

La escuela del Derecho Libre

Esta escuela nace al plantearse el problema de la interpretación del Derecho, pues una cosa es el dar normas legales, más o menos previsoras y científicas, destinadas a regular una pluralidad de casos, y otra bien distinta es el acomodar el caso concreto y la pluralidad de factores que intervienen en la vida real, en esas categorías lógicas trazadas *a priori* y adoleciendo quizá, en muchos casos, de un excesivo carácter matemático y racionalista.

Esta labor de adaptación de la norma legal al caso concreto corresponde al Juez principalmente; sobre este punto no hay discusión alguna entre los autores. El problema aparece al señalar el modo y medida en que el Juez deba hacer esta adaptación.

Ha sido éste un problema muy debatido, y es porque en él se esconde la solución a otro problema: La admisión de la jurisprudencia como fuente de Derecho, lo cual supone dar entrada a diferentes grupos sociales en el ámbito del poder legislativo, y esto, como vemos, responde a un problema de índole política más que jurídica. No obstante, prescindiendo de las tendencias particulares de cada uno, consideremos el problema objetivamente y desde el aspecto jurídico únicamente.

Para esto vamos a ver someramente las diferentes teorías que opinan sobre este punto, o al menos las más importantes. La doctrina tradicional mantiene la soberanía innegable de la Ley sobre cualquier otra fuente de Derecho y no permite que éste se viole a pretexto de una mayor justicia. Con esto limita enormemente la función judicial, pues la considera un puro silogismo en el cual la premisa mayor sería la Ley, la menor el caso concreto y la conclusión la sentencia. Para esta doctrina el Juez no hace más que aplicar normas de Derecho pero en

ningún caso las crea. Esto tiene indiscutiblemente sus ventajas y muy grandes, tanto que en ningún caso debemos olvidarlas; así da una solidez y fijeza de doctrina que garantiza a las relaciones jurídicas su indispensable seguridad, y como dice GENY: «el intérprete se siente garantido por la dirección inflexible que *parecen* ofrecerle reglas tan categóricas»; GENY señala esta palabra, pues él duda de que en efecto esas reglas lleguen a garantizarle algo.

No entremos en juicio crítico de esta doctrina, sin antes haber estudiado las otras que versan sobre este tema, y haber conocido sus puntos de vista, sus fallos y sus aciertos.

Como exageración quizá de la posición anterior, podemos señalar la escuela exegética francesa, la cual, considerando casi como dogmático el Código de Napoleón, se dedica a hacer un estudio minucioso de cada uno de sus párrafos y de sus palabras; lo comentan sus autores exhaustivamente, sin que haya posibilidad ya de encontrar un sentido, un significado cualquiera que ellos no lo hayan estudiado ya y lo hayan discutido; en este aspecto se destaca mucho PLANIOL, que es un comentarista magnífico del Código civil francés. Esta tendencia llevada a Alemania da lugar a un estudio sistemático del Código, más científico aún que el de los franceses.

Pero como toda exageración trae consigo la reacción, tanto más virulenta cuanto mayor fué aquélla. Por esto surge, además de otras circunstancias, la escuela histórica, que habla del espíritu del pueblo, de la conciencia común, de la exaltación de la costumbre como expresión genuina de ese espíritu o conciencia nacional y que considera la Ley como la cristalización reflexiva de esa conciencia nacional. Para ella el intérprete tiene sólo un valor declarativo de la Ley, sirviendo la jurisprudencia únicamente en el caso de que adopte la forma de ley o costumbre.

La característica de todas estas tendencias es el establecer en un orden axiológico, en primer lugar la Ley; detrás, pero informándole, el Derecho Natural, según unos, o el espíritu del pueblo, según otros, y por último, en algunos casos la costumbre. El Juez saca sus decisiones de uno de estos elementos y en este orden de preferencia, pero nunca de sí mismos.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Cuál debe ser la función del Juez, de mera aplicación del Derecho o de producción del mismo? ¿Su actividad es creadora de Derecho o es interpretativa y aplicadora del Derecho existente? Si es productiva; ¿qué le diferencia

del legislador? Si es de mera aplicación, ¿cómo integra el progreso jurídico, o es que no interviene en él?

Según como respondamos a cada una de estas preguntas nos afiliaremos a una u otra escuela. Por mi parte me limito a exponer el contenido de esta nueva escuela que se conoce con el nombre del Derecho Libre, sin afiliarme al menos de un modo total a ella.

El movimiento del Derecho Libre apareció a comienzos de siglo acaudillado por KANTOROWICZ, que ataca al derecho creado por el jurista y afirma su fe en el derecho espontáneo e intuitivo que vive en la sociedad y en cada hombre y que es susceptible de encarnarse en un juicio individual; el del Juez; no debemos pensar que esto se refiera a la escuela histórica, por decir que se trata de un derecho espontáneo, nada sería más absurdo que pretender encontrar siquiera una semejanza remota entre ambas doctrinas. En el Derecho Libre se ha buscado un principio informador de las fuentes jurídicas; y como dice ADIECKES: que es el principal factor de la escuela, la única y verdadera fuente del Derecho es la razón subjetiva, sea ésta del Juez o del intérprete. No concibe él la aplicación del Derecho sino puede sacar el individuo libremente el derecho de su propia convicción, o lo que es lo mismo, de esa idea subjetiva que poseemos todos de la Justicia. Para ADIECKES el valor del Derecho positivo es sólo el de un límite del que el Juez no puede pasar; pero en ningún caso hemos de pensar que todo el derecho objetivo es el positivo sino que hay un derecho quizá más importante que el anterior, que viene deducido de la razón y cuyo órgano encargado de la deducción es el Juez.

Pero hemos de pensar una cosa y es que estos autores que escriben estas cosas no son incapaces ni negados, sino al contrario son hombres de mucha ciencia y saber, y cuando hacen una afirmación la hacen teniendo en cuenta razones muy poderosas. Podrá ser que sus conclusiones sean falsas, pero en pocos casos, absurdas; lo que sucede es que el ir pinzando frases de sus obras sin decir porqué ni cómo las han escrito, es injusto. Una falta característica de los autores de ambas tendencias es el presentar la contraria a grandes rasgos, sin señalar las razones positivas que la han inspirado, y luego se dan el gusto de combatirla marcando todos los defectos, de que adolece; con lo cual, al leer la obra de cualquier autor, nos da la sensación de que los representantes de la escuela opuesta son falaces.

Por ello, para no caer en este defecto tan lamentable, voy a exponer la teoría del Derecho Libre vista desde el punto de vista de sus representantes, como con GENY, DUALDE, etc., y luego haremos su crítica tomando en cuenta la opinión de los defensores de la Escuela Tradicional.

GENY, en su obra «Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo», después de señalar las virtudes de la escuela tradicional, y decir que ha tenido muy en cuenta, nos dice que a cambio de estos méritos innegables —que en muchas ocasiones son más aparentes que reales— la escuela tradicional deja a la ciencia del Derecho en una situación muy precaria, ya que está sometida ciegamente a los textos escritos. Esto en el aspecto doctrinal y no digamos nada si entramos en la práctica, en donde el vicio capital es el inmovilizar el Derecho, cerrándolo a toda idea nueva y a toda posible renovación que no venga de manos del legislador.

Con esto el ordenamiento jurídico se queda plasmado y petrificado en el momento de aparecer la Ley, y la vida jurídica que ha de estar indefectiblemente unida a aquél ha de estirar al máximo las sutilezas y ficciones interpretativas para que pueda acomodarse a todas sus variedades, ya que toda cuestión jurídica debe resolverse mediante las soluciones dadas *a priori* por el legislador y nada más que con éstas. Aunque cambie, pues, el horizonte o la vida jurídica, deberá, sin embargo, seguirse rigiendo por aquellas normas inmutables y cabalísticas que parecen el compendio de todo el saber humano. Cuando la discordancia es absoluta, entonces se aumenta un poco más la libertad de interpretación y queda el problema resuelto, bajo la apariencia de permanecer fiel a la Ley; lo que se hace es dar margen al subjetivismo más desordenado. Cuando el legislador no pensó en algo, pues no es posible que piense en todo, entonces se dice que lo que quiso pensar es tal cosa. Pero con todo, esto aún sería un mal a medias si se confesara abierta y llanamente, y se dijera que las deficiencias de la Ley serán suplidas por la labor interpretativa; pero no es así: teóricamente se la niega toda posibilidad y se restringe, como hemos visto, su ámbito de aplicación hasta lo insignificante.

Por otra parte la decisión del Juez, según los elementos que le suministra la Ley, supone necesariamente la concepción de ideas abstractas que se consideran impuestas *a priori*, al intérprete e incluso al legislador mismo. De admitirse estas ideas hay que admitir todas

sus consecuencias; caso contrario habrá que criticar todo el método. Y esto es lo que vamos a hacer.

GENY empieza ahora su crítica, basándose en estos dos puntos: 1.º, exageración del elemento legal en el método jurídico tradicional, y 2.º, abuso de las abstracciones lógicas. En cuanto al primer punto, dice él, que se ha dado un valor de panacea universal al elemento legal pensando que cuanto no ha sido dicho en su texto no es posible que sea mejor ni más justo que lo que allí ha sido dicho. Del segundo punto, ya hablamos anteriormente; baste ahora decir que es muy difícil querer ver la solución de un problema en una norma, mediante la cual se pretendió regular un caso muy distinto del presente.

A continuación el autor nos presenta un bosquejo elaborado por él de un plan de reconstitución del método y de teoría de las fuentes. Sienta como afirmación categórica que la interpretación es soberana de sus decisiones, sin más cortapisas que el mismo fin de su misión y recibiendo sus inspiraciones del gran fondo de justicia y de utilidad social que alimenta la vida toda del Derecho. Reconocemos, sin embargo, que ésta sea una poderosa arma dada a los Jueces, y podrá preguntársenos, ¿es que no arriesgamos nada entregándonos al arbitrio judicial, con todos sus peligros e inconvenientes? E incluso podrá argüirse si no falseamos aquel principio constitucional de la división de poderes, al dar al Juez facultad de innovar en el caso sometido a su conocimiento, interferirá la esfera legislativa.

Discriminemos la contradicción. En cuanto a la segunda, o bien podremos atacar abiertamente ese tan manido concepto constitucional, hoy día tan desacreditado, o bien podemos demostrar que no hay tal usurpación en esta labor que pretendemos encomendarle al Juez ya que ésta, está limitada al caso que se ha sometido a su jurisdicción. Sería una usurpación si permitiésemos al Juez dictar reglas generales para el porvenir; pero en ningún caso hemos dicho que la jurisprudencia de un Tribunal, por alto que sea su rango, vincule a los demás tribunales, ni siquiera a él mismo en sus posteriores Sentencias, pues es perfectamente admisible que un mismo Tribunal, por diversas causas, mude de parecer y con ello de dirección en sus fallos. Ni aun siquiera decimos que una doctrina dudosa haya de consagrarse como legítima por sucesivas Sentencias en su favor, ni que haya de convertirse en norma casi legislativa.

Però en fin, aún admitiendo como más ventajosa la sujeción

a la norma legal, por las razones que hemos dicho antes; sin embargo, en lo que no vemos explicación alguna es por qué, en los casos en que la Ley enmudece, no se pueda admitir que el intérprete busque la solución que necesita en su propia conciencia, pues, aun cuando la Ley sea perfecta, no puede contener todos los mandatos necesarios para regular debidamente toda la vida jurídica; es pues necesario un intermediario, y para esta función, nadie mejor que el Juez.

En cuanto al primer argumento que presentamos como posible objeción contra nuestra teoría, hemos de decir lo siguiente: Confieso que en algunas ocasiones es preferible renunciar a ciertas sutilezas de justicia, con tal de mantener la supremacía de la norma general de un modo fijo y estable, de forma que todos puedan conocerla y aplicarla; pero no podemos admitir el sacrificio de toda idea de adaptación de la Ley al caso concreto en pro de esa igualdad abstracta; sería como pretender obtener la solución de la suerte para evitar la posible arbitrariedad subjetiva. Esto es absurdo; al menos a mi modesto parecer.

Queda ahora un punto muy importante por resolver: ¿en qué proporción es realizable este ideal, y de qué medios disponemos para obtenerla? Para dar una solución satisfactoria a este último punto, he de sentar los siguientes principios: Primero, el intérprete no puede quedar abandonado única y exclusivamente a su propio arbitrio, sino que reconocemos que por encima de él existan otras normas superiores, ya sean de Derecho positivo, ya del consuetudinario o bien de Derecho Natural. Segundo, ni predicamos tampoco que el Juez deba llevarse de un momentáneo impresionismo; sino más bien al contrario, es necesario que indague el hecho lo más objetivamente posible, y después resuelva acomodándose a las necesidades políticas, sociales, económicas y religiosas.

Dejando ya la citada obra de GENY y pasando a la de DUALDE, «Una revolución en la lógica del Derecho», vemos que éste se confiesa partidario de la escuela del Derecho Libre y fiel seguidor de GENY y de EHERLICH que son, como sabemos, sus iniciadores. El éxito de esta escuela ha sido tan enorme en los últimos tiempos, que, como dice RADBRUCH: La escuela del Derecho Libre después de haber llegado rápidamente a la plenitud, tiene que languidecer ahora por falta de adversarios. Esto, según afirma el mismo DUALDE, es una frase gratuita de RADBRUCH, pues el mismo padre de la escuela,

GENY, señala que muchos, al leer su libro, se inclinarán a negar toda originalidad a su nuevo método. Pero lo que sí nos atrevemos a afirmar es que el Derecho Libre será en el porvenir la base de todas las posteriores teorías sobre la interpretación del Derecho, pasando a ser la de la evolución histórica; un matiz de aquélla. Nosotros no pretendemos hacer al Juez un árbitro del Derecho; queremos únicamente que él supla las lagunas del mismo, pero sin convertir todo el campo del Derecho en una laguna por la cual el intérprete pueda navegar a su antojo. Criterio que nos separa de algunos autores, cuando afirman que en el Derecho positivo no hay ni puede haber lagunas, pues todo lo no prohibido es perfectamente lícito, cuya tesis defienden los positivistas como DONATI, para quien cada precepto es una limitación dolorosa de la libertad.

En realidad el Derecho Libre respeta la Ley, más quizá que la escuela tradicional; pero la limita a su esfera propia, sin permitir que se salga de ella por medio de aquellos artificios interpretativos, de los que ya hablamos al principio, y cuando la Ley no llegue, pedimos libertad para el Juez; no obstante el concepto de interpretación continúa siendo el mismo que para la doctrina tradicional, así lo afirma el propio GENY.

Habiendo visto ya los puntos principales de esta escuela, dictados por sus principales representantes, vamos a procurar ahora presentar otros seguidores de la misma tendencia; pero cada uno en una posición cada vez más extremada. En esta gradación vemos por ejemplo a KOHLER, que en su obra «Ueber die Interpretation der Gesetze», estudia la teoría de la interpretación, dando fuerza creativa a la actividad de la jurisprudencia. Y quiere que el Juez cree el Derecho dejándose llevar de la observación de la naturaleza de las cosas, y que construya la Sentencia partiendo, no sólo del principio de justicia, sino también de la Filosofía, Sociología, Religión, etc. EHERLICH, tras la encendida discusión que provocó la escuela del Derecho Libre en la Revista *Nel Congresso* y que terminó con la victoria de aquélla, argumenta: que el Juez, no obstante toda libertad que se le atribuye, es necesario que se le regule, pues de lo contrario adaptaría el Derecho a su propio temperamento. Con esto EHERLICH parece dar un paso atrás en esta dirección; sin embargo, del resto de su obra se ve que no es así y que es más extremado que KOHLER. Lo que sucede es que los mismos autores de la escuela, no están de acuerdo sobre la extensión que deba darse a esta li-

bre creación del Derecho, pues unos admiten tal poder, sólo en los casos en que la Ley enmudezca, es decir, en caso de laguna; otros por el contrario, ensanchan el ámbito de la interpretación lógica, y no faltan quienes creen posible la creación del Derecho por el Juez en todos los casos. EHERLICH, por su parte, continúa diciendo que cuando la Ley no provea, el Juez es libre de buscar el *jus quod est*; y cuando no dice, ¿a qué buscar en ella decisiones que no contiene? La personalidad del Juez, por otra parte, es la mejor garantía de una buena decisión; por tanto, debe ser lícito al Juez ir contra la Ley cuando las circunstancias del caso lo requieran.

La Ley, dice BÜLOW, es sólo un plan por realizar y su plenitud la alcanza en la decisión judicial, que no debe ser únicamente la resolución del silogismo clásico. Esta afirmación de BÜLOW no es original, pues ya GENY había dicho: «las modernas legislaciones, no trazan más que líneas generales correspondiendo la individualización al Juez». Sin embargo, aun cuando vemos que la idea es la misma, lo que BÜLOW pretende al afirmar tal caso, es que los Códigos y Leyes no son más que un derecho en potencia, cuya actualización debe corresponder al intérprete; en cambio la idea de GENY es distinta: él quiere decir que las modernas legislaciones codificadas son categorías en las cuales haya de irse encajando la realidad, y en lugar de irse doblegando la norma a la vida, es al revés: se hace entrar aquella realidad en estos moldes lógicos de aspecto un tanto matemático.

MENGER, desviándose un tanto del fin perseguido por estos autores, intenta encauzar la nueva doctrina por moldes un poco filantrópicos o mejor, socializadores. El título de su obra es de suyo bastante expresivo: «El Derecho civil y los pobres», y en una de sus páginas leemos: «Cuando falte una disposición taxativa de la Ley, el Juez debe inspirar su decisión, mitigando la unilateralidad del Derecho civil. Se ve claramente que a MENGER lo que menos le importa en este punto es si, en efecto, el Juez debe tener o no libertad en sus juicios; lo que él pretende aprovechar la ocasión para hacer política. Como ya advertimos al principio, en este punto ha influido mucho aquélla.»

Pero volviendo a la línea señalada por EHERLICH, encontramos a WURZEL, que apoyando lo dicho por aquél de que el Juez podrá ir contra la Ley cuando las circunstancias del caso lo requieran, nos dice: un caso podrá estar comprendido lógicamente en la Ley; pero

si el legislador cuando legisló no lo tuvo en cuenta, es evidente que no pudo querer regularlo y en consecuencia, aquella norma no se dió para aquel caso, si a esto añadimos aquello de BEKKER, que el legislador es un mito, y que, por tanto, no hay tal voluntad del legislador y que el Juez puede actuar contra su voluntad, puesto que no existe, nos encontramos ya con la destrucción completa de la Ley como norma legal, y con ello el hundimiento de todo el ordenamiento jurídico. Por esto, cuando KANTOROWICZ nos asegura que el Derecho Libre es la resurrección del Derecho Natural, despojado de toda su inflexibilidad y lleno de variabilidad y de correspondencia con la vida real, nos hace pensar si estos autores querrán también darle muerte a éste, como se la han dado a la Ley. Admitimos sí, con KANTOROWICZ, que la inexistencia de lagunas en el ordenamiento positivista es falso; pero nos hace dudar cuando nos dice que la solución sería permitir al Juez que indague y que cree. Pero a esta duda nos contesta, antes de que podamos formularla, ¿porqué hemos de temer que se entronice demasiado el árbitro judicial?, cuando en realidad no se le concede más de lo que ya de hecho se ha tomado. Y es mejor tener para la justa práctica del Derecho una buena teoría que la sirva de fundamento que no una que está en contradicción. »

A continuación vamos a estudiar la reacción que ha surgido en casi toda Europa contra estas tendencias. Sus mismos autores, viendo sus funestas consecuencias, se han visto obligados a restringir la autonomía judicial; así el mismo BÜLOW recomienda que es sagrado deber del Juez no apartarse de las normas legales. KLEIN dijo que era éste un Derecho antisocial y antipolítico —pues mantiene la idea individualista— sin garantía de ninguna especie, ya que no se puede al Juez exigir responsabilidad alguna; de forma que habrán tantos Derechos cuantos jueces hayan, pues cada uno creará un Derecho a su antojo; pero más duro es aún BRITT en su obra «Die Kunst der Rechtsanwendung», en la cual escribe: ¿No sería mejor diferir a la suerte, la decisión de las controversias, en lugar de confiarla al arbitrio judicial?, así nos ahorraríamos los gastos del procedimiento. Recordemos que este mismo argumento lo usó GENY para defender precisamente esta escuela, en aquella frase: No podemos admitir el sacrificio de toda idea de adaptación de la Ley al caso concreto, en pro de esa igualdad abstracta; sería como pretender obtener la solución de la suerte para evitar toda posible arbitrariedad subjetiva. Es curioso que ambos autores utilicen el mismo símil,

uno para defender el arbitrio judicial y otro para atacarlo. Pero la cosa se debe a que todos los extremos son absurdos, tanto en un sentido como en otro. Y basta, pues, para criticar una teoría, llevarla a sus últimas consecuencias.

Pero volviendo a BRITT, aún leemos en la obra antes citada otras frases de crítica a la escuela del Derecho Libre; y no es que él sea contrario a ella, lo que critica es, como antes hemos dicho, sus exageraciones. Y así escribe que el sentimentalismo y la benevolencia no son ni pueden ser nunca cuentas de Derecho, ni tampoco ciertas consideraciones de tipo sociológico han de ser tenidas en cuenta por el Juez, a no ser que el legislador lo imponga de antemano en el texto de la Ley.

No hay que creer, sin embargo, que todo es malo en esta teoría; lo único es que estos autores quieren sustituir la firmeza del mandato jurídico por el subjetivismo del Juez, creando con ello un estado de peligrosa anarquía e inseguridad. El Juez que por una supuesta equidad intenta mudar la Ley, comete una violación jurídica; la misma que la del criminal que viola una ley penal. Por tanto, la tendencia de emancipar al Juez de la Ley, no es más que una rebelión de éste contra el legislador. Pero no debemos olvidar que no es ni mucho menos imposible llevar a la práctica esta teoría, pues el Código civil suizo, si bien en forma moderada, lo ha preceptuado al reconocer en su artículo primero que cuando para un caso nuevo no se encuentra en la Ley alguna disposición, el Juez debe decidir, sobre todo, según la costumbre, y si ésta falta, según la probada doctrina de la jurisprudencia; y si en ninguna de estas fuentes encontrara la norma para el caso, deberá pronunciar su sentencia según la norma que él como *legislador estableciere*. Por esto, como dice FERRARA, no hay que cerrar la posibilidad de existencia a este ordenamiento jurídico; pues dependerá únicamente del orden constitucional; y en aquellos países donde se dé la división de poderes, no podrá admitirse este sistema, a pesar del intento de GENY para darle solución.

No obstante lo dicho, la escuela del Derecho Libre nos ha traído aportaciones muy importantes, en cuanto al desacreditar el método lógico; nos ha señalado que la decisión debe estar inspirada en las exigencias sociales.

Después de haber visto en qué consiste la teoría del Derecho Libre y haber hecho su crítica, vamos ahora a estudiar algunos aspectos importantes; en primer lugar, la semejanza de esta escuela con

la de la Jurisprudencia de Intereses ; segundo, si se debe admitir o no la Jurisprudencia como fuente de Derecho ; y, por último, ver la innovación que trae el Derecho Libre al campo de la metodología jurídica.

En cuanto al primer punto, hemos de reconocer que hay ciertas semejanzas entre ambas escuelas ; pero no se deben confundir aunque el Derecho Libre en sus postrimerías apenas si se distingue de la Jurisprudencia de Intereses, la cual no tolera el positivismo, ni la violación de las leyes positivas. Diferencia, sin embargo, muy importante es que la Jurisprudencia de Intereses rechaza toda Filosofía, mientras que el Derecho Libre se basa en la Filosofía de la dirección neokantiana del grupo sud-occidental. La primera es empírica ; la segunda no lo es. Para el Derecho Libre, el derecho se produce en razón al fin de aquí que se le haya dado también el nombre de método teológico ; para la Jurisprudencia de Intereses, el Juez está vinculado a la Ley, pero ante la laguna puede apartarse del contenido originario de la Ley y acomodarse a los nuevos ideales de la comunidad ; del mismo modo podrá proceder con respecto a las leyes viejas y que ya no tengan idéntica aplicación. Ahora, bien, hay que tener en cuenta que HERING, el padre de la Jurisprudencia de Intereses, jamás de creación jurídica ; solamente a partir de él se ha hecho frecuente esta frase, pero nunca en sentido puro y simple como pretende el Derecho Libre. No debemos, pues, pensar en el Juez inanimado de MONTESQUIEU ; pero tampoco en el Juez creador de KANTOROWICZ. Ya hemos visto hasta qué punto tienen semejanza estas dos escuelas que muchos han confundido.

BLAS PÉREZ GONZÁLEZ dice, que ante la existencia de las lagunas en la Ley —lo cual es innegable— y desechadas la solución metodológica del positivismo, el método de inversión de la jurisprudencia técnica ; y la libre creación del Derecho, no cabe otro método que el de la Jurisprudencia de Intereses, por ofrecer soluciones perfectamente ajustadas a las que propugna el nuevo Estado y ser más inteligente a la comprensión de la comunidad.

En cuanto al segundo punto a tratar es si se debe o no admitir la jurisprudencia como fuente de Derecho. Sobre esto nada se puede decir *a priori* ; lo mejor es que repasemos la Historia del Derecho y veamos en los países de mejor ordenamiento jurídico la suerte que ha correspondido a la jurisprudencia. En Roma, tuvo una grandísima importancia ; recordemos si no aquella frase del Digesto : *quod praetores*

introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam. Con esto queda confirmada la preponderancia que tuvo sobre la Ley la decisión de los Pretores. Más tarde, en tiempos modernos, se dan dos concepciones: una, la continental de tipo racionalista y que considera que el ideal de la Justicia se manifiesta en reglas abstractas a las que el Juez debe someterse; la otra es la concepción inglesa, que se inclina a creer que el Derecho hay que buscarlo en las decisiones de los buenos jueces.

En nuestra época, la ciencia continental, hemos visto que considera capaz a la jurisprudencia, si es necesario, de saltar sobre la Ley, para lograr la justicia o esquivar su aplicación mediante un rodeo ingenioso. ADICKES explica este fenómeno diciendo que la razón es la única fuente del Derecho, pero el medio de que sea razón no dé dictámenes inciertos es creando un órgano para su interpretación. Nuestra legislación, que ha dispuesto en este punto el señor CASTÁN señala que en el artículo sexto de nuestro Código civil es donde se hace la enumeración de las fuentes en el orden jurídico español; sin embargo, lo que este artículo parece querer señalar es más bien una norma práctica para los jueces de orden de aplicación, pero no de jerarquía de fuentes, ya que, como el mismo autor nos dice, los principios generales son los elementos inspiradores, vivificadores, correctivos e incluso derogatorios en ciertos casos de las leyes; y, no obstante, en el artículo sexto, aparecen nombrados en último lugar. De ahí que otros autores hayan buscado el orden de jerarquía en el artículo quinto; pero esta teoría también ha sido combatida, ya que en este artículo no aparecen nombrados para nada los principios generales, y si los ha omitido el legislador, también podemos suponer que ha omitido la jurisprudencia, y como de hecho, tanto en la tradición jurídica española como en la práctica actual de los tribunales, se tiene aquella en muchísima consideración, de aquí que no sepamos ni en efecto actualmente está o no admitida la jurisprudencia como fuente de Derecho, pues en el Código no se ha hecho ninguna enumeración de ella. Esta es la opinión del señor HERNÁNDEZ GIL; nosotros por nuestra parte consideramos con el señor CASTRO que es el artículo quinto quien determina las fuentes del Derecho español actual.

Y respondiendo al tercer punto que nos planteamos, debo responder que la escuela del Derecho Libre afecta también al problema del método, y que todas las direcciones metodológicas son al mismo

tiempo escuelas de jurisprudencia, vg.: la escuela francesa de la exegésis, para la cual la misión de la interpretación y de la ciencia jurídica queda sometida al dogma del Código, buscando en la interpretación únicamente la intención del legislador, y careciendo el intérprete del menor arbitrio, pues la división de poderes del sistema constitucional francés se lo impide. La escuela Histórica, con SAVIGNY al frente, arremete contra la anterior; dice que el Derecho es como el idioma, propio de cada pueblo y de creación espontánea. Hubiera triunfado esta teoría, de no haberse torcido buscando la expresión perfecta del Derecho en el Romano; con lo cual, en lugar de crear un sociologismo jurídico, engendró un normativismo y dogmatismo constructivo.

No quiero concluir este trabajo, sin antes presentar un caso práctico en el cual se hace necesaria la aceptación, en parte, al menos, de las teorías que venimos exponiendo. El ejemplo de disociación entre el derecho y la realidad social nos lo da Cuba. La vida civil está modelada por el Código civil español, que se hizo extensivo a Ultramar por Real decreto de 31 de agosto de 1889. En su Derecho positivo, que es el nuestro también, se da una característica rigidez de las fuentes del Derecho. La norma escrita tiene una primacía absoluta. La costumbre contra Ley está oficialmente negada. Sin embargo, una ley de 31 de marzo de 1903; señala que la anticonstitucionalidad de una ley se recurrirá ante el Tribunal Supremo. Con esto ocupa, al igual que en EE. UU., la jurisprudencia el más alto rango constitucional; pero no como fuente de Derecho, pues será siempre la Ley la primera mientras subsista el actual Código o no se declare su anticonstitucionalidad. Para los cubanos, no obstante, lo que diga la Ley, el orden de prelación de sus fuentes es: 1.º la Constitución. 2.º La Ley. 3.º La costumbre del lugar. 4.º La jurisprudencia; y 5.º Los principios generales del Derecho. Ellos interpretan el artículo sexto en el sentido de que la jurisprudencia no debe inspirarse en sí misma; pero no le resta ningún valor como fuente de Derecho, pues que más que enumeración de fuente es regla para aquélla.

Y veámos por último lo que dice DEGNY: «Credo oportuno, anzi riferire testualmente la parola del grande giurista francese dice: *pur non appartenendo alla scuola del Diritto libero, coincide coi fautori di questio in quanto riconosce, in qualche modo, ella giurisprudenza da forza produttiva di diritto. Dice anzi Planial: sans doute il n'est pas dit, en propre termes que la jurisprudence soit une source immé-*

diante et directe du droit. En fait c'est a dela qu'on est conduit. Constater historiquement les resultats acquis par voie jurisprudentie lle et les faire entrer dans l'ensegnement officiel c'est reconnaître que l'interpretation consacree par les tribunaux devient un element normal du droit du pays.» KĄBTIRIWUCZ, reconoce que en el sistema de organización jurídica francesa la jurisprudencia no puede ser fuente de Derecho, para oponérsele el artículo tercero; pero se muestra convencido de la necesidad de una reforma en este punto del Código civil. DUSSI, incidentalmente, afirma reconocer de buen grado a la Magistratura una virtud creadora de Derecho con la regla de hacer algo nuevo solamente en lo no regulado por la Ley. Por mi parte, dejando a un lado la distinción de poderes de MONTESQUIEUX, donde el Juez es funcionario del poder ejecutivo y no del legislativo, creo que el Juez aplica el Derecho que ha sido señalado y reconocido por el legislador; conforme que en algunos casos esta aplicación sea difícil y compleja, pues la Ley no puede prever todos los casos; pero el Juez debe siempre juzgar el caso que se le presenta, observando la Ley. Y nunca esta función jurisdiccional dejará de ser interpretativa para cambiarse en productiva de Derecho.

RAFAEL CRESPO ROMEU

ERRATA ADVERTIDA

En la página 850 del número de noviembre-diciembre último, de esta Revista, en el artículo de don RAFAEL RAMOS FOLQUES, «La regulación jurídico-registral de la edificación», renglón sexto, se pone la palabra *accesoria*, cuando en realidad es *principal*.