decirse generalmente que para rellenarlas se debe proceder según criterio de analogía con disposiciones legales ya existentes, o, a falta de tales, según la analogía (otros dicen según el espíritu) de la ordenación jurídica total, espíritu que es uno de los que más se suelen resistir a la mayoría de los conjuros. Pero sobre lo que constituye la esencia de estas analogías y los siguientes procesos espirituales de que el Juez debe ocuparse, en modo alguno se está de acuerdo. La cuestión que nos ocupa fué vivamente discutida en los tiempos modernos y también merece por completo el interés que a la misma se dedica. Penétrase con ella sin duda alguna en lo más íntimo del campo jurídico: relaciones entre derecho y Juez, entre ley y derecho, entre coacción y libertad, entre derecho positivo y derecho natural; este es el problema.

Pero no es mi propósito aumentar aún más el conflicto de opiniones relativas al asunto; prefiero con mucho someter el otro problema referente a la *naturaleza de las lagunas* a una breve exposición: ¿existen efectivamente lagunas en el verdadero sentido de la palabra?, o, puesto que ninguna duda ofrece la existencia real de las lagunas, ¿qué son ellas entonces?; ¿en qué sentido son lagunas y se las debe así en general nombrar? Esta es la primera de las dos cuestiones: la resolución que a la misma se dé influirá; y ésto desde luego se supone, en la contestación de aquel otro problema tan discutido, referente al modo cómo deben suplirse las lagunas. No obstante, aunque parezca extraño, apenas si el problema ha sido tratado. Sabemos con cuánta frecuencia ocurre el que al lado de una región, de un territorio visitado por toda clase de viajeros, existe otro igualmente atractivo, pero que permanece, sin embargo, en el olvido. Y así ocurre con la naturaleza de las lagunas jurídicas: casi todos las pasan por alto. Sólo algunos han pisado este

territorio desconocido. Quizás el primero que en él entró fué Brinz, ese eminente pensador que, apartándose siempre de los caminos trillados, buscaba senderos propios; pero una vez allí, tan sólo rozó el problema de una manera superficial, y apenas si alguien le siguió en su camino (2). Desde otro punto distinto penetra Bergbohn, nuestro Bergbohn (3) En su correría infatigable, persiguiendo el derecho natural, acechándolo en todos sus escondrijos, llegó también a este terreno y en parte, por lo menos, nos enseña a conocerlo. Pero tampoco encontró sucesor; el conjunto del territorio seguía tranquilo.

Al invitaros yo ahora a una excursión por tal terreno, quiero limitar ante todo, y lo más estrictamente posible, el campo de discusión que hemos de recorrer; el área total del problema es mayor de lo que a primera vista parece. Descartamos primero todos los casos en que la ley renuncia a regular esferas totales de actividad; así, pues, donde no se plantea el problema de establecimiento de una ordenación, podemos hacer uso de este límite, bien sea porque otro poder creador de derecho regulará la función (en esta forma abandona el derecho del Imperio alemán ciertas esferas como, v. gr., el derecho de servidumbre, la legislación local (4), o bien porque el legislador no se siente todavía con competencia suficiente para arreglos definitivos dentro de ese círculo de actividades (así, por ejemplo, seguimos nosotros todavía esperando una ley de seguros de derecho privado) o bien, finalmente, porque la ordenación necesaria de estos hechos debe dejarse a otros poderes. Por fortuna no es el derecho, con sus promesas y ame-

(2) Nota A. — Véase la Nota E, párrafo 2º.

(3) Nota B. — Véase después la Nota E, párrafo 1º.

(4) Nota C. — Otros ejemplos de la misma especie preséntanse en las relaciones del derecho del Estado con el derecho autónomo y el derecho de la Iglesia.

nazas, el único y ni siquiera el más influyente entre los poderes que regulan el obrar humano; piénsese sólo en la religión, en la ética, en la costumbre, en las reglas del amor y belleza estética y, por último, en la ordenación de la conducta, todo lo que el egoísmo razonable del individuo por sí sólo sabe encontrar. Hasta qué punto el Estado interviene por medio de las leyes, hasta dónde los órdenes necesarios deben ceder a éstos otros poderes; he aquí precisamente la cuestión más importante que en general se plantea para toda política legislativa (5).

No, todo eso debe por ahora quedar a un lado. Quiero tan sólo hablar de aquellos casos en que la ley, dentro de la función que a sí propia se ha asignado, deja lagunas, esto es, de lagunas dentro del derecho y no de los límites que el orden jurídico mismo se impone. El hecho de que, incluso dentro de su territorio tan pequeño, inevitablemente surjan lagunas al aplicar el derecho está reconocido, aun cuando ello no sea agradable. Está reconocido; sólo en apariencia existen opiniones diversas. Si con arreglo a lo que acaba de decirse y sin desconocer su justicia, el Juez debe suplir toda laguna; y si aquello con lo que la laguna ha de ser suplida, necesariamente también ha de ser derecho, puede entonces decirse, y algunos lo dicen, que el derecho es un todo sin lagunas; sólo la ley tiene lagunas. Manifiestamente aquí no hay más que una discrepancia de expresión; si uno se coloca en la situación anterior al momento de suplir las lagunas, si se piensa, por tanto, en el derecho tal como a primera vista se nos ofrece, se dirá que tiene lagunas; por el contrario, si se coloca uno en el momento después de haber suplido las lagunas, es decir, si se pien-

(5) Nota D. — Sobre estos tres grupos de casos que aquí se mencionan, véase más adelante la Nota M.

sa en el resultado obtenido, se negarán las lagunas (6). Aceptando, por lo pronto, el giro más prudente, podemos decir que el derecho, tal como a primera vista se nos manifiesta, o más brevemente, la ley, se dice que tiene lagunas. Y como explicación de éste hecho desagradable, siempre se podrán alegar, aunque sea con un pequeño suspiro de renunciación, la pobreza del pensamiento teórico frente a la riqueza de la realidad; nunca se conseguirá comprender en los limitados artículos de

(6) Nota E. — La afirmación de que en el derecho no existen lagunas, se manifiesta en la bibliografía en dos sentidos muy diversos:

(a) Entre los escritores que tratan de la existencia de las lagunas, casi todos se ocupan tan sólo de la cuestión que en el texto se discute, e interpretan la regla que niega la existencia de las mismas en el derecho, únicamente en el sentido de que el derecho, como un todo, no tiene lagunas, mientras que la ley aislada puede tenerlas. Fundamentan su razonamiento principalmente en el hecho de que siempre deberá encontrarse una decisión; como esta decisión, pues proviene directamente del derecho y ese derecho debe ya existir en alguna parte, no hay entonces para qué hablar de lagunas. A eso, y sólo a eso, responde la observación que en el texto se hace. Con razón dice por lo demás JELLINECK, *Teoría General del Estado* (Trad. española de F. de los Ríos, tomo I, página 452), que tal supuesto en todo caso "sólo vale para aquella parte del orden del derecho en que corresponde al Juez decidir finalmente de los casos particulares, pero no allí donde el hablar de un fallo judicial no sea posible. Más con frecuencia suele adoptarse otro fundamento, según el cual el complemento de las leyes llenas de lagunas no puede realizarse con ideas que se toman de cualquier parte, sino que tienen que resultar, con necesidad lógica, de las mismas reglas de derecho existentes, de modo que la ordenación jurídica haya de considerarse como un todo unitario y, por lo tanto, exento de lagunas. Esta idea de la "unidad lógica del derecho, esto es, la idea de que para cada laguna aparente existen en el orden jurídico preceptos de derecho *latente*, pero objetivamente definidos, y que por eso la pretendida laguna del derecho sólo es una laguna en el conocimiento del derecho, aparece ya en *Ihering*, aun cuando no

un Código, la abundancia inagotable de la vida real, con todas las cuestiones jurídicas que ofrece; siempre surgen en la vida, casos nuevos que ningún legislador hubiera podido prever. Y en estos casos, la actividad jurídica tiene, después, precisamente que hacer uso de la analogía. Para mayor claridad de lo dicho, citaré algunos ejemplos en los cuales la doctrina actual, sin duda, hablará de lagunas.

Nuestro Código de Comercio anterior, como también

muy clara, en el *Geist (Espíritu del Derecho romano actual)*, tomo I, párrafo 3 (Nota 3), págs. 31 y siguientes, y en tomo II, párrafo 2 (Nota 2), pág. 337 y siguientes; más clara en sus *Jahrbüchern (Anuarios)*, tomo I, página 16; posteriormente en BRUNS, *Enciclopedia de von Holtzendorff, Das heutige römische Recht (El Derecho romano actual)*, párrafo 9; véase después BINDING, *Handbuch des Strafrechts (Manual de Derecho Penal)*, tomo I, pág. 214; REGELSBERGER, *Pandectas*, tomo I, párrafo 38; ZERNIK, *Begriff und Voraussetzungen der extensiven Auslegung und der Analogie (Concepto y supuestos de la interpretación extensiva y de la analogía)*, disertación, Greifswald, 1895, pág. 34 y siguientes; AFFOLTER, *Archiv für öffentliches Recht*, tomo XII (1896), pág. 23-43, especialmente a pág. 31 (Este escritor parte del supuesto de que debe buscarse la voluntad presunta del legislador, aun cuando él no se refiera ordinariamente como voluntad presunta a una voluntad efectiva, cuya preexistencia pueda ser probada, sino a una voluntad efectiva, seguramente no ha llegado a existir, pero la cual, como es de presumir, hubiera existido si...). La más profunda y penetrante es la teoría de la unidad lógica del derecho, recomendada y tratada por BERGBOHN, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie (Jurisprudencia y Filosofía del Derecho)*, tomo I (1892), págs. 372 y siguientes; de los escritores de derecho público cita como partidarios de sus doctrinas a L. v. RONNE, LABAND, H. A. ZACHARIEAE y BORNHAK; considérase también en esta corriente, por lo menos "en aquellas partes del orden jurídico en las cuales corresponde al Juez la última decisión del caso aislado", JELLINECK, obra y lugar antes citados, mientras el mismo autor la rechaza por completo en todo lo demás (véase más arriba); la combate enérgicamente JUNG, *Von der "logischen Geschlossenheit" des Rechts*

el actual, establecía y con razón, reglas diversas para la conclusión de contratos, según se celebraren entre ausentes o entre presentes; especialmente se considera como rechazada la propuesta de contrato entre presentes de no haber aceptación inmediata, mientras que entre ausentes se concede un cierto plazo. Ahora bien: aparece el teléfono y el primitivo Código de Comercio no había podido pensar en un caso semejante; era, por

(De la unidad lógica del derecho), en el *Giefssener Festgabe für Dernburg*, 1900; contra BERGBOHN también KIPP en *Windscheid*, Pandectas, tomo I, párrafo 23, nota 1; b; si bien este escritor apenas se separa de BERGBOHM en la idea fundamental referente a la forma como deben suplirse las lagunas (compárese Nota M., párrafo 1). BERGBOHM, por lo demás, mantiene su doctrina de que el derecho es en sí un todo cerrado sin lagunas, tan sólo cuando se trata del espacio ocupado por el derecho, esto es, para el espacio que ocupan aquellos hechos que el derecho positivo ha sometido fundamentalmente a su reglamentación: otra cosa ocurre allí donde el derecho positivo se niega a dar una reglamentación jurídica: entonces no existe ninguna laguna; precisamente, porque el derecho no desea tener nada que ver con esos grupos de hechos; más bien diríamos que son "espacios vacíos de derecho" (véase más adelante Nota M.).

(b) En un sentido completamente distinto opinaba BRINZ al escribir en sus *Pandectas* (Segunda edi.), tomo I, página 129 (1873); "lagunas que deban suplirse según la analogía, no existen en el derecho"; pues el remitir al lector a sus observaciones a la obra de ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen* (Sobre la teoría de las fuentes del Derecho) en la *Kritischen Vierteljahrsschrift*, XV, página 164 (1873), donde dice: considerado de cerca debe negarse que haya lagunas en el derecho; el *horro vacui* que el autor (ADICKES) profesa, ya antes que él lo tenía el derecho mismo; no existe ningún espacio sin derecho en el derecho; si para éste o aquel caso no está todavía establecida ninguna *actio*, ninguna *exceptio* ningún derecho hereditario, ninguna demanda judicial, ninguna absolución, consiste ello en que donde el autor (y con él indudablemente la mayor parte de los autores) percibe una laguna en el derecho, existe sólo una laguna por parte del que busca el

consiguiente, una laguna; y se le suplió considerando la propuesta de un contrato entre dos personas por medio del teléfono, análoga a la que se hace entre presentes. Así lo ha determinado ahora expresamente el Código Civil (7).

Un ejemplo de Derecho Penal: el administrador desderecho; es a él a quien le falta la condición que el derecho ha establecido para el caso de la *action* o de la *exceptio*". Más si apenas si ha prendido este relámpago mental tan importante; lo recoge, pero no la desarrolla realmente ZRODLOWSKI, *Das romische Privatrecht (El Derecho privado romano)*, tomo I, pág. 10, (1877); y también, a mi parecer, Stammler (*Archiv für die civil, Praxis*, tomo 69; páginas 33 y siguientes; aunque también aquí juega la primera serie de ideas, según descubren las citas de su nota 68; lo propio ocurre con Erlich, *Über Lücken im Rechte (Sobre las lagunas en el Derecho)*, en las *Burianas Juristischen Blattern*, tomo XVII, núm. 38, págs. 447 y siguientes, 1888, (Las adiciones de Erlich, muy dignas de leerse, se refieren principalmente a la otra cuestión, la relativa a cómo deben suplirse las lagunas. Con injusticia las ha pasado en silencio la bibliografía posterior, incluso Géný, *Methode d'interpretation*, 1889). Stammler y Erlich sostienen, por tanto, en consecuencia, que las supuestas lagunas son sólo de *lege ferenda*. La formulación que Erlich da de pasada (página 148) es para uno de los grupos de casos de lagunas realmente excelente. Consúltense también las sentencias del Tribunal del Imperio en *Civilsachen VII*, pág. 64, *Ergänzung und Anderung des Gesetzes (Complementación y modificación de la ley)*. La mayor parte de las veces la observación de Brinz se ha interpretado mal, entendiéndola en favor de la teoría primera que considera el derecho como un todo lógicamente unido; véase, por ejemplo, Bergbohn, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie (Jurisprudencia y Filosofía del Derecho)*, pág. 374. El que busca el derecho (*rechtsuchende*) en el sentido que lo da Brinz, es la parte interesada en el pleito, no el que busca respuestas a una cuestión teórica.

(7) Nota F. Código Civil, artículo 147. Esta regulación referente a la propuesta de contrato, ha de extenderse por su parte, análogamente, a otras declaraciones de voluntad hechas por teléfono. Sobre ello, véase Jung, ob. cit., pág. 10 y siguientes.

pedido de una finca, induce a un criado para que prenda fuego al granero del dueño que lo ha despedido; el criado había ya producido el incendio, pero antes de descubrirse las llamas y de que se siguieran causando más daños, el administrador, impulsado por el miedo y el arrepentimiento, había apagado por sí mismo el fuego; un caso del llamado arrepentimiento diligente (*tätigen Reue*). Nuestro Código Penal, que deja sin castigo al autor material que así se comporta, olvida el caso en que el instigador (quien además, está amenazando con el presidio) manifiesta el arrepentimiento diligente. Esta laguna, nuestra jurisprudencia la suple haciendo extensivas al instigador las reglas que rigen para el autor.

En forma distinta se suplen las lagunas tratándose del caso siguiente: permite, nuestro Código Civil, la realización de actos jurídicos bajo una determinada condición, esto es, dependiendo de un cierto hecho; así, por ejemplo, cualquiera persona puede comprar una casa en Bonn, sujetando la compra a la condición de que tengan éxito las gestiones que realiza para venir destinado a esta ciudad. Pues bien, un casero escribe puntualmente el 1º de octubre una carta a un inquilino notificándole que para el 1º de enero debe dejar el cuarto, aún cuando sólo en el caso y bajo la condición de que el hijo político del dueño sea trasladado a Bonn, como se está gestionando, puesto que desea tener a su yerno cerca de sí. Se trataba, pues, de la validez de la notificación, y se resolvió, ante el silencio del Código Civil, sobre si la notificación de despido al inquilino puede hacerse bajo condición, que había que pronunciarse por la invalidez, ya que el aviso tiende a dejar un plazo al inquilino a fin de que pueda ocuparse en buscar otra habitación, y con una simple notificación condicional no sabe el inquilino a qué atenerse: resolución ciertamente sabia y equitativa.

Menos puede defenderse la siguiente decisión: cons-

tituye una de las fundamentales doctrinas de nuestro derecho, aquella según la cual, todos los daños que uno sufre sólo uno mismo los soporta, y únicamente en el caso de que otra persona, de intento o por negligencia se los cause, debe ésta repararlos. Si alguno va a un concierto o un restaurant y un ladrón le roba y escapa, no puede el robado hacer responsable al dueño del restaurant o al organizador del concierto; ninguno de éstos tiene culpa en el robo. Pero en esta materia nos encontramos con que hace quizás dos mil años, en Roma, se estableció el que los dueños de las fondas, respondiesen ante los huéspedes, aun cuando fueran completamente inocentes, de todos los daños sufridos en todos los efectos que llevaren éstos consigo. Las modernas legislaciones, incluso nuestro Código Civil, han conservado tal regla como cosa indiscutible. Supongamos sin embargo, que roban durante el trayecto a un viajero del coche-cama. El Pretor romano, verosíblemente no pensó en los coches-camas del ferrocarril, y tampoco dicen nada las leyes modernas sobre este caso; ¿cómo se suple ésta que llamaremos laguna? Muchos Tribunales y escritores han declarado sobre el particular, que la analogía, con la responsabilidad del dueño de un hotel, hay que aplicarla en este caso; la Sociedad de Coches-camas debe responder en la misma forma que el dueño del hotel, y el coche-cama debe considerarse como un hotel que se mueve sobre ruedas. Otros rechazan esta analogía (8) y yo mismo les daría la razón.

Otro ejemplo. Entre los problemas más importantes del Derecho Comercial, encontramos el relativo al riesgo: si la cosa vendida, después de la venta, pero antes de la entrega, por un simple accidente perece, ¿debe sin embargo el comprador abonar luego el precio corriendo

(8) Nota G. — A Langen, *Die privatrechtliche Stellung der Wirte* (*La situación de los fondistas en derecho privado*), pág. 6, Nota 12, 1902.

con el riesgo? Nuestro Código Civil dispone que el riesgo es del comprador tan sólo desde la entrega; únicamente cuando éste hace que le envíen la mercancía desde otro lugar, le corresponde el riesgo en el envío, es decir, que tiene que soportar el peligro durante el traslado. Pues bien; una persona cualquiera, compra aquí, en la ciudad, un espejo y manda que lo envíen desde Bonn Norte a su casa en Bonn Sur; en el camino el espejo se rompe, sin culpa del que lo lleva, quizás por una piedra que lanzó un chico, el cual desaparece sin que se le pueda ver; ¿quién soporta en este caso el riesgo? La ley no trata el caso de un envío dentro de una ciudad. En el caso de un envío desde Bonn Sur a Godesberg (pueblo de las cercanías de Bonn), el riesgo sería de cuenta del comprador. ¿Es que no debe soportarlo también tratándose de una extensión de camino, quizás tan largo, dentro de Bonn? Sin embargo, la opinión de los escritores no es la misma; el Tribunal Supremo Hanseático de Hamburgo, se ha declarado recientemente por la analogía y hace pesar el riesgo sobre el comprador (9); yo mismo participo de esta decisión.

En otro sentido muy diferente nos interesa un último ejemplo. El Derecho Romano, que rigió en Alemania hasta 1900, concedía al propietario en caso de daño sufrido en alguna cosa de su pertenencia, un determinado derecho a exigir del autor del daño reparación del perjuicio. Ahora bien, tomen ustedes el ejemplo siguiente: en un viaje por mar, una persona cualquiera, desea escanciar vino en una copa; otra, intencionadamente, le tropieza en forma tal, que la copa cae al suelo y se rom-

(9) Nota H. — Soergel, *Rechtsprechung*, 1900-01, del Código Civil, Artículo 447. Una analogía más amplia: el Artículo 447 ha de aplicarse también por analogía cuando corre de cuenta del propio vendedor el envío. En este sentido con acierto, COSACK, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (Tratado de Derecho Civil)*, 3ª ed. t. I, pág. 417.

pe; perjuicio indudable. ¿Pero qué sucede —pregunta el jurista romano— si la copa dulcemente rueda al agua? Suponiendo siempre, claro es, la intención del autor. El propietario se queda sin copa, pero ésta permanece intacta. Tal vez en el momento mismo la ha pescado un melénudo Tritón y se la ha ofrendado como obsequio a su más ardiente y secretamente amada Nereida. El caso es que la copa no está ni rota ni estropeada y por ello el primitivo Derecho Romano se resistió a admitir la consecuencia de la indemnización; pero se ha reputado que esto era una laguna y se suplió más tarde considerando por analogía el hecho como un daño efectivo causado en la cosa.

Empero este último ejemplo provoca en nosotros reflexiones, llevándose a nuevas series de ideas cuando lo consideramos desde el punto de vista penal. El Código Penal amenaza con castigo a aquel que intencionadamente daña o destruye una cosa ajena. Pero al formular este precepto, quizás no se pensó en aquéllos otros casos, en que se hace desaparecer la cosa sin destruirla; también existe, pues, aquí laguna. Es un principio, por todos reconocido, el de que el Juez no puede castigar, sino aquello que la ley con anterioridad hubiere establecido; aquí, pues, la analogía está excluida. De donde necesariamente se saca esta consecuencia: en el caso de que la copa se hunda en el mar sin romperse, el autor, por daño en la cosa, no puede ser castigado (10). Semblante decisión suele generalmente, entre los no juristas, provocar fuertes meneos de cabeza: les parece puramente formalista y producida tan sólo por una jurisprudencia atada a la letra de la ley. Un viejo y estima-

(10) Nota I. — Igualmente había que juzgar en el caso de que tanto se habló de la sustracción de energía eléctrica. Es sabido que mientras tanto se ha dictado una ley especial respecto al asunto.

do jurista(11), que también reprueba vivamente la no aplicación de la analogía, cita como ejemplo desalentador el de que en Inglaterra, donde no está permitida la analogía, podría un hombre, ya que la ley inglesa sólo prohíbe el matrimonio con dos mujeres —así dice indignado el autor— “casarse con tres mujeres sin incurrir en penalidad”. Ahora bien, por mi parte, ni comparto esta solución ni el hecho en sí. Por lo demás, en esa ley basta con acudir a la interpretación, sin que haga falta para nada la analogía. Sin embargo, en lo que al ejemplo de la copa se refiere, deseo rápidamente añadir unas palabras de aclaración. Nadie dudará entre nosotros, que la forma como una cosa, un objeto desaparece, merece con justicia tanto castigo como la destrucción. ¿Pero es que debemos considerar como tan malo y pernicioso el que alguna vez pueda permanecer una persona sin castigo, mereciendo la pena? Más de uno se pasea rodeado de honores y dignidades, al que no deseo ni tampoco estrechar la mano como hermano y amigo, pues más bien parece que su imagen corresponde a un álbum de criminales. Piensen ustedes tan sólo en tiempos de agitación política y fácilmente podrán representarse cuantos abusos serían estimulados si los tribunales, además de los casos penados por la ley, pudieran imaginarse nuevas figuras de delito fundadas en la analogía. La regla que excluye la analogía en la imposición de penas, es un arma de protección de nuestra libertad civil; debemos mantenerla aún cuando en alguna ocasión nos conduzca a un resultado que no nos satisfaga (12).

(11) Nota J. — Bielitz. *Nachtrage zum praktischen Kommentar über das allgemeine Landrecht.* (Adiciones al comentario práctico sobre el derecho local general.) Cuaderno II, página 28 (1832).

(12) Nota K. — En cuanto al fundamento de la exclusión de la analogía en el aspecto penal y contra esta misma exclu-

Pero sea lo que fuere, es indudable de todos modos esta regla positiva; la jurisprudencia criminal no puede aplicar la analogía en aquel caso, ni puede, por tanto, castigar al autor si se presenta acusación contra él. ¿Y cómo ocurre ésto? Se dice que hay aquí una laguna y que el Juez, no pudiendo suplirla, por analogía, ha de reconocer sin dificultad que el acto no es punible y absolver, por tanto, al autor. Si embargo, el sistema jurídico ofrece al Juez medios de fallar y no puede admitirse en este caso, que haya una laguna real y positiva. Y lo mismo sucede con la cuestión jurídico-civil relativa a la indemnización y permanece dentro de la ley, la cual precisamente no ha previsto en aquel caso un deber de indemnización.

La situación del asunto es, pues, la siguiente, para expresarla con una imagen; todo un mar inmenso y ondulante de hechos posibles, en el cual surgen a manera de islas algunos hechos a los que la ley ha ligado el nacimiento de un deber de indemnización o de un derecho del Estado a castigar, o bien, la adquisición de propiedad o cualquier otra consecuencia jurídica. En cuanto no hay isla, por doquiera permanece el mar libre. O sin usar de esta imagen: en tanto el orden jurídico no ha ligado a un cierto hecho esa consecuencia jurídica determinada, no puede ella admitirse; sólo el orden jurídico podría conceder al hecho la fuerza para producir esa consecuencia. No es lícito, en efecto, que se diga que para cada uno de esos casos, a los cuales la ley ha dejado sin acción, existe una regla propia jurídica cuyo contenido sea: "tal hecho no produce por sí mismo, propiedad alguna, deber alguno, derecho alguno a castigar". Es cierto que existen reglas aisladas, que de manera expresa sientan estas negaciones; pero tampoco son

sión, consúltese Binding, *Handbuch des Strafrechts* (Manual de Derecho Penal), tomo I, página 17 y siguientes.

necesarias tales reglas, porque el punto de partida ha de ser siempre, a nuestro juicio, el siguiente: que no se producen efectos jurídicos cuando concretamente no se establecieron, muy en especial en lo que hace referencia a la obligación de indemnizar o a la acción punitiva; por fortuna y a pesar de que los Códigos Penales van siempre aumentando las figuras de delito, no necesitamos todavía resignarnos a la concepción pesimista según la que se castigará a uno por todo lo que hace, como no sea que por excepción esté establecido que nos absuelvan. Es decir, para que existan efectos jurídicos, hace falta una regla jurídica que los establezca; para impedir tales efectos no hace falta regla alguna. Aunque no se diga pues, que existe en el sentido propio de la palabra un precepto jurídico concreto en el que se establezca, por ejemplo, que "son lícitas todas las acciones mientras no se haya dispuesto lo contrario", sin embargo, ello está implícito en el orden jurídico, y con arreglo a esta explicación, no hay que temer una mala interpretación si afirmamos que en el fondo de todas las reglas de derechos especiales que sancionan un acto con la pena o con un deber de indemnización o con cualquier otra consecuencia jurídica, encontramos siempre la regla general negativa que por sí misma se sobreentiende, sin necesidad de expresarla, y según la cual, con excepción de los casos especiales aludidos, todos los actos están libres de castigo e indemnización, viniendo por ello la regla positiva que ordena el uno o establece la otra a ser, en este sentido, una excepción de la regla general fundamental negativa a que se acaba de aludir. Y de aquí se deduce que si falta una semejante excepción positiva, desde un punto de vista crítico podría afirmar la persona que desee la excepción, que existe laguna; pero en cuanto a la aplicación del derecho no hay laguna, puesto que el Juez puede siempre reconocer, aplicando aquella regla general negativa, que el efecto ju-

rídico apetecido no está previsto por la ley, y que, por tanto, no ha surgido ni el derecho a la pena, ni el deber a la indemnización. Si el Juez quiere, sin embargo, aplicar en un caso dado la indemnización de daños, porque lo considera justo, en realidad entonces no suple una laguna, sino que modifica para este caso aquella regla general negativa, transformándola en su contraria, es decir, que el Juez por sí mismo, crea una nueva excepción. Prescindiendo de la esfera legal puede hacerlo, y le será más fácil lograrlo cuando esté ya establecida la obligación de indemnizar para casos emparentados con aquel de que se trate; por analogía hará aquí extensivo el precepto. Aplicando nuevamente la imagen anterior, diremos que donde ya hubo tierra, es más fácil añadir más tierra. La firme situación actual del derecho positivo, se ha formado con frecuencia de esta manera: por "arribadas".

Todavía en una forma más enérgica muéstrase todo esto en los otros ejemplos citados; por todas partes encontramos aquí, en lugar de las pretendidas lagunas, reglas de derecho, incluso formuladas de una manera expresa, sean ellas de contenido afirmativo o negativo, las cuales el Juez podría aplicar y con las que podría decidir completamente el caso concreto, si bien se trata de reglas de derecho que tiene por impropias e inadecuadas y por lo cual no quiere aplicarlas; no suple ninguna laguna, sino que corrige el derecho existente en cuanto para determinados casos hace una excepción de aquella regla.

En el caso del coche-cama es sin duda aplicable el precepto jurídico general, según el que cada cual responde tan sólo del daño ocasionado por su propia culpa y no del producido en otra forma: la excepción relativa a la fonda, no es aplicable en este caso, pues un coche-cama no es un hotel. Y si se considera justo establecer respecto del coche-cama, como del hotel, una excepción

de la norma jurídica general, lo que en realidad se quiere entonces es modificar dicha norma general.

Caso del crimen del incendiario: la norma jurídica general reza: el autor será castigado tan pronto la consumación del hecho haya tenido lugar, y es indiferente que pueda después reparar o no las consecuencias del hecho; a un ladrón se le castiga aun cuando haya devuelto el objeto robado. Esta norma general adáptase también en absoluto al incendiario y al que le haya inducido; una verdadera laguna no existe por tanto. Sólo que como para el autor material existe una excepción, a la regla se considera justo quebrantarla una segunda vez en favor del instigador.

Igual ocurre con el ejemplo del aviso del desahucio. Si se acepta la norma general en virtud de la que todo acto jurídico puede ser estipulado con condición, nos encontraremos que el aviso es un acto jurídico; la solución aplicable está clara: una vez más, se desea, no el suplir una laguna, sino crear una excepción a esa norma general.

Y, finalmente, en la compra del espejo: el Código formula de una manera taxativa el precepto según el cual el vendedor soporta el riesgo hasta la entrega de la cosa; esta regla adáptase también por completo al caso del envío dentro de una población, y no se trata de suplir una laguna, sino de modificar la regla general para este caso concreto.

El caso más claro y más terminante en la modificación del derecho, se aprecia en el ejemplo del teléfono. Existe aquí una regla positiva, a saber, la regla según la que los contratos entre ausentes han de estipularse en tal y tal forma. No cabe la menor duda que los contratos por teléfono se realizan entre ausentes; ¡el berlinés en Berlín, con el cual yo trato telefónicamente desde Bonn, está en Berlín y no en Bonn! En manera alguna puede pues, decirse que exista una laguna; pero

es evidente que se encuentra impropia la regla general relativa a conclusión de contratos entre ausentes justamente para este caso especial concreto, y se desearía olvidar para el mismo, la regulación jurídica de contratación entre ausentes; y no sólo esto, sino que se querría al mismo tiempo aplicar también otras reglas positivas que la ley reconoce para otros casos, estos es, las reglas vigentes sobre contratación entre presentes. Que se quiere introducir un cambio y no suplir una laguna, está claro a la luz del día.

Y una vez más encontramos el mismo extraño resultado que vimos en el caso de la indemnización por daños: ¡el Juez, para resolver el que tiene planteado, puede modificar incluso los preceptos jurídicos positivos! Es natural que no pueda arbitrariamente dejar sin aplicación una regla que considera injusta, reemplazándola por cualquier otra; hasta ahí no llega su poder; para esto, sería necesario propiamente un acto legislativo. Trátase más bien, como ya en los ejemplos aislados he señalado y aquí ocurre lo mismo, de que para casos pendientes de su resolución establece una excepción de la regla general de derecho existente; se juzga que para esos casos, debería la ley haber hecho una excepción; y se juzga así, fundándose en lo que se considera como finalidad de la regla general. No doy una explicación más detallada de este difícil concepto, sino que me limito a decir lo siguiente para aclaración de los no juristas: se figura uno a un individuo normal como legislador; se admite que este legislador, bien, apoyándose en una inducción naturalmente incompleta, bien, previendo de antemano lo característico de los casos en su concepto general, no en sus manifestaciones aisladas, ha dictado la regla general (13);

(13) Nota L. — Véase acerca de esto Zitelmau, *Zum Grenzstreit zwischen Reichs-und Landesrecht* (De la lucha de límites

pero si el mismo legislador hubiera tenido que regularlos, habría establecido para ellos una excepción a la regla.

De esta manera pónese en claro el por qué se habla de lagunas: la laguna consiste en eso, en que no esté establecida una excepción determinada para casos de esa especie. Pero naturalmente esta es una laguna, no en el sentido de que el caso no se encuentre comprendido en algún precepto legal, sino sólo una laguna en el sentido de que repugna la solución que da la ley. Y tanto más pronto se llegará a esta opinión, cuando ya exista establecida una excepción en favor de otros casos relacionados con el presente: la excepción vale entonces para extenderse por analogía y limitar, de esta suerte, la regla general que ya no tiene aplicación (14). Lejos, pues, de que la analogía, como suele enseñarse, se detenga ante las excepciones, por el contrario más bien es en ellas donde principalmente tiene lugar.

Por lo demás, una tal *corrección* del derecho, valiéndose de la analogía, es posible también en el Derecho Político, en el Derecho Constitucional y en el Derecho Administrativo y hasta en el Derecho Internacional; pero por razón de la propia naturaleza de estos derechos, que son de nueva formación, el reconocimiento

entre el Derecho local y el Derecho Imperial), págs. 28 y siguientes; respecto a *el fin de la ley y el legislador normal*, véase *ibidem*, págs. 33 y siguientes.

(14) Nota LL. — Hablar de una analogía *restrictiva* junto a otra *extensiva* entraña grave abuso, puesto que con esta contraposición se usan las palabras *restrictiva* y *extensiva* para dos objetos distintos. Se llama *extensiva* a la analogía porque amplía o extiende un precepto de carácter excepcional ya existente; y se le debería llamar *restrictiva* por cuanto restringe o limita la norma general, sentando excepciones a ella. Toda analogía, por consiguiente, es al mismo tiempo *restrictiva* y *extensiva*, careciendo, por tanto, de valor su diferenciación.

de aquel medio de modificar el derecho por analogía, tropezará con dificultades en todas las contiendas que no puedan resolverse por un procedimiento judicial preestablecido.

En resumen; en los casos en que generalmente se habla de lagunas, se trata en realidad de que falta en la ley, para determinados hechos, una regulación jurídica diferente de la norma general. Y cuando se habla de suplir lagunas, quiere con ello decirse que el Juez rompe aquella regla general para estos hechos especiales y les aplica un precepto jurídico nuevo, la mayoría de las veces desenvolviendo otras reglas especiales ya existentes. (15).

(15) Nota M. — Para hacer más diáfana la exposición se prescindió en el texto de todos aquellos casos "en que la ley deja fuera de su regulación esferas completas de hecho", y se distinguieron tales casos en tres grupos. Ahora vamos a recoger aquellos casos para ver hasta qué punto puede hablarse en ellos de lagunas.

1) Forman un todo por si los casos del primer grupo en que la ley abandona la regulación jurídica de determinadas esferas de actividad por existir para ellas otra fuente creadora de derecho. Aquí no puede hablarse de que exista en ningún sentido una laguna de la ordenación jurídica más que si se individualiza cada ordenación jurídica concreta atendiendo a su origen, atendiendo al sujeto del poder legislativo; pero, en cambio, si bajo el nombre de ordenación jurídica se entiende el conjunto de las normas de derecho en que un mismo y determinado país rigen, naturalmente que no cabe aquí hablar de lagunas. La referencia que a estos casos hace KIPP (en *Windscheid, Pandectas*, párrafo 23), no es, por tanto, apropiada para refutar la teoría de Bergbohn sobre la no existencia de lagunas en el derecho.

2) Donde el legislador ha dejado sin regular jurídicamente toda una esfera de actividad por considerar inaplicable tal regulación, en estos casos, que son los del grupo tercero citados en el texto, surge lo que Bergbohn llama el "espacio vacío de derecho". (Véase Nota E). Con la expresión "espacio vacío de derecho" se designa, por tanto, algo real y positivo, aunque sea

Pero me remuerde ahora la conciencia y debo corregir una expresión que he empleado hasta el momento reiteradamente y por motivos de brevedad. El juez, he dicho, altera el derecho vigente algunas veces para casos que tiene que decidir. ¿En qué sentido se entiende esto? Cuando el Juez, bien por analogía o en otra forma cualquiera, encuentra, inventa y aplica al caso una nueva regla, ¿crea con esto realmente derecho nuevo? Óyese con frecuencia decir tal, pero es inexacto. El Juez

discutible si el concepto no resulta demasiado indeterminado para poderlo aplicar prácticamente con provecho. Tal indeterminación se presenta en dos aspectos.

De una parte no es posible separar el "espacio vacío del derecho" de aquella esfera de hechos con respecto a los cuales el legislador, deliberadamente, ha rehuído conceder una determinada eficacia. Cuando el Código Civil, en su Art. 105, dice que es nula la declaración de voluntad de un incapaz, ¿quiere con ello colocar estas manifestaciones de voluntad en el "espacio vacío de derecho", o lo que quiere más bien, es regularlas mediante un precepto de contenido negativo? En tal sentido no tendría transcendencia el concepto de "espacio vacío de derecho" más que si se considerara incluido en él todo hecho al cual no se hubiere atribuido un determinado efecto positivo; pero entonces el concepto abrazaría una extensión tan gigantesca, que resultaría completamente sin valor.

Por otra parte, hay que recordar que un solo y mismo hecho puede estar regulado positivamente por una rama de preceptos jurídicos, y no haberlo sido por otra rama distinta: un acto puede, por ejemplo, entrañar derecho a indemnización en el aspecto civil, sin que en absoluto se haya ocupado de tal acto el legislador penal, dejándolo, por tanto, exento de responsabilidades jurídicas; tendríamos entonces que dicho acto correspondía en Derecho civil al "espacio jurídicamente regulado", y en Derecho penal al "espacio jurídicamente vacío", es decir, que, finalmente, habríamos de admitir tantas clases de "espacios" como ramas de reglas jurídicas hay, con lo cual, en una palabra, llegaríamos al caos.

De todas suertes, me parece que no existe, prácticamente, diferencia alguna, por lo que a la teoría de las lagunas se refiere, entre el espacio vacío de derecho en el sentido de Bergbohn,

no puede ni quiere crear nuevo derecho; tan sólo busca una decisión para un caso concreto. Si no es derecho nuevo lo que crea, ¿aplica entonces derecho que no es derecho? También es imposible, ya que por su juramento está obligado a decidir, según el derecho existente. Dicta, pues, también su fallo en cada caso de analogía con la pretensión de que responde al derecho existente, al derecho que el Juez, por un proceso mental, ha reconocido. O, expresándolo en otra forma: la actividad

y aquellos casos en que la doctrina dominante habla de lagunas aisladas. Una laguna en el sentido de que el Juez no pueda fallar, no existe, puesto que si el Juez se encuentra con que la ordenación jurídica no ha atribuido al hecho más determinados efectos, ya tiene ahí el Juez una posible decisión que es la de negar dichos efectos. Que no quiere esto; que quiere el Juez en este caso, y por analogía con un precepto positivo, establecer un efecto positivo también; entonces lo que hace el Juez es modificar la regla negativa de carácter general. Es evidente que la línea divisoria entre el "espacio jurídicamente vacío" y el "espacio jurídicamente regulado" se moverá de acá para allá, constantemente, sea por obra de la jurisprudencia, sea por obra de la legislación (Bergbom ob. cit., pág. 377 y siguientes).

3) Finalmente, hubimos de distinguir también en el texto, aquellos casos en que la ley deja provisionalmente sin ordenación jurídica toda una esfera de actividades por no sentirse todavía en condiciones de madurez suficiente para regularla. Ni Bergbom hablaría aquí de "espacio vacío de derecho", ni creo que debe hacerse; no es que el legislador quiera dejar por completo excluida de la regulación jurídica aquella esfera de actividad; lo que ocurre más bien es que el legislador espera que tal regulación se efectúe por la libre actividad supletoria de las lagunas llevada a cabo por una práctica apoyada en la ciencia del Derecho. Todo lo más cabría aquí hablar de un espacio interinamente vacío de derecho; pero aún ésto sería inexacto, puesto que en realidad la cosa se reduce a que para una determinada esfera de hechos falta una regulación jurídica también determinada, y consagrada especialmente a ellos y a sus particularidades, pero siendo siempre posible dictar una resolución jurídica con sólo sujetarse al derecho ya vigente, porque en el fondo, en último término, son siempre aplicables las normas generales de derecho;

del Juez descansa en la idea de que la regla que aplica era ya derecho (16).

Vamos a fijar esta idea. Desde luego, no es el Juez el único llamado a pronunciarse; cualquier individuo se puede encontrar en la situación de tener que buscar una respuesta jurídica y en seguida tendrá que recurrir igualmente a la analogía. De aquí se desprende que tiene que existir una regla jurídica universal que declare ser derecho el conjunto de preceptos jurídicos obtenidos por aquellas operaciones mentales; una regla jurídica, pues, del contenido siguiente: es derecho lo que la ley establece, con ciertas alteraciones (ampliaciones o limitaciones) que surgen por analogía, etc., etc.; de lo contrario, la nueva norma no sería derecho y toda deducción por analogía sería falsa. Una norma jurídica de tal especie fué, en efecto, formulada por el primer

así, por ejemplo, con respecto a una determinada clase de contratos no regulada jurídicamente de una manera especial, cabe aplicar las normas fundamentales de la contratación. Por consiguiente, se trata en estos casos de una laguna del género de las que hemos estudiado en el texto, y para suplir estas lagunas se procede también en la forma allí indicada.

(16) Nota N. — Sería, por consiguiente, inexacto decir que el Juez, al dictar un fallo por analogía, no *crea*, sino que *prepara* "derecho nuevo", como sostiene, por ejemplo, Brinz, *Kritische Vierteljahrschrift*, XV, pág. 165. Si la analogía es admisible, la norma nueva encontrada mediante ella es de antemano y plenamente derecho formado, perfecto (*vertigesrecht*), no simple derecho en formación. La circunstancia de que otro Juez o incluso el mismo, en un caso posterior e igual rechace la analogía, por no estimarla aplicable, y niegue, por tanto, la existencia del precepto análogo encontrado, no representa objeción alguna contra la tesis de que tal precepto sea ya de por sí derecho, puesto que también la interpretación que un tribunal dé a una norma de derecho escrita, puede abandonarla después otro tribunal o incluso el mismo. Por eso tampoco me parece acertado lo que KNITSCHKY sostiene en el *Archiv für offentliches Recht*, XIII, pág. 243, de que la disposición jurídica obtenida por analogía sea "meramente provisional".

proyecto de nuestro Código Civil; remitía a la analogía y a la decisión según el espíritu de la ley, aunque con la inexacta indicación, según hemos visto, de que se tratara de casos para los cuales la ley no contenía precepto alguno; después se suprimió esta indicación del proyecto de Código a causa de que era innecesario hacerla, y por eso, a pesar de la supresión, nada se ha cambiado. Muchas, entre las reglas más importantes, rigen como reglas jurídicas sin estar escritas, rigen como evidentes, y por eso debemos considerar también, como regla de derecho positivo alemán, la que permite aplicar la analogía, aunque no esté formulada expresamente; y se aplica en todo nuestro derecho, el público inclusive. Podríamos, sin embargo, muy bien pensar en un orden jurídico que prohibiera al Juez toda actividad de esta índole y que lo sujetase fuertemente al texto literal de la ley; en cierta medida una prohibición semejante existe en Alemania con el Derecho Penal; y que ello sea posible se explica de manera suficiente sólo con la concepción antes expuesta de lo que suele considerarse como laguna.

No obstante, esta es sólo la verdad a medias. Hay también lagunas auténticas, lagunas verdaderas en el sentido de que la ley permanece en general deudora de una respuesta, no posibilita una decisión cuando, por otra parte, fuera necesaria. El caso de estas lagunas verdaderas, es el siguiente: la ley nos presenta una regla positiva con arreglo a la cual, hay que resolver, pero dentro de ella nos deja un momento asilado sin determinar; dicho en otra forma: la voluntad expresada en la ley de que una relación jurídica suceda de una cierta manera es indudable; pero dentro de esos límites existen muchas posibilidades y la ley no dice nada sobre cuál de esas posibilidades es la que quiere. Podría nuevamente con ejemplos poner esto más claro.

En el año 80 se escapó el cajero de una sociedad co-

mercantil berlinesa con 150.000 marcos; la casa perjudicada había ofrecido por su captura un premio de 5.000 marcos. En la busca y captura del autor, que se consiguió finalmente en Kiel, participaron varias personas y entre ellas fué equitativamente repartida la suma prometida, siendo partícipes los empleados de policía de Kiel, los cuales por ello recibieron la suma de 500 marcos. Les pareció muy exígua esta parte y elevaron por ello una demanda contra la sociedad, exigiendo les pagasen el total de la suma. Los tribunales estaban en completa perplejidad. Según el Derecho Prusiano particular, que era aplicable, no cabía duda en cuanto a la obligación en que estaba la entidad perjudicada de pagar 5.000 marcos a los que tomaron parte en el descubrimiento y prisión del autor; pero la ley nada dice sobre si estos diversos participantes están autorizados a cobrarlos como un acreedor único, o bien por partes iguales o en otra forma cualquiera. Vean la laguna; es seguro que debe pagarse, lo inseguro es cómo debe repartirse. El Derecho Prusiano contenía, sin embargo, un precepto por virtud del cual, en caso de tener que resolver sobre atribución de premios en concursos, especialmente de índole científica o artística, habría que atenerse, para su adjudicación y distribución, al juicio de quien hubiera ofrecido el premio; el Tribunal Supremo aplicó esta disposición por analogía con nuestro caso: la captura de un criminal no es ciertamente una manifestación científica o artística; pero la laguna había que llenarla en armonía con aquel precepto.

O bien —un caso que alguna vez se presenta en reglamentos y que por eso me es conocido— la ley preceptúa una elección para un determinado asunto y deja sin explicar, en la forma de la elección o de averiguar quiénes son los elegidos, ciertos detalles. Existe aquí una laguna, lo mismo que si la ley concediere para un caso cualquiera, intereses legales y no diere indicación

alguna sobre el importe de dicho interés, si al 4 ó el 5 por 100.

Quizá la laguna más notoria de esta clase, la ofrece nuestra legislación, e igualmente la de otros países, en relación con el llamado Derecho Internacional privado. Un ejemplo aclarará más esto. Un inglés y un francés celebran en Amsterdam un contrato sobre prestación de un servicio y con motivo del cual, surge una disputa; por una causa cualquiera, el pleito plantéase ante un tribunal alemán, que vamos a partir del supuesto de que es competente, lo que equivale a que nuestra ley ordene al Juez alemán que falle el pleito (tal es la regla jurídica existente); pero no trae ni una sílaba sobre cuál es la ordenación jurídica que debe nuestro Juez aplicar para decidir el caso; ¿la inglesa o la francesa? ¿la holandesa o la alemana? Nuestra ley sólo dice que se aplique un orden jurídico, pero no indica cuál. He aquí la laguna, una laguna cuya supresión por lo demás constituye uno de los problemas más grandes, importantes y difíciles de toda la ciencia del derecho.

Más preséntase aquí una duda. ¿No iremos demasiado lejos al hablar en estos casos de lagunas? Cualquier ojeada sobre nuestra legislación enséñanos cómo en innumerables casos sólo determina en general el efecto jurídico, y deja al Juez, para cada caso aislado, tomar las decisiones de detalle, de matiz. Pensemos tan sólo en la llamada escala de penas: la ley, por ejemplo, castiga el robo común con prisión; pero como la pena de prisión puede durar desde una día hasta cinco años, existen, por consiguiente, 1.826 penas posible; ¿cuál debe elegir el Juez? O, por ejemplo, el Juez debe aplicar, en caso de lesiones y privación de libertad, una equitativa indemnización en dinero: ¿a cuánto debe alcanzar?; el Juez tiene que fijarlo. Y así siempre nuevas variantes, pues la ley no contiene, como con tanta frecuencia cree el no jurista, decisiones concretas de los casos, en forma tal

que redujeran el papel del Juez al de un autómatas —se coloca el caso y sale la decisión— sino que exige valoración independiente por parte del mismo. También en esto, y sin embargo, nadie habla de ello, tiene la ley una laguna. ¿En qué está la diferencia con las anteriormente tratadas?

A mi me parece que en esto; la ley dice aquí todo lo que en reglas generales puede decirse, y sólo deja una indeterminación con el fin de que el Juez tenga espacio en que desenvolverse para considerar en sus decisiones la peculiaridad de cada caso aislado, cada uno de los cuales en nada se parece al otro; así, por ejemplo, graduar la pena según las circunstancias individuales. Ahora bien, en aquellas lagunas reales y positivas faltan incluso las primeras reglas abstractas aplicables a casos semejantes, sin que sea preciso esperar, para notar la falta, al examen de las circunstancias particulares de cada caso concreto. La ley ha omitido esta reglamentación, bien por haberla olvidado, bien porque la ley misma no se considerara bastante madura para dar esa reglamentación en debida forma, como precisamente sucede en el Derecho Internacional privado, pero debiera de haberse formulado. La ley no quiere que resuelva el Juez, teniendo en cuenta circunstancias particulares del caso, la cuestión referente a quien entre los muchos participantes en el descubrimiento de un criminal corresponde recibir el premio, sino que quiere —esta fué por lo menos la opinión del Tribunal del Imperio— que el Juez en esa decisión siga una regla jurídica abstracta que regule estos casos, pero una regla jurídica que sólo el mismo Tribunal puede encontrar el caso de silencio de la ley (17).

(17) Nota O. — En todas las lagunas de esta clase, el Juez ha de proceder completando: la ley se lo ordena así, por cuanto ella sobre todo ordena que se le dé aplicación; en otro caso,

Y por eso también la situación del Juez en ambos casos es muy diferente. Donde tenga que atenerse a las circunstancias concretas del caso, se le deja plenamente libre arbitrio; y es jurídica toda resolución que adopte dentro de los límites que tiene trazados, sin que por lo demás, ni aun en el caso de ser poco equitativa, pueda dicha resolución (como digo para los juristas presentes) ser impugnada con el procedimiento jurídico de la apelación. Por el contrario, en el caso de la laguna el Juez, ante todo, y mediante operaciones mentales cualquiera, muy especialmente por deducciones de analogía, tiene que hallar las normas jurídicas que se echan de menos (18), y lo que puede ser objeto de duda es determinar si acierta al encontrarla; por consiguiente su fallo puede impugnarse en apelación fundándose en que no era el procedente en derecho el precepto análogo que se aplicó para suplir la laguna (19).

al Juez sólo le tocaría declarar la nulidad de la ley a causa de su indeterminación. Por lo demás, no pocas veces será dudoso el determinar si la ley prefiere que se busquen preceptos jurídicos supletorios de la laguna o que se dicte decisión por libre arbitrio; ello es un problema de interpretación.

(18) Nota P. — También aquí, de conformidad con lo dicho en otro lugar, hay que retener la idea de que el tribunal, al suplir las lagunas, no crea una nueva regla de derecho, sino que el precepto principal aplicado ya existía de antemano como tal norma jurídica (o bien por razón de analogía o teniendo en cuenta la "naturaleza de la cosa", o como quiera decirse) y lo que el Juez hace ahora es limitarse a investigarlo.

(19) Nota Q. — Una especie semejante de lagunas se nos aparece allí donde la ley emplea un concepto sin haberlo definido con claridad. También aquí la ley parte del supuesto de que tal concepto tiene un contenido fijo, aunque todavía por averiguar, así que el estimar que un caso está comprendido dentro de aquel concepto (*subsunción*) puede juzgarse, o como cosa conforme a derecho, o como cosa que lo contradiga. Acaso, y por haberse callado el sentido inmediato que se dá al concepto,

He citado como ejemplo de lagunas aquéllos en que al Juez le está mandado decidir de una manera positiva sobre un punto determinado, sin que la ordenación jurídica le indique una dirección respecto cómo debe decidir. Hállanse estos casos completamente al lado de otros con los cuales nos remontamos a la altura de sucesos de la Historia Universal; caso en los que el Juez ya no tiene que decidir, porque se trata de cuestiones internacionales o de derecho constitucional para que las que no hay Juez establecido. Jellineck (20) presenta

habremos de remitirnos a la formación del mismo en otra ciencia o al lenguaje corriente de la vida diaria, pero si fallan estas fuentes —téngase presente que son poquísimos los conceptos no dimanados de la jurisprudencia que se pueden comprender plenamente hasta el fin (apenas lo son más que los matemáticos) y que, por tanto, no den lugar a dudas en punto a la *subsunción* —entonces no se crea tampoco que el Juez puede fallar, según “libre arbitrio”, y sobre la base de que, sea cualquiera su fallo, ha de estimarse éste conforme con el derecho; más bien la idea que sirve de fundamento a nuestras leyes es siempre la de que existe un concepto definido y que el Juez no le toca sino desentrañarlo. Toda *subsunción*, por consiguiente, puede ser impugnada mediante el recurso de revisión.

Nos encontramos, pues, una vez más con una laguna de la ley en el sentido de que no hay la precisión suficiente. Una gran parte de nuestra Jurisprudencia se fatiga con la tarea de ir elaborando con mayor exactitud, el contenido de los conceptos; sirvan como ejemplo los de “ofensa”, “título”, “poder superior”, “explotación de ferrocarril”, etc. Y también, al proceder aplicando la analogía, actúa el jurista en este trabajo de demarcación íntima de los conceptos, trabajo que exigen de continuo los casos nuevos que la experiencia ofrece. Y todavía cree A. Forrel, lícito escribir en el *Zukunft* de Hardens, XI (octubre, 1902) que “el jurista carece de todo contacto con la vida y que le falta la comprensión, tanto para el procedimiento científico de la analogía, como para la inducción a la manera de las ciencias naturales, lenta y siempre dudosa, pero siempre en vías de perfeccionarse”... etc.

(20) Nota R. — JELLINECK: ob. cit., tomo I, pág. 453. Para la justificación del primer ejemplo compárense LEBON:

los dos siguientes que voy a utilizar como ejemplos: Vamos a suponer que en Francia ha dimitido el Ministerio, y vamos a suponer también que las Cámaras han agotado su mandato legislativo sin haber convocado todavía a nueva elección general; muere en esto el Presidente de la República y el Ministerio se niega a seguir dirigiendo los asuntos públicos. ¿Cómo es posible hacer una elección de Presidente? O bien, según el Ukase de 1722 de Pedro el Grande, el trono será provisto mediante nombramiento del sucesor por el Zar reinante; si muere el Zar ruso sin haber nombrado un sucesor, ¿cuál será el Zar de Rusia?

Que aquí se presentan lagunas es indudable; la ley con relación a la cuestión planteada, no da respuesta alguna, y sin embargo, hay que encontrarla, pues existe una regla más general que exige la respuesta positiva; la Constitución francesa exige que un Presidente sea elegido; la rusa exige la existencia de un Zar. Tales lagunas son peligrosísimas. Un Juez que decida y ponga término a esta situación de tirantez difícil, no existe; nos hallamos en el límite de los asuntos jurídicos, la jurisprudencia no ofrece ninguna respuesta más; y los hechos desnudos, las relaciones de poder, si el Estado no debe hundirse e invadirlo el caos, tienen que presentar una solución cualquiera, tienen que crear derecho allí donde antes no existía.

Pero de estos casos de especie catastrófica en que el Estado se encuentra ante el ser o no ser y en que va el poder, no antes del derecho, sino en vez del derecho, quiero apartarme y volver al terreno más modesto, aun cuando también extensísimo, de los casos que se plan-

El Derecho político de la República Francesa (en Marquardsens Handbuch des öff. Rechts. IV, I. parte 6ª, 1886), págs. 68 y 65 (Convocatoria a nuevas elecciones por Decreto del Presidente de la República), y BATBIE: Traité théorique et pratique (2ª edición, 1885), tomo III, página 7.

tean dentro del Estado reglamentado. Como resultado final, hemos llegado a la conclusión siguiente: son de dos especies los casos en que se habla de lagunas, diferencia que es imposible desconocer no bien se ha prestado sobre ella atención una sola vez; en los casos de la primera especie se trata más bien en realidad de correcciones; tan sólo en los de la segunda de suplir lagunas.

Y esta diferencia tiene valor práctico en una porción de aspectos; entiendo que para ambas especies de lagunas, no puede aplicarse el mismo trato en todas las relaciones. Hablar de ello ahora con mayor precisión, no me lo permite el poco tiempo de que dispongo y la dificultad del objeto; pero, sin embargo, a fin de no dejar yo mismo una laguna en esta conferencia sobre lagunas, voy por lo menos a tocar el punto principal; refiérese a la forma de la actividad y a la situación del Juez que tiene que fallar un caso en el cual se presenta el problema de una laguna en la ley y, por tanto, de la necesidad de suplir la misma. Hasta este momento no existe, sin duda, diferencia alguna; la actividad del jurista que intenta corregir o completar la ley, no es jamás una actividad puramente lógica, cuya exactitud o falsedad pudiera demostrarse; las operaciones mentales por las que el Juez llega a sus conclusiones, descansan más bien en su mayor parte en valoraciones y apreciaciones; en impresiones y concepciones de un colorido subjetivo, las cuales, por la ley misma y únicamente por ella, no se dejan justificar; y la que los juristas llaman decisión por analogía es, en efecto, muy semejante a lo que así llama la lógica, pero siendo de ella, no obstante, específicamente diferente(21). Subsiste aquí, no se puede

(21) Nota S. — De la bibliografía reciente sobre esta cuestión, merecen citarse sobre todo, aparte de los estudios indicados en la Nota E de ERLICH y de JUNG, así como la gran obra también mencionada de GENY, el valioso discurso rectoral de G. Rümelin: *Werturteile und Willensentscheidungen* (Juicios de va-

negar, una diferencia entre ambas especies de lagunas. Con las de la primera, necesariamente se encuentra más ligado el jurista que con las de la segunda. No tiene en absoluto, con relación a estas segundas, para qué considerar su deseo de completarlas o no, puesto que su obligación es suplirlas, ya que de otro modo no podría en resumidas cuentas dar una decisión a que sin embargo está obligado, y tiene que hacerlo, aun cuando incluso de la ley misma no se pueda inferir una orientación; en los casos de la primera especie, por el contrario, le será mucho más difícil decidirse por una variación, pues se trata para él, además, de tener ante todo que destruir una cosa existente sin haber creado previamente una nueva, y puede, si le suscita dudas la modificación de la ley que va a realizar, mantenerse en la actitud de la aplicación de la ley existente sin reformarla. En aquellos casos *tiene* que ser creador; en estos, simplemente *puede* serlo.

Me contento, sin embargo, con esta indicación y voy a terminar. También en esta labor de suplir las lagunas que ha de realizar el jurista, puede éste preparar la solución del caso, bien de una manera inmediata, como práctico, o bien reflexivamente, como teórico; muéstrase aquí de nuevo el peculiar elemento artístico propio de toda jurisprudencia. En toda verdadera actividad de jurista, en el trabajo del legislador, como en el tratamiento práctico de los casos reales (y toda ciencia del derecho, por su parte, o es prestación de ayuda y preparación para estas actividades, o deja de ser jurisprudencia).

loración y declaraciones de voluntad), Freiburg, 1891; y también BEKKER: *Scherz und Ernst (En broma y en serio)*, págs. 88 y siguientes, 105 y siguientes, 147 y siguientes. Sobre la analogía en el sentido lógico, véase el reciente estudio de MACH en los *Annalen der Naturphilosophie* de Ostwald, tomo I, páginas 5 y siguientes (1902).

dencia), en toda verdadera actividad jurídica, repito, se trata, no tanto de la aplicación de una ciencia como del ejercicio, fundado sobre la ciencia, de un arte, arte derivado del poder. Este elemento del arte no ha sido nunca desconocido por completo; pero hay que reconocer que, durante casi todo un siglo, no fué lo suficientemente valorado. Creo me sería lícito decir que, el hecho por virtud del cual haya vuelto en los tres últimos decenios a su problema propio, como es el de constituir la preparación, reflexión y apoyo de aquel ejercicio artístico, ha sido, en la esfera de nuestra jurisprudencia una de las revoluciones más importantes y de mayor trascendencia. Las Facultades de Derecho han comenzado a llenarse con este espíritu y así se ha realizado, sin impulso externo en su propia esencia, una profunda reforma o complemento de la enseñanza del derecho, mediante ejercicios multiplicados. Y con esta acentuación cada vez más fuerte del elemento artístico, se ha producido también por sí mismo, el interés a reflexionar sobre la naturaleza y el método de la actividad jurídica. Una muestra de esta preocupación íntima quería yo presentaros.

Me dirijo a la generación de juristas que se está formando, cuyos representantes están también presentes en esta Sala, y les digo: estáis llamados a practicar algún día un arte tan excelso. Con una resolución firme y una virilidad joven, no les basta a los profesionales del derecho; de otra parte, tampoco basta con ir amontonando, encerrados en su sala de estudio, conocimientos de leyes positivas; ello es indispensable; pero debe añadirse también un amplio conocimiento de la vida y un claro sentido de la realidad. Necesitamos hombres que apliquen las leyes libremente, humanamente, con plena comprensión social, y que en la aplicación sepan completarlas y desarrollarlas. Las Facultades de Derecho

aisladas, no pueden realizarlo; las Universidades, dado su carácter universal, pueden hacerlo, siempre que sean rectamente utilizadas. En el camino de la formación de tales juristas están una gran parte de nuestras esperanzas nacionales.

GERMÁN KANTOROWICZ

LA LUCHA POR LA CIENCIA
DEL DERECHO

Título del original alemán:
Der Kampf um die Rechtswissenschaft

Primera edición alemana, con el pseudónimo GNAEUS FLAVIUS: 1906

Primera edición castellana: 1949

Traducción directa por:

WERNER GOLDSCHMIDT

Miembro del Instituto

ÍNDICE DE MATERIAL

- A. Introducción: El ideal antiguo y el nuevo movimiento.
- B. La concepción nueva.
- I) Del Derecho.
 - 1) Resurrección del Derecho Natural como "Derecho libre".
 - 2) Clases del Derecho libre.
 - 3) Su importancia al lado del Derecho estatal.
 - 4) Su importancia para el Derecho estatal: lagunas en el Derecho.
 - 5) El factor individual en el Derecho.
 - 6) Límites del Derecho.
- II) De la ciencia jurídica:
 - 1) La ciencia jurídica es voluntarista. Construcciones.
 - 2) Ella es antidogmática. Analogía, extensión, ficción, ratio legis, espíritu de la ley, sistema, deducción.
 - 3) Ella se inspira en la historia.
 - 4) Ella se inspira en las ciencias psicológico-sociales.
 - 5) Ella es antiteológica.

III) De la jurisprudencia:

- 1) Relación del movimiento con sus postulados.
- 2) Postulado de la estatalidad.
- 3) Postulado de la motivación.
- 4) Postulado de la previsibilidad.
- 5) Postulado de la objetividad.
- 6) Postulado del carácter científico.
- 7) Postulado de la ausencia de los afectos.
- 8) Postulado de la popularidad.
- 9) Postulado de la profesionalidad.
- 10) Postulado de la imparcialidad.
- 11) Postulado de la justicia.

C. Final: El movimiento historicamente considerado.

Apéndice: Literatura del movimiento del Derecho libre.

PRÓLOGO

Un nuevo movimiento surge en la ciencia del Derecho. Este movimiento exhorta a los juristas que creen que sus actos concuerdan con sus ideales a que hagan examen de conciencia. Este movimiento denuncia y destruye la falsa creencia, e intenta justificar ante nosotros mismos nuestra general y continua conducta: la creación del Derecho, desde el punto de vista de nuevos ideales menos modestos. No obstante, por inconfundible que nuestra doctrina aparezca en los sectores jurídicos más diversos, aún carece de unidad y de la conciencia de su poderío. Por esta razón nos atrevemos en este lugar a aunar las mejores corrientes del nuevo movimiento, ensayo que conscientemente soslaya lo que separa a los difentes autores, constituyéndose así una unidad que no espera ser reconocida como sistema ni siquiera de uno de ellos y tampoco como programa de todos y que, por ende, asume su propia responsabilidad.

No se debe exigir claridad conceptual acabada. Ningún movimiento joven sabe exactamente lo que quiere; ni quiere tampoco exactamente lo que consigue. No se espere tampoco que un trabajo que debe tratar una materia muy amplia en un tiempo muy breve, justifique todos los puntos concienzudamente y los desenvuelva

en todas sus direcciones. Habremos de contentarnos con remitir a lo que los compañeros del movimiento ya llevaron a cabo y a lo que todavía se puede esperar de ellos. Sin embargo, hemos entrado en más detalles en las cuestiones en las que podemos ofrecer ideas propias y nuevas, p. ej. en la concepción del Derecho Natural, en el realce del momento voluntarista y en las disquisiciones lógicas y teológicas. Finalmente dejamos a otros la tarea de indicar detalladamente quiénes tienen el mérito de la prioridad respecto a las diferentes ideas expuestas.

Esperamos que nuestro trabajo haga que se alistén nuevos combatientes para la lucha de liberación de la Ciencia del Derecho, para el asalto del último baluarte de la Escolástica.

Alemania, Febrero de 1906.

INTRODUCCIÓN

La opinión dominante se imagina al jurista ideal como a un funcionario de cierta categoría, con carrera, que se encuentra sentado en su celda, armado exclusivamente con una máquina de pensar de la más fina especie. En esta celda se halla sólo una mesa verde sobre la cual está delante de él un código del Estado. Se le entrega un caso cualquiera, un caso real o un caso sólo supuesto, y, de acuerdo con su deber, puede aquel funcionario por medio de operaciones meramente lógicas y de una técnica secreta que sólo él domina, llegar a la solución predibujada por el legislador en el código, con exactitud absoluta.

Este ideal, ajeno a los romanos de la época de su grandeza, surgió en los tiempos de su profunda decadencia política bajo la tiranía de emperadores semi-divinos. La Edad Media y el Renacimiento aceptaron el ideal teóricamente, pero lo rechazaron sin vacilar en la práctica y, en parte, también en la legislación, y dejaron el desenvolvimiento y la transformación del Derecho al cuidado de jueces y sabios. Hasta el Estado burocrático y centralizado del absolutismo moderno no reviste el ideal bizantino de nuevo realidad y recibe el fundamento deseado con la doctrina de Montesquieu de la separación

del poder judicial y del poder legislativo. Sin embargo, constituiría una redomada equivocación suponer que dicha doctrina y su aplicación existían en la vida jurídica de Inglaterra, ya que de otro modo no se explicaría la libertad que desde siempre se concede al juez en Inglaterra y el horror que aún hoy en día sienten los pueblos de cultura anglosajona ante aquel ideal. La Europa continental, en cambio, no sólo se lo ha apropiado, sino que lo colocó en el centro de sus convicciones políticas y lo rodeó con las garantías fortísimas de una veneración semi-religiosa. Es cierto que nunca faltaron adversarios, sobre todo en Francia. También podemos citar a algunos alemanes: entre los partidarios tardíos del Derecho Natural sobre todo a Kirchmann, y, por motivos completamente distintos los iusfilósofos católicos; luego a Ihering en su último período, en cual, pasando como un meteoro, produce en esta materia una profunda impresión, pero ningún efecto duradero. También más tarde aparecieron profetas en el desierto, así sobre todo Kohler, Bülow ("Ley y la función judicial", 1885) y G. Rümelin ("Juicios de valor y decisiones de voluntad", 1891). No obstante no cambió la situación radicalmente sino en los últimos años. Desde que Stammler puso a flote el barco de la Filosofía Jurídica y Ehrlich tornó su timón hacia la nueva meta, levántanse voces desde todos los lados, en la teoría y en la práctica, en la Filosofía de Derecho y en la jurisprudencia, en el Derecho Público y en el Derecho Privado, en Alemania y en Francia, que, creciendo diariamente de número y fuerza, exhortan a la jurisprudencia para que dé marcha atrás. Podemos hablar de un movimiento nuevo, puesto que no se trata ya de opiniones aisladas sino por primera vez de un verdadero movimiento que posee la característica de todo movimiento genuino, esto es la de que todas sus ideas "flotan", de cierto modo, "en el aire, en el ambiente". Este nuevo movimiento, pues, no

tiene otro fin que el de derribar todo el ideal antiguo y erigir un ideal nuevo, opuesto en todos los puntos al tradicional. Por ello, el movimiento parece radical y como todo radicalismo a causa de su incomprensión de los valores históricos, condenado al fracaso. Pero ello es mera apariencia, puesto que en todas partes encontramos la convicción de que la lucha no tiene significado constitutivo sino declarativo, que sólo exigimos reconocimiento de lo que inconscientemente (si bien precisamente por esta razón de modo imperfecto) siempre y por doquier se ha hecho, que sólo se trata de *expresar lo que es*.

En el apéndice enumeramos los trabajos en los cuales los amigos de nuestro movimiento hacen profesión de fe. Prescindimos de estudios más antiguos que no poseen una relación demostrable con el mismo; así como de los escritos sin importancia o inclusive idóneos para desprestigiarlo. También omitimos los libros que parten de los supuestos de la Filosofía Jurídica Católica. Finalmente, dejamos de mencionar las publicaciones, sin duda alguna numerosas que no han llegado a nuestro conocimiento a causa del deplorable defecto de bibliografías y de revistas iusfilosóficas.

De mucha más importancia aún que la conformidad de los sabios nos parece el hecho de que miles de jueces y abogados se inclinan hacia la nueva concepción, hecho que no se manifiesta palpablemente porque aquellas personas desgraciadamente no se toman el trabajo de apasionarse por doctrinas que les parecen desde siempre fuera de toda discusión.

Contemplemos, pues, la nueva concepción en su triple referencia al Derecho, a la Ciencia Jurídica y a la Jurisprudencia. Eliminamos las ideas nuevas sobre la esencia y la técnica de la legislación, cuya teoría lamentablemente y pese a los méritos de Zitelmann y Köhler apenas está provista de los fundamentos.

LA NUEVA CONCEPCIÓN

La nueva concepción del Derecho constituye una resurrección del Derecho Natural en forma modificada.

El positivismo del siglo XIX que precisamente surgió como superación del Derecho Natural pontificó que no existe otro Derecho que el Derecho reconocido por el Estado. Se perseguía el Derecho Natural hasta en sus más recónditos escondrijos, puesto que por un lado se creía que el Derecho Natural afirmaba un Derecho no estatal que en todas partes y para siempre rige, y porque por el otro lado se rechazaba esta idea como absurda. Pero el positivismo no se daba cuenta que su descripción del Derecho Natural era completamente huera, y que, más todavía, decía precisamente lo que el Derecho Natural *no* era y según su propia definición ni siquiera *podía* ser: el Derecho inmutable en que inútilmente se soñaba. En cambio, no se planteaba el positivismo la pregunta por la *auténtica realidad* de aquellos pensamientos depositados en mil obras. Y sin embargo esta sencilla modificación del interrogante nos deja ver enseguida la verdadera contestación, por cierto muy simple: El Derecho Natural es un Derecho que pretende regir independientemente del Poder estatal. Denominamos todo Derecho de esta índole "Derecho Libre" y caracterizamos, por ende, el Derecho Natural ensegui-

da y provisionalmente como una clase especial del Derecho libre. La caracterización del Derecho Natural como Derecho con validez general, en cambio, no se refiere al Derecho Natural en sí, sino a una determinada concepción del mismo, en la cual los iusnaturalistas por cierto erraban, pero no como juristas, sino siguiendo ideas de su época como filósofos. Su propio Derecho era (conforme lo han demostrado Gierke y Landsberg) tan condicionado histórica e individualmente como cualquier otro. Este hecho, así como las repercusiones retroactivas de sus ideas filosóficas sobre sus obras jurídicas, distinguen el Derecho Natural profundamente de otras formas actuales de Derecho libre de una manera que en este lugar no nos toca detallar.

Después de haber separado el Derecho Natural de su propia teoría, parece justificada la tesis establecida al principio. En efecto, no importa si enfocamos el "Derecho Justo" de Stammler, "el descubrimiento libre del Derecho" de Ehrlich, las "normas culturales" de Mayer, la "proyección" de Wurzel, la "ponderación de los intereses" de Stampe o los "juicios de valor" de Rümelin; siempre nos servimos de principios destinados a valorar, completar, desenvolver o derogar Derecho estatal. Estos principios no pueden por esa su función pertenecer al Derecho estatal. No obstante, deben constituir Derecho y han de incluirse, por ello, en el Derecho libre. Bien es verdad que no privamos a nadie del inofensivo placer de reservar la denominación "Derecho" para el Derecho estatal, aunque en tal caso deberíamos negar el carácter jurídico a todos los trabajos sobre una ley aún no vigente como en general a todas las consideraciones "de lege ferenda", deberíamos descartar de la Historia del Derecho todo el Derecho Natural y casi toda la historia del Derecho, deberíamos esquivar timidamente el problema del Derecho consuetudinario y, finalmente, inventar un nue-

vo nombre para el Derecho libre y enmarcarlo en un nuevo concepto, ya que de moral y de costumbre se distingue el Derecho libre con la misma claridad (u oscuridad) que el Derecho estatal.

Nuestro Derecho libre es, por tanto, afín con el Derecho Natural en un punto principal. No obstante, repetimos que nuestra *concepción* del Derecho separa nuestro movimiento para siempre de la del Derecho Natural. Para nosotros que podemos recoger de los pensadores de los siglos XVII y XVIII sus ideas jurídicamente valiosas sin tener que aceptar sus errores metafísicos, para nosotros hijos del siglo XIX es el mundo un mundo en eterno cambio y desenvolvimiento y es nuestro Derecho libre, tan perecedero y frágil como las mismas estrellas. También en un segundo aspecto, se opone nuestra *concepción* del Derecho a la del Derecho natural. La Escuela Histórica nos ha enseñado que todo Derecho, por ello también el Derecho libre, sólo merece reconocimiento si es "*positivo*"; y que ningún Derecho existe "*naturalmente*" sino sólo y en cuanto detrás de él se encuentra un poder, una voluntad, un reconocimiento. Nuestro Derecho libre es por tanto Derecho Natural del siglo XX. *Nuestra Filosofía de Derecho* tiene poco de común con la de Puffendorf y la de Wolff.

El mismo criterio divisorio mediante el cual hemos separado Derecho libre y estatal es aplicable al Derecho libre. Así resulta sus dos formas principales: *Derecho individual y Derecho de la comunidad*, según que un individuo reconoce un principio jurídico a base de su propia convicción o a causa de la de una comunidad, no siendo imposible que el mismo principio jurídico aparezca en ambas formas y además como Derecho estatal. La relación entre las esferas del Derecho individual y de la comunidad constituye un magno problema no resuelto, por lo cual en lo que sigue

no queremos o podemos indicar por regla general de cual de ambas clases de Derecho libre se trata. No obstante, parece seguro que el Derecho individual tiene mayor significado para la ciencia jurídica, mientras que el Derecho de la comunidad interesa más a la jurisprudencia. Nos limitamos a mencionar la estrecha relación entre Derecho de la comunidad y Derecho consuetudinario. Desde otro punto de vista podemos distinguir entre *Derecho vigente y no vigente*, cualidades que lo mismo pueden referirse al Derecho estatal que al Derecho libre. Una cosa es reconocer algo como Derecho, y otra muy distinta es querer o poder obedecerle. En lo que sigue denominaremos nuestro movimiento, hasta ahora innominado, en analogía del término "religión libre", como *movimiento del Derecho libre*.

Y este Derecho libre, vuelto inesperadamente del olvido a la teoría jurídica, en el acto se muestra por lo menos de igual condición de poder o influencia que el Derecho estatal. Sobre todo le aventaja por el hecho sencillo de que el pueblo conoce el Derecho libre, mientras que desconoce el Derecho estatal, a no ser que el último coincida con el primero (como con acierto advierte M. E. Mayer), lo que afortunadamente ocurre con frecuencia. En esta ocasión nos encontramos con la primera de esas ficciones, "lugartenientes de ideas más adecuadas" (Merkel), sobre las cuales descansa el edificio de nuestra concepción del Derecho: la ficción de que todo el mundo conozca el Derecho estatal. Esta ficción está en contradicción con los hechos de la manera más crasa. En realidad, nadie conoce todo el Derecho en toda su inmensa amplitud; muy pocos conocen una parte; la mayoría lo desconoce. Tan cierto es todo ello que si un particular adquiere conocimientos sólidos del Derecho estatal, las más de las veces será un pájaro de cuenta. El usurero, el estudiante de mala vida, el periodista dedicado al chantaje y a otras acti-

vidades análogas, los estafadores que fundan sociedades anónimas ficticias, todos estos personajes conocen detalladamente las disposiciones aplicables. El gran industrial, el artista, el oficial, el político, el marido, en cambio, poseen sólo conocimientos aislados inclusive de los preceptos del Derecho mercantil, del Derecho de la propiedad intelectual, del Derecho político, internacional o del Derecho de familia, sin que tamaña ignorancia los perturbe en sus actividades. El viajero en un país extranjero se hace familiar con la lengua, historia, arte y costumbres del pueblo; pero ni por sueños se le ocurre ni siquiera abrir sus códigos. Todos ellos viven con arreglo al Derecho libre, de acuerdo con aquello que las opiniones de su círculo o su juicio individual les presenta como Derecho, no como arbitrariedad o como mera conveniencia.

Así forma el Derecho libre sus amplios círculos y vive con independencia del Derecho estatal. Pero no se puede enunciar la afirmación inversa. El Derecho libre constituye el *suelo* del que el Derecho estatal dimana: casi todos los pensamientos legislativos han existido con anterioridad como principios del Derecho libre. Toda *crítica* del Derecho estatal, de la cual emana su progreso, desprenderá con necesidad lógica su módulo del Derecho libre (al cual también pertenece el Derecho extranjero desde el punto de vista crítico).

Finalmente hay que *completar* la ley por medio del Derecho libre; con él hay que colmar sus lagunas. Con esta ocasión nos encontramos con el dogma de la plenitud hermética de la ley, el cual experimentó su expresión clásica en el famoso art. 4º del Code civil: "Le juge, qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice". Quien niegue la existencia del Derecho libre, no puede afirmar la existencia de lagunas. Desde este ángulo visual

hay que llegar, desde luego, al resultado de que si la ley no brinda una solución o procede desestimación de la demanda o absolución. No se debería ni siquiera hablar de lagunas y del acto de colmarlas (Zitelmann). Quien de ellas haga mención, quiere decir, que el Derecho libre reclama una solución diferente de la que el Derecho estatal nos brinda y sin que se suponga tampoco que el legislador quiso deliberadamente en este caso absolver de la demanda o desestimarla. Por ello constituye la divulgada teoría que admite lagunas en la ley, si bien exige que las mismas se colmen con los medios de la dogmática, una concesión hecha a nuestra tesis. Pero no debemos contentarnos con ella, puesto que no se encuentran casualmente lagunas en la ley; lo que pasa es (como se puede afirmar sin temor a equivocarse), que hay tantas lagunas como palabras. Ningún concepto se halla analizado hasta en sus últimos elementos; sólo pocos han sido definidos y esos pocos sólo por medio de otros conceptos a su vez indefinidos. Por ello resulta altamente improbable que un caso dado sea captable mediante la parte indubitada de los diferentes conceptos aplicables y que no nos encontremos con sus contornos borrosos. Dada esta situación, el expediente de colmar las lagunas con el auxilio de la interpretación legal sería inclusive inadecuado, si este medio de por sí, fuese excelente, lo que no ocurre de ninguna manera conforme demostraremos. Únicamente el Derecho libre, con la espontaneidad de sus decisiones y la plasticidad emotiva de su contenido frente al caso dado, puede colmar las lagunas y, de hecho, siempre las colmó. Esta situación no sufre alteración por el hecho de que el mismo jurista que así procede y que indudablemente modifica la ley, estima tal actividad inadmisibles y no la practica con plena conciencia. El último autor que ha escrito sobre las lagunas en la ley, Zitelmann, aprueba afortunadamente la des-

cripta actividad del juez; pero declara haber de "mejorar" el término "modificación" puesto que dicha voz le produce "escrúpulos de conciencia". No obstante, esta salvedad merece la sonrisa de los augures, tan conocida a los juristas prácticos: en lugar de colmar la laguna mediante un principio jurídico "ya existente, si bien tal vez desconocido", llenamos la laguna con Derecho libre y lo reconocemos después con agradable sorpresa como Derecho estatal "si bien tal vez desconocido".

Mas inclusive nosotros tendremos que corregirnos en este lugar, so pena de incurrir en el error de aquellos amigos de nuestro movimiento que desean reemplazar el dogma de la plenitud hermética de la ley por el de la plenitud hermética del Derecho, aunque se tratara del Derecho libre. En contra de semejante intento afirmamos que muchos casos jurídicos no admiten ninguna solución jurídica. En primer lugar prescindimos de la cuestión difícil, tal vez inclusive absurda, de si es posible que el Derecho libre contenga soluciones sin que fuésemos capaces de conocerlas. En segundo lugar y aún supuesto que el Derecho libre siempre ofreciese una solución conocible, no sabemos de ninguna manera con seguridad si esta solución posee validez general. Al contrario, el hecho reconocido por todo el mundo de que los hombres son diferentes lleva aneja la necesidad de que dicha diferenciación, sobre todo en lo que atañe a la estimativa de los valores de la vida, tenga que traducirse en una solución diferente, por lo menos, de una parte de los casos. Idealmente demuestra la situación de la mayor parte de las controversias que, aunque en el curso del tiempo cambian de aspecto, no se acercan a la solución. Y no puede ser de otra manera. Piénsese en que el *factor individual* desempeña un papel en todos los aspectos, inclusive en los ejemplos aducidos. Continuamente observamos que un autor prefiere *aquella* teoría cuya aplicación le proporciona la solución del

ejemplo típico que a él precisamente le agrada, mientras que otro autor refuta la teoría puesto que desea exactamente la solución opuesta. Piénsese en el problema de la "tentativa inidónea". Sólo una ciencia siempre a la zaga de la cultura espiritual de su época como la jurisprudencia, podía descuidar por completo el factor individual que en nuestro tiempo aparece en todas partes. Sin embargo, la opinión se impondrá que no podemos exigir o esperar un juicio uniforme acerca de problemas jurídicos, como tampoco exigimos o esperamos de cada uno que considere una acción buena o una obra de arte bella, si su individualidad diferente provoca necesariamente una reacción diversa de su sentimiento.

Pero ni siquiera podemos sostener en principio que todas las cuestiones jurídicas sean susceptibles de una solución subjetiva. En este lugar tropezamos con una cualidad desagradable de la jurisprudencia, con su "manía de grandeza". En ninguna ciencia teórica o práctica existe la creencia de que un día pudiera ser capaz, y mucho menos, que ya lo fuese, de resolver cualquier problema imaginable. El biólogo, el filólogo, el historiador, el esteta, el astrónomo, no niegan en ningún momento que sólo sabrían contestar a un número de cuestiones insignificante en comparación de la totalidad de los interrogantes; y ello no sólo en lo que atañe al detalle, sino muchas veces en lo que se refiere a los problemas y teorías principales. Con indignación rechazarían todos ellos poder contestar en el examen cualquier pregunta biológica, histórica, física, etc., como p. ej.: ¿Qué temperatura tiene la estrella Alfa en el Cisne? ¿Qué habría ocurrido si Ramsés el Grande hubiese descubierto América? ¿Cuáles han sido las pinturas de Apeles y cómo, cuándo y dónde perecieron? ¿Cómo se propaga la impresión óptica en el nervio óptico y cómo se transforma en una percepción? ¿Corresponde la ins-

trumentación en las obras de Beethoven a las leyes de la belleza en mayor grado que el tratamiento de la vestimenta en la producción de Skopas? ¿Por qué no posee el canario el color verde? Inclusive la orgullosa matemática reconoce que muchas veces tiene que pararse ya después de los primeros pasos, p, ej. en la solución de ecuaciones en grados superiores. Hasta la lógica, desde que procede por cauces matemáticos, se encuentra en el umbral de conjunto de problemas irresolubles. Sólo la jurisprudencia se atreve a causa de su supuesta plenitud hermética a poder resolver cualquier problema real o imaginable y exige esta capacidad inclusive del último de sus novatos. Y sin embargo, la jurisprudencia no se encuentra completamente sola. El curandero que aún en el caso más oscuro encuentra la diagnosis y aún en la diagnosis más desesperada la terapéutica; el sacerdote que imperturbablemente calcula la penitencia de sus feligreses que Dios exige respecto a cada uno de sus pecados, forman la fatídica compañía con la cual el jurista dogmático recorre su camino. En lugar de plantearse en cada problema primeramente la cuestión previa: ¿Es nuestro caso, en general, susceptible de una solución? Los autores se abalanzan ciegamente y seguros de su victoria hacia la discusión. Los héroes de las ciencias naturales no eran capaces de dar solución al problema de los tres cuerpos. Problemas de cien almas, en cambio, los resuelve diariamente cualquier licenciado en Derecho. Y no obstante, ni qué decir tiene que la mencionada cuestión previa ha de ser contestada en mil casos negativamente, y ello con todo énfasis, dada la complejidad inmensa de las relaciones sociales, la contradictoriedad de los intereses económicos y la deficiencia del texto legal. Nuestro escepticismo procede asimismo respecto a problemas del Derecho libre, puesto que sus normas no forman un sistema como tampoco las del Derecho estatal. Se trata mas bien de

los resultados de las épocas culturales más diversas y de muy diferentes círculos de la vida, que se desenvuelven orgánicamente y no con arreglo a un plan fijo. Así se encuentran las normas a disposición de los juristas, con frecuencia no revisadas y desordenadas, tanto en la conciencia como en la subconciencia. Si yo me encuentro con un caso complicado y si intento enmarcarlo en una norma, los diferentes aspectos del mismo hacen aparecer como importante ora una, ora otra norma, confusión que aumentará por más concienzuda que sea la deliberación, en forma tal que entre los valores afectados por la decisión, tan pronto me parece mas considerable el valor a proteger, tan pronto el valor a sacrificar, El resultado será que en el alma de una persona sincera, pese a todos los esfuerzos debidos, el sentimiento jurídico se apaga. La decisión dependerá de normas de otras clases o de la arbitrariedad, puesto que no hay más remedio que el de dictar una resolución; y no antes que ahora aparece, gracias a una sugestión bienhechora, la decisión establecida acertada, y la norma jurídica en la cual se apoya como aplicable desde el principio. No se puede ni siquiera hablar de una solución jurídica del caso, menos aún, si, como frecuentemente ocurre, el problema es del tipo *cuantitativo*, sea que los conceptos utilizados por la norma no sean cuantitativamente determinables (p. ej. culpa lata, grave ingratitud, motivo importante de denunciar un contrato), sea que la aplicación de sus conceptos tiene que fracasar por la imposibilidad de medir magnitudes psíquicas y por la ausencia de módulos comunes de la "ponderación de intereses".

Estas consideraciones pasan ya de la frontera problemática que separa Derecho y Ciencia del Derecho, el objeto y su ciencia, que, no obstante, tiene al objeto como contenido. ¿En qué consiste la nueva concepción de la *ciencia jurídica*?

De lo dicho se deduce inmediatamente que la relación entre la ciencia del Derecho y ley tendrá que cambiar por completo. Una vez que se haya conseguido desenmascarar a la ley, la ciencia no se contentará ya con el papel de humilde sirvienta del legislador, de ser su altavoz. Las necesidades de la vida jurídica exigen que otras potencias, en primer lugar la ciencia jurídica, se coloquen libremente y en función creadora al lado del legislador, precisamente en atención a la importancia del mismo para satisfacerlas. Llegó la hora de tomar en serio el lema de *la ciencia como fuente del Derecho*, con el cual la Escuela Histórica en su principio ha coqueteado con frecuencia. La ciencia del Derecho proporcionará las definiciones de todos los conceptos, mas no por "construcción", sino dotándoles de aquellas características que los principios del Derecho libre suministran. La ciencia del Derecho tiene que colmar las lagunas, mas no por medio de la negación de los Derechos en todos los casos en los cuales la ley no los confiere, sino mediante afirmaciones en la dirección que el Derecho libre indica. La ciencia debe apartar las partes marchitadas de la ley, y tiene que hacer madurar las parte florecientes. Bien es verdad, que con todo ello cesa de ser por completo "mero conocimiento de lo ya conocido". Su misión deviene mayor y menos modesta: la ciencia constituye "*descubrimiento de Derecho libre*" en cuanto halla y aplica Derecho de la comunidad; y se eleva a *creación* de Derecho libre en cuanto produce e impone Derecho individual. La ciencia es, pues, auténtica fuente del Derecho, y posee idéntica naturaleza a todas las demás fuentes. La ciencia es *voluntad* como el mismo Derecho. Con este conocimiento sigue la ciencia jurídica la trayectoria de las ciencias del espíritu en el siglo XIX y entra en su etapa *voluntarista*. Ni qué decir tiene que no se trata de substituir la razón por la voluntad, como tampoco

de ello se trata en la psicología, historia y otras ramas del saber: lo que pasa es que hemos de darnos cuenta que el papel que desempeña la voluntad y que hasta ahora se había pasado en silencio, es en realidad decisivo. Y precisamente en el campo de la ciencia jurídica puede la concepción voluntaria alcanzar sus supremos triunfos. El primado de la voluntad no es en parte alguna tan incontrovertible como en la ciencia jurídica, conforme lo demuestra la sencilla observación empírico-psicológica aun a aquél que, como nosotros, refuta decididamente la metafísica voluntarista de Schopenhauer. La voluntad de lograr una resolución de antemano fijada, dirige en realidad la elección de los textos legales en los cuales aquella resolución estriba. Piénsese en el ejemplo clásico de Bártolo, el más famoso de todos los juristas, del que la historia relata que primeramente dictaba la resolución y que luego hacía buscar a su amigo Tigrinio los pasajes aplicables en el "Corpus Iuris", "puesto que él tenía poca memoria". Bien es verdad, que en todas partes se oscurece la relación entre la voluntad y la razón, porque la última tiene el vehemente afán de invertir los hechos con posterioridad, oscurecimiento que en el campo jurídico sube de punto puesto que la voluntad jurídica llega afortunadamente con gran frecuencia al mismo resultado al que la razón interpretadora habría llegado aún sin aquella dirección voluntarista. Pero tan pronto como el jurista teórico o práctico se siente obligado a proponer a base de su texto legal un resultado que, en una cuestión importante, abofetee una poderosa convicción jurídica, se pone en evidencia cuál de ambas constituye en fin de cuentas la verdadera fuerza motriz. Se habla en tales casos de un "resultado indeseable". Mencionalos, sobre todo, las archiconocidas sentencias del Tribunal Supremo que de vez en cuando desencadenan una tempestad. En el acto se produce, siempre de nue-

vo, el mismo espectáculo: la voluntad pone en movimiento a centenares de plumas que con rigor lógico deducen el resultado opuesto "deseado", de este o de aquel texto legal y en caso necesario utilizando venerables reglas de interpretación. El Tribunal Supremo o se afilia después de más o menos prolongada resistencia a la tesis contraria, o insiste en su punto de vista, sea porque el Derecho libre de los siete magistrados del Supremo Tribunal coincide con su texto legal, sea porque tienen la esperanza empíricamente bien fundada de que, precisamente a causa de su inflexibilidad, intervendrá en el sentido deseado nuestra legislación, que, si bien muy precavida, suele ser bastante activa. Si como ocurrió un día en el Sacro Imperio Romano, la máquina legislativa dejase de trabajar, todos los juristas prácticos y a su cabeza el Tribunal Supremo se decidirían en todos los casos con más o menos rapidez a favor del Derecho libre. Estos hechos se evidencian en la historia del Derecho. Hallamos el ejemplo más memorable en la abolición del Código Penal de Carlos V, de 1532, por la práctica del Derecho común durante el Iluminismo. Los mismos hechos arrojan también luz al conocido problema de la *construcción jurídica*. Esta no consiste sino en la demostración de que sólo la aplicación de determinados conceptos jurídicos nos proporciona las consecuencias jurídicas deseadas, de modo que la construcción es la consecuencia de sus propias consecuencias. Al contrario, la reducción al absurdo del adversario, argumento conocido, consiste en que se le enrostra que el legislador "no puede" haber deseado esta o aquella consecuencia, basándose este argumento en la suposición ingenua y naturalmente inconsciente de que el legislador tenga exactamente los mismos deseos que el que emplea el mencionado raciocinio. Ni siquiera es menester condenar expresamente las consecuencias indeseables como tales. Las más de las veces

los autores se contentan con desenvolverlas y dejar al libre arbitrio del lector el rechazarlas y con ello refutar la construcción que las engendra, y de tomar posición a favor de la construcción opuesta. Una vez que se haya adoptado una determinada construcción, se aceptan también consecuencias completamente imprevistas e indeseables. "Fiat justitia, pereat mundus". El jurista se ata a sí mismo y luego exclama con orgullo: "Aquí estoy; no puedo actuar de otro modo". Si se hubiese pensado desde un principio en aquella consecuencia, se habría ideado "ad hoc" otra construcción diferente. La voluntad lleva en todos estos casos detrás de sí a la razón.

A la corriente voluntarista se une naturalmente en nuestra concepción la trayectoria *antirracionalista*. Si se ve con claridad que la razón no desempeña el único papel decisivo, también se da uno mejor cuenta de los muchos pecados que se han cometido en su nombre, en el nombre de la lógica. Bien es verdad que el nuevo movimiento se haría desde luego ridículo, si quisiera descartar a la lógica como carente de valor, acción cometida algunas veces por los partidarios fanáticos e impetuosos de la Escuela Histórica. La Lógica tiene razón siempre. Pero no es menos verdad que aquella lógica jurídica de la hermenéutica tradicional, puesta en picota recientemente y con acierto por Sternberg, poco tiene de común con la "scientia scientiarum". ¡Qué figuras no se presentan como hijos de la Señora Lógica! He ahí por ejemplo, la famosa *analogía jurídica*, la cual se trata detalladamente y con toda seriedad por nuestra metodología como método dogmático. La analogía es un procedimiento que por vías lógicas señala la aplicación de principios jurídicos a casos no iguales pero semejantes a aquellos a los cuales los principios se refieren. ¡Cómo si existiera algún caso que no tenga algo de común con otro cualquiera, al cual, por tanto, sería semejante, si bien en un grado ínfimo! Por consiguientemente

te, se podría aplicar casi cada una de las proposiciones jurídicas a casi cada uno de los casos, sin que jamás la lógica indicara el límite de lo lícito, puesto que como es sabido es ella indiferente a los problemas cuantitativos y materiales. La *interpretación extensiva* se basa igualmente en la semejanza de los casos como en su única justificación. Por ello se expone a la misma crítica que la analogía, cuyo papel desempeña con frecuencia si la aplicación de la analogía está prohibida, como p. ej. en el Derecho Penal (§ 2 Código Penal). ¡Qué bien funciona la interpretación extensiva! El intérprete avanza hasta el último borde del texto verbal y aún un poquito más allá. En nuestros archivos judiciales cual otras tantas colecciones de curiosidades se puede comprobar cuantas cosas resultan confiscables como "instrumento peligroso". Por otro lado a nadie se le ocurre entender por "productor", el cual adquiere la propiedad de la cosa nueva por medio de la especificación, a los efectos del § 950 Código civil, al obrero industrial o al aprendiz de un artesano, puesto que nos encontraríamos en caso contrario con un orden económico socialista. La interpretación extensiva o analógica en un caso, y la textual o restrictiva en el otro, no se inspira en la ley y en la lógica, sino en el Derecho libre y en la voluntad, sea en la voluntad de conseguir el resultado deseado, sea en la de esquivar el indeseable. Por consiguiente, no escogemos una construcción con todas sus consecuencias por ser la menos forzada, la más lógica, la más adecuada, la más natural, la mejor, sino que, al revés, una construcción nos parece reunir todas aquellas cualidades si sus consecuencias pueden ser deseadas por nosotros.

La *ficción jurídica*, que no es sino una variación de la analogía puede ser rechazada de idéntica manera que la analogía actual. La ficción es sólo soportable, si un pueblo con sentido conservador como los romanos la

emplean para el desenvolvimiento *histórico* de una institución, siendo en cambio insostenible si se hace uso de ella para la extensión *sistemática* de un principio jurídico especial a un caso no sometido al mismo, sea a causa de pereza intelectual para enunciar el principio común más general, sea por temor a la oposición que su establecimiento provocaría de parte de aquellos que no se dan cuenta de sus consecuencias introducidas de contrabando bajo la máscara de la ficción.

La ficción carece por completo de todo valor científico si está al servicio de otros fines que los mencionados, no siendo sino el pretencioso disfraz de una *mentira* al servicio de métodos falsos o de intereses prácticos. De ninguna manera pueden ser comparadas las ficciones jurídicas con las abstracciones aislacionistas y legítimas, si bien algunas veces peligrosas, de otras ciencias (espacio vacío de aire, dominio exclusivo del sentido económico), las cuales a veces suelen denominarse también ficciones. Estas últimas "ficciones" *metódicas* no son sino los *medios auxiliares* de una investigación que precisamente por ello estima sus resultados como solamente provisionales. Las ficciones *materiales* de la jurisprudencia, en cambio, son *obstáculos* del conocimiento, puesto que son concebidas por la teoría como *elementos* duraderos de los cuales, inclusive los autores, están tal vez orgullosos.

El mismo valor lógico que la analogía y la ficción lo posee también el empleo tan divulgado de la *ratio legis*, un procedimiento que se considera, asimismo, como un método positivo-dogmático que no se sirve sino de los medios generales de la lógica. Este procedimiento consiste en deducir de principios jurídicos otros mas generales, que constituyen su fundamento y precisamente por ello pasan como Derecho positivo también, para descender de nuevo de dichos principios interpolados desprendiendo de ellos no sólo las proposiciones ya exis-

tentes, sino también todas las demás imaginables (Thöl, Unger). Este método de interpolación, que, sea dicho de paso, siempre se emplea para crear "Partes Generales", adolece de un defecto incurable. Como es sabido existe una relación fija entre la premisa y la conclusión, pero no viceversa entre la conclusión y la premisa. Para la conclusión: $a = b$, las premisas no son sólo: $a = c$, $c = b$; sino asimismo $a = \text{non } c$, $\text{non } c = b$; además, $a = d$, $d = b$, $a = e$, $e = b$, etc. En general: lo es *cualquier* pareja de proposiciones (*tanto verdaderas como falsas*), con tal que posean las cualidades formales conocidas de los "Elementos de la Lógica". Por consiguiente, puede figurar como premisa del principio jurídico y con rigor lógico cualquier proposición; sea la "lex legum" de la escolástica o la "ratio legis" de sus seguidores. Así se puede lograr *cualquier proposición jurídica* como conclusión. Por esta razón debe haber, también en este caso, una instancia que escoja entre las premisas posibles aquellas que sólo suministran conclusiones deseadas. Esta instancia, conforme resulta de lo dicho, no es la razón sino la voluntad. El desconocimiento de la situación descrita se explica psicológicamente por el hecho de que las premisas inidóneas para el fin deseado ni siquiera pasan por el umbral de la conciencia jurídica. El sistema y las "Partes Generales" no se deducen por tanto de "las premisas" de la ley, sino al revés se concibe como premisas aquellas proposiciones que permiten elaborar el sistema en el sentido apetecido.

Las demás artes interpretativas sirven tan poco como las expuestas a componer con rigor lógico un sistema jurídico aplicable a todos los casos de la vida, con ayuda de los pocos fragmentos legales. No obstante, la jurisprudencia se atrevió, siempre de nuevo y con confianza, a llevar a cabo su misión imposible, intentando siempre de nuevo abrir con sus pocas llaves todas las

cerraduras, por lo cual ora tuvo que servirse de gan-
zúa, ora hubo de violar las mismas cerraduras. En
efecto, algunas veces la jurisprudencia erigía construc-
ciones tan forzadas que su incompatibilidad con el tex-
to legal se hizo patente a la persona más miope; otras
veces se agarraba a la ley y producía resultados en
contradicción hiriente con las "necesidades de la vida"
(o sea, por regla general, con el Derecho libre de co-
merciales, mujeres, obreros). El presupuesto de aque-
llas tentativas inidóneas de la dogmática era la supo-
sición idealista de que la tarea sólo consistía en colocar
en el denso mosaico de los conceptos jurídicos de vez en
cuando unas piedrezuelas que faltaban. En realidad, la
tarea consistía en todo lo contrario, puesto que los ele-
mentos, de los cuales debemos desprender los elementos
indeterminados, necesitan a su vez en gran parte de la
determinación por medio de otros de los cuales se puede
enunciar otro tanto, o, peor aún, precisamente por me-
dio de los elementos buscados de suerte que nos halla-
mos en círculos siempre viciosos o que no vemos el fin.
Los pocos elementos bien determinados no son sufi-
cientes ni con mucho para escoger con su auxilio con
arreglo a la ley de la contradicción, del sinfín de las
combinaciones posibles, las únicamente admisibles. Ello
es tan imposible como —y pese a Cuvier— reconstruir
un animal entero por medio de un solo hueso. En reali-
dad, la jurisprudencia dogmática renuncia cautamente
a la realización verdadera de las operaciones necesarias,
aunque sólo fuese de una pequeña parte de ellas, y
se remite, ni corta ni perezosa al famoso "*espíritu de la
ley*". Pero conforme vimos puede ser fácil averiguar
muchos espíritus de la mencionada clase, más no es po-
sible encontrar uno solo. Lo que pasa por el espíritu de
la ley se ha calificado acertadamente como "el propio
espíritu de los individuos": no es sino aquel espíritu

que cada uno, conforme a su opinión personalísima, quisiera ver dominar en la ley.

Así surgen los magnos sistemas de Derecho individual, que pueden ser completos y faltos de contradicción si lo son las individualidades de sus autores; y que entre sí serán contradictorios si las individualidades de sus autores lo son. Estos sistemas forman escuela y repercuten sobre la práctica, si la individualidad de los autores coincide con las de otros juristas; y contienen tanto Derecho estatal cuanto es compatible con su concepción jurídica individual y sólo más si existe la esperanza de que la legislación dentro de más o menos tiempo habrá cambiado de parecer en el sentido del sistema. Sólo respecto a una ley joven existe una voluntad fuerte y victoriosa de exponerla en toda su pureza. Bien es verdad que en este caso el valor dogmático del manual es relativamente insignificante, conforme lo demuestran numerosos tratados del nuevo Derecho civil. Pero en la medida que la teoría o la práctica descubren nuevos casos dudosos, casi nunca resolubles con la única ayuda de la ley, los manuales se alejan de la ley. Justiniano apenas comprendería el sistema de Dernburg: y "como una elegante creación ex nihilo" se nos presentan las doctrinas generales de los sistemas del Derecho Penal de los grandes antípodas Liszt y Binding. En cambio, a todos estos manuales y sistemas, les es común que encarnan la personalidad de sus creadores fielmente en todo el aspecto del sentimiento ético-político y jurídico, hecho tan imposible como la mayor parte de lo que acabamos de enunciar, si estos autores realmente expusiesen Derecho estatal conforme lo indican los títulos de sus obras. Las citadas obras consiguen la plenitud hermética e impresionante de su sistema a trueque de la renuncia de exponer Derecho estatal. La caza en pos de un sistema de *validez general* de proposiciones jurídicas, sea del Derecho estatal, sea

del Derecho libre, no constituye sino la utopía de una lógica de aficionados, sobre todo en una época de creciente individualismo.

Pero ni siquiera una sistemática deductiva que renunciase resignadamente a positividad y validez general puede resistir a un examen lógico. Es cierto que a primera vista parece como si las *deducciones* de la ciencia jurídica fuesen inmunes a la objeción, atribuída a Mill, sobre la "petitio principii" en el silogismo, ya que sus juicios implican conceptualmente generalidad. Sin embargo, la situación es en realidad la inversa. En efecto, la teoría de las ciencias naturales rechazó la concepción del silogismo como raciocinio de lo particular a lo particular, la cual se había propuesto con la osadía de la desesperación como solución de las dificultades; y se conformó con el carácter *hipotético* de todo conocimiento, si bien añade como complemento necesario e imprescindible la adveración de la hipótesis por el experimento o la intuición inmediata. La naturaleza normativa de las proposiciones jurídicas, en cambio, es obstáculo a todo lo que se asemeje a tal adveración basada en la experiencia. La ciencia de la naturaleza desprenderá, por ello, siempre de la falsedad de un hecho correctamente deducido la falsedad de la teoría y la modificará al efecto. Así procederá al menos desde que la filosofía de la naturaleza dejó de desempeñar un rol. El jurista deductivo, en cambio, carente de experiencia aleccionadora, es empujado con necesidad hacia la conducta ridícula de aquel esteta, que, a la vista de una verdadera obra de arte, prefiere no dejarse impresionar por ella antes que modificar una teoría opuesta.

De este modo flota la deducción jurídica, por un lado, en el aire: por el otro, descansa el pivote en arena movediza. En efecto, en las ciencias naturales el afán de deducir las proposiciones como consecuencias de otras superiores, de desenvolver los conceptos como contenidos

parciales de otros conceptos de mas extensión, es realmente justificado. Al contrario, en la jurisprudencia los principios se hacen tanto más inservibles y pierden tanto más valor cuanto más abstracción poseen, puesto que en medida creciente se hace inverosímil y finalmente es realmente imposible, que el autor de la proposición se haya imaginado todos los casos subsumibles y, en el supuesto de que se los hubiese representado, que los hubiere resuelto con arreglo al principio. Por consiguiente, no habrá detrás de aquellos principios generales absolutamente nada, y por más generales menos aún: ningún legislador, ningún poder, ninguna voluntad, ni siquiera la mística "voluntad de la ley", en general *ninguna realidad*, salvo el hueco sonido de las palabras y la negrura del papel impreso. ¡Cuán repulsivo resulta, por tanto, un individuo que en holocausto de un imperativo jurídico-moral precipitadamente acuñado omite el examen nuevo e independiente de un caso dado; y cuán lamentable el juez que "en nombre del Rey" cree haber de proclamar como Derecho lo que sólo ordena aquella autoridad de papel!

Al refutar nuestro movimiento aquella jurisprudencia papelera, pone de relieve que parte de la *concepción histórica*, la cual el dogmatismo inconscientemente rechaza. Como ya mencionamos estatuye el primer principio fundamental de la Escuela histórica, a diferencia de la antigua filosofía jurídica que opinaba que existe un Derecho "por naturaleza", que todo Derecho es *positivo*, o sea que una proposición jurídica es sólo y en tanto Derecho en cuanto detrás de ella se hallara una *realidad* (poder, voluntad, reconocimiento). *Por ello, nunca puede ser logrado Derecho positivo por una "jurisprudencia de conceptos"*. Este hecho es suficiente para denunciar el error de muchos profanos de que la ciencia jurídica sea el campo clásico para cultivar la

concepción histórica. La Escuela Histórica del Derecho, y sobre todo su ala romanista, no sabía desempeñar su magno papel; y sus obras no son comparables, ni en lo más remoto, con p. ej. las de la estética, de la filosofía y de la economía. Si bien es cierto que la concepción *iurafilosófica* de la naturaleza histórica del Derecho será incommovible para todos los tiempos, no lo es menos que sólo esta teoría de la teoría jurídica se dignificó históricamente, no en cambio ella misma. Mencionamos como primer síntoma el hecho poco conocido fuera del seno de la Escuela de que a pesar del cúmulo de monografías doctísimas y cuya solidez no se supera en ninguna otra ciencia, sólo poquísimas materias parciales experimentaron una exposición histórica detallada de conjunto. Menos aún podemos vanagloriarnos de exposiciones de la historia del Derecho en general. Tampoco se tomó en serio un segundo principio cimental de la Escuela histórica, según el cual sólo pueda comprender plenamente una proposición jurídica aquel que conoce todo su desenvolvimiento histórico, puesto que la historia dogmática entre Justiniano y Savigny se encuentra casi por completo descuidada, si bien algunos juristas que llenos de veneración dejaron los siete tomos de la "Historia del Derecho Romano en la Edad Media" de Savigny sin abrir, poseen la firme convicción de que en ellos se encuentra dicha tarea histórica una vez para siempre resuelta, aunque no se habla en ellos de nada de aquello. ¿Y cuántos minutos de su vida dedicaron los seguidores de Savigny, los famosos romanistas, al estudio de los glosadores y de los juristas de la recepción? Sus obras se asemejarían a aquellas de un esteta que saltara desde la exposición del estilo artístico en la Hagia Sophia directamente a Canova mediante algunas frases azaradas acerca del arte en la Edad Media, del Renacimiento y del Barroco —con tal que un esteta así fuese ima-

ginable. Peor todavía es la situación, si pensamos en los autores teóricos de nuestro Derecho vigente, para no hablar ni siquiera de los juristas prácticos que publican, y de los juristas que publican para la práctica. Las introducciones históricas que suelen prologar sus obras en aras del decoro científico y que luego no desempeñan ningún papel en el texto, son confeccionadas probablemente después de la terminación del último y prueban a los peritos que sus autores no se han ocupado casi nunca de modo original con materias históricas. Sólo pocos autores poseen afortunadamente el valor de prescindir por completo de todo aparato histórico; afortunadamente, puesto que nadie ha podido demostrar que una falta dogmática considerable descansa en un desconocimiento histórico. No nos hace falta que resurja como por encanto en la retorta histórica el Derecho que vivimos y que sentimos dentro de nosotros como vivo. Tampoco es preciso aprender sánscrito para hablar el alemán. He aquí el punto en el cual hemos de tomar en serio la célebre comparación de la Escuela Histórica entre Derecho y Lenguaje. Bien es verdad que una cuidadosa investigación de los detalles (no aquellas precipitadas exposiciones de conjunto de las cuales precisamente el estudiante joven se cansa, que le confunden y amargan) podrá completar de vez en cuando la exposición del Derecho actual. Pero el criterio histórico debiera haber servido a la dogmática para un fin mucho más importante o sea para inhumarse a si misma. "El Derecho se ha desarrollado orgánicamente como un producto natural". Más en este caso el Derecho es tan irracional como cualquier otro producto de la naturaleza. Así vimos en todos los demás terrenos cómo el racionalismo se derrumbaba ante la concepción histórica triunfante. Sólo que la Escuela Histórica del Derecho no sólo no le venció sino que le elevó como dueño y señor con un

celo como nadie antes. La jurisprudencia de conceptos es una creación de la Escuela Histórica del Derecho, la cual superó la metafísica del Derecho Natural, pero capituló pronto sin condiciones ante sus métodos. Nuestro movimiento recoge la herencia vacante de los mejores principios de la Escuela Histórica.

Pero sólo Derecho vivo puede carecer de un tratamiento histórico. Nunca jamás perderemos la convicción de que el pasado no puede ser amaestrado con las medidas del presente, conforme lo hicieron los racionalistas; y de que, más bien, cada sistema jurídico periclitado, inasequible ya inmediatamente a nuestros sentimiento sólo puede ser captado psicológica y lógicamente desde el punto de vista de las fases anteriores de su desenvolvimiento. Todos los elementos devenidos inconscientes o complicados de por sí no pueden ser comprendidos y ni siquiera descubiertos sino comparándolos con etapas en las cuales hallaron consciente y clara expresión. La Escuela Histórica pecó también mucho en esta dirección: ella que tan poco hizo para resolver *históricamente* sus tareas *dogmáticas*, sí hizo muchísimo para estropear sus tareas *históricas dogmáticamente*. ¡Piénsese acerca de la dogmática como se quiera! Sus mismos admiradores tendrán que admitir que carece de sentido, como Jellinek acaba de destacar, que se elabore un Derecho ya no vigente con los medios del arte jurídico; y otro tanto se aplica, conforme lo enseñó Radbruch, al Derecho comparado, puesto que todo aquel indecible esfuerzo de energía intelectual persigue sólo el fin de evitar que el juez tenga que caracterizar un pasaje legal como oscuro o un caso como no resoluble con arreglo al Derecho vigente. Pero tan pronto como una ley ya no interese al juez, desaparece aquella necesidad; y nada en el mundo se opone a que se designe y se exponga esta ley como llena de lagunas, incomprensible y absurda. Nada se opone:

es más, hay que hacer lo que corresponde a la verdad, único norte de la investigación histórica. La historia no sirve a los fines de nadie, y menos aún a los fines que ni siquiera ya son fines de alguien. Declaramos, por consiguiente, aquella inmensa literatura que elabora las instituciones más anticuadas de las doce tablas, del Espéculo Sajón, de la Carolina con arreglo a la dogmática que se utiliza para el Derecho vigente, tan falta de valor como las obras de alquimistas y astrólogos. Tamaña literatura desaparecerá con tanta más razón todavía en cuanto un movimiento surja que rechace inclusive aquel modelo para el Derecho vigente.

Con esta inclusión definitiva, si bien tardía, de la ciencia jurídica en el credo común de todas las ciencias culturales se derrumba la muralla de separación que se ha querido erigir entre ella y las demás. Los partidarios del dualismo metódico dieron demasiada importancia a que las ciencias sociales exponen lo que es, mientras que las ciencias jurídicas esbozan lo que *debe ser*, puesto que no se debe echar en olvido que también todo deber ser es un ser. *Deber es querer*, aunque una clase particularmente matizada del querer: se trata del querer propio, si nos encontramos con deber reconocido, y del querer ajeno en caso contrario. Los conflictos entre querer y deber son conflictos entre dos maneras de querer. Un deber que no nos imaginamos como el querer de una persona, de la propia o de una ajena, sería una norma "objetiva" y constituiría una idea vacía inimaginable. Por consiguiente, la ciencia jurídica elabora una materia *positiva* del ser, más exactamente una psicológica como también otras muchas ciencias. Nunca puede ella trascender la esfera del querer, en la cual halla el criterio para el enjuiciamiento del ser así como el establecimiento de la meta. El ser no puede ser valorado sino con arreglo al ser. El "dos moi pou sto" de la filosofía jurídica objetivista se que-

da eternamente incumplido. Desde este punto de vista no se puede, por ende, estatuir una diferencia principal científico-teorética que se refiera a la ciencia jurídica, y la mayor parte de los partidarios del movimiento del Derecho libre aspiran fundadamente hacia una colaboración de la ciencia jurídica con la psicología, por un lado, y con la ciencia social, por el otro, siendo todas ellas ciencias emparentadas.

Con ello queda dicho que la ciencia jurídica debe abandonar sus sumisión a otra ciencia del espíritu afin, a la *teología*. Bien es verdad que la liberación *material* de la ciencia del Derecho, de la teología puede darse por terminada desde que el siglo XVII expulsó de la filosofía jurídica el "ius naturale divinum", el siglo XVIII del Derecho de la Iglesia la Sagrada Escritura como fuente jurídica, y el siglo XIX del Derecho Penal el dogma de la retribución. Pero hasta el siglo XX no puede emprenderse la tarea más difícil: la de repeler el *espíritu* de la teología, de la ciencia jurídica rejuvenecida.

El paralelismo que hoy por hoy existe entre la ciencia jurídica dogmática y la teología ortodoxa (hablemos sólo de ésta última) salta a la vista. Por un lado se habla de Dios, por el otro del legislador, ambos seres inasequibles a la experiencia. La masa profana desconoce sus intenciones o las conoce sólo de modo confuso. Una casta privilegiada de teólogos o de juristas es mediadora de las revelaciones. Ambas castas pretenden exponer la voluntad de aquellos seres, mientras que en realidad afirman como la voluntad de ellos lo que teólogos o juristas desean que sea religión o Derecho. La situación es necesariamente así, ya que la construcción de la voluntad se basa en meros fragmentos: sagrada escritura, leyes. No obstante, la tarea consiste en responder con su auxilio claramente a todas las cuestiones. El jurista debe ser capaz de demostrar

que toda acción es o derecho o entuerto; el teólogo que es agradable u odiosa para Dios. Por consiguiente, hay que erigir un sistema artificial e insincero de ciclos y epiciclos. Ya sabemos cómo lo hace el jurista. Para aprender cómo lo realiza el teólogo basta echar una ojeada a los diez mandamientos del catecismo. El jurista basa todas sus resoluciones en la ley; la Iglesia reconduce cada una de sus instituciones, aún las más insignificantes de la liturgia, a pasajes de la Sagrada Escritura. Sin embargo, es cierto que las artes interpretativas del jurista no llegan ni con mucho a las tergiversaciones que se permite la teología y las cuales, desde siempre, excitaron la indignación de los amigos de la verdad y de los teólogos de otra dirección. Además: la ley y la sagrada escritura están llenas de lagunas, contradictorias en sí y con la realidad a la cual se refieren. Y, no obstante, se pretende hacer pasar ambas como sistemas lógicos, en los cuales nada indica los desarrollos milenarios, los cruce infinitos de diferentes culturas, en las cuales descansan. Se fusiona a Moisés con Santo Tomás, a Augusto con Bismarck. El jurista busca en leyes muy distantes entre sí en sentido material y temporal un solo "espíritu de la ley"; y el teólogo intenta descubrir con el sudor de su frente "concordancias" en el Antiguo y en el Nuevo Testamento que sólo provocan la hilaridad del historiador. Para este fin hacen falta instrumentos idóneos. El jurista se sirve de las "regulae juris", mientras que el teólogo hace uso de conceptos contradictorios en sí mismos como el de la Santa Trinidad, el de Dios —Hombre, de Virgen— Madre, de los cuales se acentúa tan pronto un aspecto, tan pronto otro según el prudente arbitrio. Así explica el teólogo sin titubear la suerte de los buenos con la gracia divina, la desgracia de los buenos como prueba de Dios, la desgracia de los malos con la justicia de Dios y la suerte de los malos con la vo-

luntad divina inexplorable. De análoga manera basa el jurista una aplicación rigurosa de la ley que desea, en la santidad de la misma, su aplicación libre en la equidad. Si el jurista no desea hacer distingos, declara: "lege non distinguente nec nobis est distinguere", mientras que en el caso contrario emite los siguientes brocardos: "qui bene distinguit, bene docet", o: "cessante ratione legis, cessat lex ipsa". Con arreglo a su "voluntad hacia el Derecho" aplica el jurista la interpretación restrictiva o extensiva, sin que intente ni siquiera (repetimos el ataque fundamental de Wurzel) indicar los criterios que justifiquen el uno o el otro de los diferentes procedimientos hermenéuticos. En ambas ciencias existe la misma relación entre la voluntad, la razón y el sentimiento. La razón intérprete llega inúmeras veces a un resultado que se pone en hiriente contradicción con el sentimiento religioso o jurídico. Pero la voluntad exige la coincidencia de ambas facultades anímicas. Así se adapta la razón al sentimiento (sobre todo en la ciencia jurídica) o el sentimiento a la razón (lo que ocurre con más frecuencia en la teología). El teólogo demuestra hábilmente y con verdadera convicción el credo de aquella comunidad religiosa, a la cual pertenece, en el mayor número de casos, sólo por el azar de su nacimiento. Con ello enunciamos un argumento antiguo, pero nunca anticuado a favor del menosprecio de toda apologética. (Raras veces se lee uno de aquellos escritos justificativos, sin que se tenga la convicción de que el mismo autor habría demostrado la Santa Quadriénidad en lugar de la Santa Trinidad si un viejo concilio hubiese declarado a la primero artículo de fe). Si un sentimiento excepcionalmente individual y poderoso se opusiese a aquellas doctrinas inflexiblemente, la facultad que debe ceder es la razón. El "reformador" prueba con lógica furiosa su nueva concepción mediante el texto antiguo. Tal si-

tuación es la normal en la ciencia jurídica conforme vimos. Pero tampoco en ella falta el caso inverso: El jurista, al justificar sus instituciones principales, halla justificada precisamente *aquella* reglamentación que le prescribe el ordenamiento jurídico vigente; y justificará mañana la reglamentación opuesta si se le impusiese un Código extranjero. En todos estos casos es la voluntad el verdadero actor. La deducción lógica no pasa de ser mera apariencia: no está al servicio de la verdad sino del interés.

No es preciso desarrollar nuestra comparación más detalladamente. Lo dicho es suficiente para descubrir la esencia de la teología ortodoxa en la de la dogmática jurídica, con lo cual la última queda definitivamente condenada. Pero después de haber aprendido la ciencia jurídica tantas cosas malas de su profesora, la teología, tiene ahora la primera una ocasión de dejarse guiar por la teología por el recto camino. En efecto, si bien la reforma de Schleiermacher, a semejanza de la de Savigny que le era afin, no fué capaz de liberar su ciencia duraderamente de las cadenas del racionalismo, presenciamos actualmente en la teología, como todo el mundo sabe, un verdadero cambio. Mentamos aquella dirección de la teología cuya última manifestación la constituye la obra de Pfleiderer sobre "El surgimiento del cristianismo". Según dicha corriente contienen los dogmas cristianos "mitos", cuentos fabulosos sin valor histórico, que, por ello, no precisan aquella técnica teológica inventada para defender los indicados supuestos erróneos. Dicha corriente intenta investigar su objeto "con arreglo a los mismos principios y métodos" que las demás ciencias, pasando por alto las "ficciones" más venerables de la teología sin guardarles consideración alguna y refutando asqueada "las artes interpretativas de mala laya" con las cuales se quiso hasta ahora soslayar fraudulentamente las contradicciones hirientes,

contradicciones que la nueva corriente sinceramente admite.

Ni qué decir tiene que el movimiento de la religión libre es esencialmente idéntico a nuestra dirección del Derecho libre. No obstante, queda entre ambos una diferencia: Mientras que en la telogía el espíritu de la Reforma llega a su bella culminación, la Ciencia del Derecho, que no se despertó a tiempo para emprender su Reforma, tiene casi todo por hacer. Bien es verdad que los ideales de nuestro movimiento encarnan claramente el espíritu de la Reforma alemana que superó la letra, liberó al individuo, dió al sentimiento carta de naturaleza y enseñó a escuchar la voz de la consciencia; pero no lo es menos que hasta hoy sigue esperando en vano la ciencia jurídica al hombre que siente en sí la fuerza de devenir su Lutero.

He aquí la *ciencia jurídica* que apetecemos. ;Pero no parece que todos los postulados de la *jurisprudencia* se sublevaran de modo temible contra esta nuestra aspiración, todos aquellos ideales en los cuales vemos, según costumbre, las adquisiciones más santas de nuestra existencia política y cultural? Si la ciencia del Derecho reconoce Derecho libre, la jurisprudencia no puede ya fundarse exclusivamente sobre Derecho estatal. Si la ciencia jurídica posee fuerza creadora, la jurisprudencia no será por más tiempo mera servidora de la ley. Si la ciencia en cada momento tiene en cuenta lagunas, la práctica no podrá resolver jurídicamente cualquier supuesto. Si la teoría puede admitir valores sentimentales, no se puede ya exigir, por el otro lado, fallos enteramente fundados en razones. Si la teoría reconoce el factor individual, la jurisprudencia ya no puede ser científica. Si en la ciencia domina la voluntad, la jurisprudencia no podrá desoir los afectos. En resumidas cuentas: Los ideales de la legalidad, de la pasividad, de la fundación racional, del carácter científico, de la seguri-

dad jurídica y de la objetividad parecen incompatibles con el nuevo movimiento. Afortunadamente se puede demostrar que los postulados enumerados en parte no se realizan, en parte no merecen que se realicen.

¡Todos los fallos deben basarse en la ley! Pero ya hoy nos sometemos en medida creciente alegremente a tribunales arbitrales en los cuales se excluye expresamente el Derecho estatal. Y los mismos tribunales del Estado utilizan progresivamente conceptos como buena fe, buenas costumbres, las concepciones del comercio, el prudente arbitrio y otros *sucedáneos de la ley*. La objeción que se suele hacer a nuestro argumento pone de relieve que todos los mencionados fenómenos "se realizan en obediencia a las órdenes estatales". Con ello se concibe como voluntad del Estado lo que es precisamente su propia negación. *¡Como si alguien se atreviera a afirmar que el juez juzgaba según la ley, si ésta no contuviera más que la siguiente disposición: "El juez debe juzgar conforme a su prudente arbitrio"!*

¡El juez debe ser el servidor de la ley! Y no obstante, celebramos la práctica de la recepción que hizo triunfar al Derecho superior sobre el venerable Derecho antiguo, así como la práctica de los tribunales franceses que por medio de un trabajo de cien años conserva la vida al "Code civil"; y esperamos, finalmente, que los tribunales alemanes del porvenir sabrán adaptar el Código civil alemán a las necesidades siempre nuevas.

¡Cualquier caso imaginable ha de resolverse con el exclusivo auxilio de la ley! Tal es al menos el pensamiento del famoso artículo 4º del Code civil. Pero por el otro lado nos encontramos con el Anteproyecto del Código civil suizo de 1900, calificado por peritos como el producto más importante de la ciencia jurídica moderna, el que en su artículo 1º dispone que si las de-

más fuentes resultasen insuficientes, el juez debía juzgar en virtud de la regla que establecería si fuese legislador. En ambas disposiciones se contiene todo lo que debemos rehuir, todo lo que debemos alcanzar. No es posible, en cambio, indicar de manera exacta o general hasta qué punto debe llevarse "la emancipación del juez de la ley", particularidad de todos los problemas cuantitativos en ciencias cualitativas. Por esta razón se explica que los pareceres de los diferentes partidarios del nuevo movimiento discrepan considerablemente acerca de esa cuestión, según que con arreglo a sus naturalezas diversas, antepongan o el valor de la individualidad y de lo particular o el valor del Estado y de lo general. Nosotros estimamos que también el sentimiento ajeno merece respeto. Por consiguiente, no nos ocurre proponer una solución determinada (la que se adaptaría al sentimiento *nuestro*) como la acertada y como obligatoria para todos los demás. No obstante comunicamos nuestra solución en la esperanza de que otros autores encuentren en ella la suya. Partimos del principio de que la jurisdicción es principalmente, y debe seguir siéndolo, misión del Estado. Por ello exigimos que el juez, obligado por su juramento, resuelva el caso con arreglo al texto unívoco de la ley. El juez puede y debe prescindir de la ley, en primer lugar, si le parece que la ley no le ofrece una decisión carente de dudas; en segundo lugar, si no le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el Poder estatal existente en el momento del fallo habría dictado la resolución que la ley reclama. En ambos casos dictará el juez la sentencia que según su convicción el actual Poder del Estado habría decretado, si hubiese pensado en el caso de autos. Si el juez no fuese capaz de formarse tamaña convicción, se inspirará en el Derecho libre. Finalmente, en casos desesperadamente complicados o dudosos sólo en aspecto cuantitativo (p

ej.: indemnización de daños inmateriales), el juez resolverá y debe resolver arbitrariamente. Las partes tendrán la facultad en todo proceso civil de liberar al juez mediante su mutuo acuerdo de la observancia de cualquier norma jurídica estatal.

No se objete que la convicción judicial resultaría incontrolable y que, por tanto, nuestras proposiciones dan al arbitrio judicial carta abierta. Si no podemos fiarnos del juramento del juez, que en efecto requiere una convicción seria, no existe garantía alguna. También hoy día dependen de la convicción libre e incontrolable del juez lo que estima mediante su interpretación como *Derecho* vigente y lo que reputa por medio de las pruebas como *verdad*. Contra los excesos de la subjetividad nos protege suficientemente la multiplicidad niveladora de los magistrados en los tribunales y los recursos contra las resoluciones judiciales.

Opinamos que no damos al juez más de lo que ya él mismo y necesariamente reivindica para sí y mucho menos de lo que nosotros alemanes en tiempos anteriores y los ingleses aún hoy día conceden, para no hablar ni siquiera del pretor romano. En efecto, vimos que toda técnica jurídica está dominada por la voluntad y que toda sentencia que en ella se base, constituye, por ende, legislación: "lex specialis".

¿Para qué entonces tanto escándalo? Desde luego es mejor unir a una práctica acertada la certera teoría justificativa en lugar de una teoría contradictoria y errónea; vale más acercarse a la meta justa por el camino recto que por senderos torcidos, dificultosos y peligrosos, caminos de contrabandistas; finalmente, no se debe echar en olvido que sólo la orgullosa conciencia de la propia responsabilidad puede crear a grandes magistrados conforme los ingleses los poseen en sus

"judges" que nadie en la Isla Británica supera en popularidad.

¡Hay que razonar todo fallo! No desconocemos de ninguna manera el gran valor de este postulado. Sin embargo, existieron largos períodos de la jurisprudencia que lo ignoraban. Dicho postulado implica, por un lado, falta de confianza; por el otro, falta de autoridad. El creyente no exige del Juicio Final sentencias provistas de resultandos y considerandos. Además, todos nosotros confiamos nuestros bienes más altos a tribunales que no están obligados a justificar sus fallos: a los Jurados. ¿Qué valor poseen, por lo demás, las justificaciones actuales? Nadie las exige respecto a "ius clarum in thesi". Si la cuestión jurídica fuese dudosa, no se trata, como sabemos, de justificaciones objetivas sino de meras falacias. La justificación es subjetiva, psicológicamente suficiente para la parte victoriosa, que, no obstante, también estaría contenta si el fallo careciese de considerandos. En cuanto a la parte vencida, no se da cuenta sino de la desestimación de sus pretensiones. Huelga decir lo que los magistrados vencidos opinan de la fundabilidad del fallo, magistrados que en caso de recursos pueden constituir la mayoría.

¡La sentencia debe ser previsible! Por cierto, un bello ideal, pero desgraciadamente y en toda eternidad, irrealizable. Si la sentencia fuera previsible, no existirían procesos y, por tanto, no existirían sentencias. ¿Quién comenzaría un proceso, en el que, según se puede prever, perderá? ¿O se cree que los abogados de las partes vencidas son ignorantes o estafadores? (Nos proporcionaría una estadística de incomparable valor para la Justicia, si algunos de los más destacados abogados quisieran calcular el tanto por ciento de los casos en los cuales la sentencia fué completamente contraria a sus previsiones).

¡La sentencia debe ser objetiva y no debe ser subje-

tiva! Pero el hombre no puede evitar que imprima a cuanto emprenda el sello de su personalidad. Y cada uno que en el palacio de la diosa Themis no sea un ingenuo forastero sabe qué influencia decisiva ejerce también hoy día la persona del juez sobre la redacción del fallo. Así se explica que las resoluciones de un tribunal cambian al compás de cambiar las personalidades de sus presidentes.

¡La sentencia ha de constituir una obra rigurosamente científica! Pero si así fuese. ¿Cómo se explica la oposición fuera de toda duda entre juristas teóricos y prácticos; el hecho de que apreciamos superlativamente el *tacto* jurídico; y que alabamos el *arte* de la jurisprudencia de la cual confiamos en grande e importante parte a profanos?

¡La jurisprudencia debe ser libre de afectos! En efecto, así debe ser y así será, puesto que la voluntad no se hace ciega a no ser que tropiece con obstáculos, lo que no hemos de temer dada la omnipotencia y la imparcialidad de los jueces actuales. Tal vez queden afectos y quizás inclusive se acentúen; pero tal hecho es inevitable en estas situaciones y, además, no es de temer, ya que la naturaleza humana afortunadamente nunca se resuelve conscientemente a favor de un asunto malo si no tiene en él el más mínimo interés. Aún el mayor pesimista concederá esta tesis.

Contra una parte de lo que acabamos de alegar, se puede objetar que los ideales no son en absoluto refutables por la demostración de que la realidad les es probadamente opuesta. Pero aquellos argumentos no tienen que ser sino argumentos "ad hominem", dirigidos contra aquellos adversarios que combaten nuestro movimiento en el nombre de ideales de los cuales también la situación actual, que desean conservar, se halla tan desesperadamente lejos! Volvamos ahora la mirada de aquellos ideales, en parte indignos de ser aspi-

rados, en parte irrealizables y en parte no puestos en peligro, hacia otros contradictorios y superiores que ya fueron llevados a cabo y que todavía pueden llevarse a la práctica con más perfección, cuando el movimiento del Derecho libre haya triunfado.

He aquí sobre todo el ideal de la *popularidad*, un ideal que existía en largas épocas del pasado romano y germánico y que aún hoy día se lleva a efecto en Inglaterra, pero del que nosotros en la actualidad estamos infinitamente alejados. Con frecuencia se han puesto de relieve las causas de este fenómeno que radican exclusivamente en la ciencia jurídica y en la jurisprudencia que combatimos. También son bastante conocidos los daños de dicha desgraciada situación: desaparecerán con ella misma así que consigamos una jurisprudencia que pronuncie Derecho libre y Derecho que viva en el pueblo, y la cual rechaza enérgicamente los antiguos métodos secretos, incomprensibles y odiosos al hombre profano.

Pero no hace falta que intentemos acercarnos a esta meta por el camino vergonzoso de confiar la jurisprudencia a los profanos, a los aficionados, y ello en una época de *creciente influencia de los especialistas*. La hora de los jurados ha sonado: desaparecen como otras ilusiones, si bien tal vez se utilice su nombre para nuevas instituciones. Pero también los escabinos, los tribunales de comercio y otros tribunales mixtos serían supérfluos con todos sus inconvenientes, así que se realizase la exigencia natural que el juez como cualquier otro obrero hiciera cuanto hace como especialista. Necesitamos a jueces familiarizados tanto con las concepciones jurídicas dominantes en el pueblo como con los resultados de las ciencias afines. Un juez de sólida cultura económica y mercantil no se hallará indefenso ante un proceso en el que se discuten problemas bancarios. El juez debe conocer todas las fin-

tas y todos los trucos del criminal profesional moderno. Pero también debe comprender las particularidades de las profesiones artísticas. Naturalmente necesitamos a jueces especializados en esta o aquella materia conforme las especializaciones en general, siendo una cuestión abierta si las especializaciones del juez deben comenzar ya en la Universidad o sólo después del estudio acabado. También en este campo encontramos indicios favorables, la fusión de las facultades de Derecho y de Ciencias Políticas, la creciente importancia de la enseñanza de la economía política para el jurista, la creación de prácticas jurídico-psicológicas y de clubs dedicados a esta materia, las investigaciones sobre la psicología de las declaraciones ante los tribunales (problema de incalculable alcance), la formación creciente filosófica, las indagaciones sociológicas y realistas de los penalistas. El lema debe ser: *especialista de los hechos, no mago de las disposiciones jurídicas*. Hoy día podemos comparar la teoría y la práctica a aquellos dos personajes de la fábula de los cuales uno ordeña a un macho cabrío, mientras que el otro le pone debajo un colador. Nosotros, en cambio, aspiramos hacia una literatura del porvenir que, además de enseñar la ley, nos exponga las situaciones de la vida, las relaciones jurídicas concretas: al lado de lo que debe ser, también lo que es (Ehrlich). Deseamos magistrados que basados sobre la literatura y la propia experiencia, con pleno conocimiento de las funciones sociales de cada proposición jurídica y de los efectos sociales de su resolución, sepan dictar sus sentencias. Quien todo comprenda, sabrá valorar todo con justicia.

Sólo entonces se realizará el ideal de la *imparcialidad*, de esta cualidad judicial santa, en la cual hoy día amplios círculos del pueblo ya no creen y en la cual no pueden creer. La parcialidad que, sin que sea posible negarlo, se expresa en tantas sentencias, sobre todo sen-

tencias en lo criminal, no procede de mala voluntad sino de puro desconocimiento de los hechos sociales y concepciones y de ingenuos prejuicios de clase que radican precisamente en aquel desconocimiento y que con él pueden ser excusados. Bien es verdad que la imparcialidad supone aún más: a saber, *independencia*, de la cual no cabe hablar plenamente mientras que la carrera del juez penda del gobernante político. En este campo hay que aflojar las relaciones entre la voluntad estatal y la sentencia del juez. No sabemos todavía exactamente cómo se debe llevar a cabo esta empresa, tal vez conforme al modelo suizo mediante elección de los jueces.

El movimiento tiende con todas sus fuerzas hacia una meta que comprenda todos los fines mencionados, la meta más alta de toda juridicidad: la *justicia*. Sólo si hacemos estallar los angostos cauces de las pocas disposiciones legales, sólo si la plenitud del Derecho libre hace posible dar a cada caso la reglamentación adecuada, sólo donde hay *libertad*, existe también justicia. Sólo si eliminamos estériles sutilezas y colocamos en su lugar la voluntad creadora que engendra nuevos pensamientos, sólo donde hay *personalidad*, existe también justicia. Sólo si apartamos la mirada de los libros y la dirigimos hacia la vida calculando las consecuencias y las condiciones más lejanas de nuestros actos, sólo donde hay *sabiduría*, existe también justicia.

FINAL

Tal nuestro movimiento, tales nuestros ideales que oponemos a la situación actual llenos de confianza y de resolución.

No obstante, somos los últimos que en la práctica de muchos siglos sólo hallásemos abusos. Al contrario, una mirada sobre los pueblos con más talento político, romanos e ingleses, nos enseña la justificación relativa de la dogmática jurídica, desconocida a aquellos pueblos, y la que sus corolarios. La dogmática constituye el medio, si bien burdo, de frenar el afán precipitado de innovación de la jurisprudencia. Sólo en los pueblos en los cuales la cultura política de los jueces era bastante sólida para garantizar el conservadurismo en las deliberaciones, no hacía falta aquel remedio. Pero nuestros magistrados están ahora bastante formados para poder prescindir de aquella camisa de fuerza; desde luego, tienen más madurez que la mayoría de los miembros de partidos que hacen las veces de legislador.

De la cultura del juez depende en último grado todo progreso del desarrollo jurídico. Con este motivo y como final de este escrito queremos exponer una comparación histórica. No creemos ya, como antes la concepción racionalista de la historia, que el antiguo dominio de la *teoría formal de la prueba* constituía una sencilla equivocación. Sabemos más bien que se había

de anudar la resolución del problema de la culpabilidad a supuestos exteriores como p. ej. a la confesión o a la declaración de dos testigos, mientras que la cultura del juez no permitía captar independientemente el aspecto lógico, psicológico y sociológico. Pero cuando de la humanidad se apoderó aquella embriaguez intelectual, a causa del nacimiento de las ciencias exactas de la naturaleza en el siglo XVII, la cual entró en la Historia Universal en el siglo XVIII a consecuencia del iluminismo, llegó también la hora a la jurisprudencia para desplegar una actividad de libre investigación, sin prejuicios y científica. El juez no necesitaba ya el empleo de cuerdas, tenazas y llamas a fin de coaccionar al acusado a confesar *unos hechos*, los cuales la *razón*, del juez, ya emancipada, pudo comprobar con independencia. Así vendrá el tiempo en el cual el jurista no necesitará ya hacer uso de ficciones, interpretaciones y contrucciones para sacar violentamente de la ley una *solución*, que su propia *voluntad*, despertada a vida individual, podrá hallar con independencia.

Después de pasar el siglo XIX, aquella época del eclecticismo y de los compromisos, nos adentramos en el siglo XX, que según todos los síntomas será en arte, ciencia y religión un siglo del sentimiento y de la voluntad. De los escombros del tormento se levantó, horror para los cobardes, en son de triunfo la *libre apreciación de la prueba*, el orgullo de los tiempos actuales; de las ruinas de la dogmática surgirá, espanto de todos los confusos, la gloria del porvenir, la *Creación Del Derecho Libre*.

APÉNDICE

- Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903 (El hallazgo del Derecho libre y la ciencia del Derecho libre). V. también escritos anteriores.
- Soziologie und Jurisprudenz, Zukunft 14 (1906), 231 (Sociología y jurisprudencia, en El Porvenir, tomo 14, p. 231).
- Gény, Méthode d'interprétation, 1899. (Método de interpretación).
- Heck, Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue, Deutsche Juristenzeitung, 10 (1905), 1140 (Jurisprudencia de intereses y fidelidad de la ley, en Revista de los juristas alemanes, t. 10, columna 1140).
- Jung, Die logische Geschlossenheit des Rechts, 1900 (La plenitud hermética del Derecho).
- Lambert, La fonction du droit civil comparé, 1903 (La función del Derecho civil comparado).
- Mayer, M. E. Rechtsnormen und Kulturnormen, 1003 (Normas de Derecho y normas de cultura).
- Müller-Erzbach, Die grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, 1905. (Los principios de la representación indirecta ,desarrollados en atención a los intereses en juego).
- Radbruch, Ueber die Methode der Rechtsvergleichung, Monatsschrift für Kriminal-psychologie 2 (1905), 422 (Sobre el método del Derecho comparado, en Revista Mensual de la psicología criminal, todo 2, p. 422).
- Rumpf, Zum jetzigen Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung (Anhang), Iherings Jahrbücher 49 (1905), 394. (Acerca del estado actual de la doctrina de la causación adecuada, Apéndice, en Revista de Ihering, t. 40, p. 394).

Schlossmann, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Gesetzesauslegung, 1903 (El error sobre cualidades esenciales. A la vez una contribución a la teoría de la interpretación de la ley, 1903). Y en publicaciones anteriores.

Schmidt, Bruno, Das Gewohnheitsrecht, 1899 (El Derecho consuetudinario).

Stammler, Die Lehre vom richtigen Rechte, 1902 (La teoría del Derecho justo).

Stampe, Rechtsfindung durch Konstruktion, Deutsche Juristen Zeitung, 10 (1905), 417 (El hallazgo del Derecho por construcción, en Revista de los Juristas alemanes, t. 10, columna 417).

Rechtsfindung durch Interessenwägung, ibidem 713 (Hallazgo del Derecho por ponderación de intereses).

Gesetz und Richtermacht, ibidem 1018 (Ley y poder judicial).

Sternberg, Allgemeine Rechtslehre, I, 1904 (Teoría General del Derecho).

Wurzel, Das Juristische Denken, 1904 (El pensamiento jurídico).

Zitelmann, Lücken im Recht, 1903 (Lagunas en el Derecho).

A este catálogo han de añadirse numerosas observaciones ocasionales, sobre todo en Jellinek (las últimas en "Teoría General del Estado", segunda edición, 1905, ps. 50, 51, 347 a 351) y en Kohler (las últimas en Manual del Código civil alemán, t. I (1904), ps. 82 a 85, 111 a 113, 126 y 133), además en A. Menger, Huber, Dohna, Dernburg, E. J. Bekker, Oertmann, Kuhlenbeck y otros muchos juristas; además en filósofos como Wundt, Brentano, etc.

ÍNDICE

	PÁG.
<i>Prólogo</i> , de Lorenzo Carnelli	7

Primera parte

LOS FUNDAMENTOS DE LA CIENCIA JURÍDICA

por

FEDERICO CARLOS VON SAVIGNY

La naturaleza general de las fuentes jurídicas

Relación jurídica	29
Institución jurídica	31
Concepto de las fuentes jurídicas	33
Nacimiento del Derecho general	35
El Pueblo	38
Estado, Derecho del Estado, Derecho privado, Derecho público	40
Opiniones discrepantes acerca del Estado	46
Derecho Internacional	49
Derecho consuetudinario	50
La legislación	54
Derecho científico	59
Las fuentes jurídicas en sus relaciones mutuas. Naturaleza y origen de su contenido	63
Derecho absoluto y Derecho mediador, Derecho normal y anormal	69

Interpretación de las leyes

Concepto de la interpretación	77
a) La interpretación de leyes particulares	82
El fundamento de la ley	85

	PÁG.
La interpretación de las leyes defectuosas. Clases de tamañas leyes y remedios contra sus imperfecciones	90
Continuación: Expresión indefinida	93
Continuación: Expresión errónea	97
Interpretación de las leyes de Justiniano: Crítica	106
Continuación: Crítica	110
Continuación: De pasajes aisladamente considerados	115
Continuación: De pasajes determinados en relación con la recopilación	117
b) Interpretación de las fuentes jurídicas en su totalidad	123
Continuación: Contradicción	128
Continuación: Contradicción	133
Continuación: Contradicción	141
Continuación: Lagunas, Analogía	147
Juicios del Derecho Romano acerca de la interpretación	152
Continuación	159
Valor práctico de los juicios del Derecho Romano acerca de la interpretación	164
Opiniones de autores modernos sobre la interpretación	170
Disposiciones de las leyes modernas sobre la interpretación	177

Las relaciones jurídicas

Naturaleza de las relaciones jurídicas	181
Clases de las relaciones jurídicas	184
Derecho de familia	193
Continuación	202
Derecho patrimonial	211
Continuación	221
Visión de conjunto sobre instituciones jurídicas	226
Opiniones discrepantes acerca de la clasificación	232

Segunda parte

EL CARÁCTER ACIENTÍFICO DE LA LLAMADA CIENCIA DEL DERECHO

por

JULIO GERMÁN VON KIRCHMANN

Prólogo	249
Desarrollo de la tesis	251

Tercera parte

LAS LAGUNAS DEL DERECHO

por

ERNESTO ZITELMANN

Texto y notas	289
-------------------------	-----

Cuarta parte

LA LUCHA POR LA CIENCIA DEL DERECHO

por

GERMÁN KANTOROWICZ

Índice completo	325
Prólogo	327
Introducción	329
<i>La nueva concepción:</i>	
a) Del Derecho	332
b) De la ciencia jurídica	342
c) De la jurisprudencia	361
Final	370
Apéndice	372

La Ciencia del Derecho se terminó de imprimir en agosto de 2007, en Edigráfica, S.A. de C.V., gracias a la generosa colaboración del M.D. Juan Carlos Gómez Martínez. La edición consta de 1000 ejemplares, y la revisión y supervisión editorial estuvieron al cuidado del licenciado Juan B. Gómez Moreno y M.D. Aldo Francisco Rodríguez Gutiérrez.

DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL



Séptima Época. Segunda Etapa



DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES DE
JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL

"Difundir el Saber Jurídico por una Justicia Social"