

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO
DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ES-
PECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año X

Septiembre de 1934

Núm. 117

¿Función automática o función creadora?

Nadie podrá negar que el discurso del señor Ministro de Justicia, en el acto de apertura de los Tribunales, llama la atención de los profesionales sobre un problema fundamental, que si a principios del pasado siglo pareció quedar resuelto con el sacrificio de la Jurisprudencia a la Ley, ha vuelto a ser planteado con nuevos bríos en lo que del xx va corrido y ha entrado, con los métodos teleológicos y con los estudios de la que ya puede llamarse escuela de Tübinga, en una interesante fase.

Dispuesta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO a enfocar las cuestiones jurídicas candentes, abre hoy sus columnas al pensamiento de su ilustre promotor don Vicente Cantos, y procurará, en primer término, dar una idea completa del tema desenvuelto, con las mismas palabras del texto oficial :

* * *

«De todos los aspectos susceptibles de estudio en la actividad judicial, voy a permitirme contemplar en lejana perspectiva la función automática de los Tribunales y su función creadora, que son los dos polos, las dos atracciones supremas entre las que se desenvuelve la administración de Justicia.

La función automática del Juez se produce cuando la calidad de los textos no suscita problemas de interpretación. El Juez, ante el

hecho previsto, alza el signo de la comunidad, el texto legal, y con sólo repetirlo falla. No elabora ; estampilla el hecho con el precepto.

En este sentido, la actitud del Juez es meramente conductora y marcadamente inhibitoria. Su única tarea lógica es comprender la orden que desciende de la Ley ; su única finalidad práctica, ejecutarla.

Esta mecanización, que convierte al juzgador en un órgano de conciencia muda e insensibilizada, parece disecar al hombre ; pero no es así. La plenitud del orden social estriba en que sean distintos los órganos y los momentos de la Ley y del juicio : en que en el trance de juzgar, la Ley se acerque a los interesados sin perder su sentido impersonal e igualitario.

El funcionario obra bajo el régimen del conocido silogismo, en el que la premisa mayor es la Ley ; la menor, el hecho justiciable, y la conclusión, el fallo en el que el hecho y la Ley se amalgaman. Nada pone el Juez, que es el instrumento en que se produce la mezcla de todas estas objetividades.

En este automatismo, proclamado con romántica exaltación por la Revolución francesa, se halla el último límite de la perfección social. Muchos filósofos, y entre ellos Ribot y Spencer, han sostenido que la educación lograría su más alto fin convirtiendo en reflejos psíquicos los principios jurídicos y morales. Paulhan ha llegado a decir, excediéndose : «nuestro ideal del hombre, es un autómata inconsciente, maravillosamente complicado y unificado».

Con el derecho mecanizado acontece como con la medicina cuando acierta con el seguro remedio : todas las teorías, los largos tratados, las dudas resistentes a una resolución definitiva, desaparecen.

La extensión del Derecho mecanizado es de gran amplitud : el Registro civil, el de la Propiedad industrial, la letra de cambio, el contrato de transporte terrestre, con su carta de porte, y el de fletamento, con su conocimiento, y, en general, el rodaje de la sociedad entera, en donde sólo por excepción se viola el Derecho o se suscita el litigio.

Pero no se da siempre la ventura de que el Juez sea portador de axiomas. Su entendimiento, su conciencia, su cultura y su arte tienen casi siempre que movilizarse. Por transparente que sea un precepto, ha de ser interpretado. La claridad ha de declararse después

de interpretar, no antes. La claridad es un paraíso cuyo camino encerado es la interpretación fácil. Aun en estos preceptos de interiores luminosos, el Juez ha de formularse esta pregunta imponente, pero primera e inevitable : ¿ Debo negarme a la aplicación de la Ley ? He aquí una cuestión singular, una sorpresa para el espíritu embalado en la concepción automática.

El problema surge con ocasión de la pugna entre las leyes ordinarias y la Constitución, dando lugar, con respecto a las primeras, a la excepción de inconstitucionalidad.

Mucho se ha discutido sobre este punto, y aunque en todos los países está resuelto en el orden positivo, mediante las leyes o mediante las prácticas, de un modo u otro, en el orden científico todavía chocan las opiniones y no se ha logrado un estado de conciencia científica unánime.

Que una Ley ordinaria no puede derogar un precepto constitucional, en el régimen de constitución rígida, es una verdad axiomática. A los preceptos constitucionales se les ha llamado, con acertada expresión, «superlegalidad constitucional». Las leyes ordinarias no son más que la legalidad condicionada por aquélla.

Pero si esto es evidente, ya no lo es tanto que sean los Tribunales los que hayan de resolver acerca de la validez de la Ley. Se ha opuesto a esta atribución la teoría de la división de los poderes, que aunque sujeta a muchas excepciones y disminuido, por tanto, su prestigio tradicional y su valor absoluto, todavía influye e influirá poderosamente en la doctrina y en la legislación. Toca a los Tribunales aplicar la Ley, o dicho en otros términos, obedecer a la Cámara legislativa, y cuando se examina la legitimidad de una Ley, no se realiza un acto de obediencia, sino de inspección superior, siendo así que el Parlamento es la más genuina y legítima forma del Poder, la fuente generadora de la organización íntegra del Estado. ¿ Cómo, pues, someter ese soberano al juicio que respecto a su conducta formulen los Tribunales ? Esta preocupación ha sido fortalecida por el testimonio de la experiencia norteamericana, en donde los Tribunales de Justicia han ejercitado, con alarmante frecuencia y con extremismo perturbador, esta facultad de rechazar las leyes en su integridad por atentatorias a la Constitución, hasta el punto de haber sonado en aquel país, con pintoresca fuerza literaria, las palabras de «gobierno de jueces».

Mas, por otra parte, militan razones poderosas para que los Tribunales puedan apreciar la excepción de inconstitucionalidad. Porque no se trata de desobedecer, sino precisamente de obedecer con mayor pulcritud y lealtad. El Tribunal que aplica una Ley inconstitucional, obedece al Parlamento ordinario, pero desobedece al constituyente, y, bajo la apariencia de una fiel disciplina, es el colaborador de una rebeldía.

La Ley fundamental del Estado, hecha con los principios sobre que se sustentan no sólo la organización política del país, sino la familiar y la de los derechos esenciales de la persona individual y jurídica, tiene el don de la invulnerabilidad, salvo el evento excepcional de su reforma. Ella representa el derecho natural de un régimen en el orden filosófico y su instinto de conservación en el dinamismo político. La Constitución señala límites infranqueables a todas las actividades del Estado, y no hay organismo que pueda arrogarse facultades que ella no le otorgó.

La idea de función, con sus exigencias de ritmos acordes, surge aquí sin pretensiones de novedad, porque ya hace largo tiempo recordaba Waldeck-Rousseau en la Cámara Francesa, al defender su reforma judicial, que no hay más poder que uno, el del pueblo, y que al delegarlo se descompone en funciones.

La función judicial impide toda complicidad con un desafuero a la Constitución, pero no llega a tener la facultad de juzgar la obra del poder legislativo. De aquí la solución dada por nuestra Constitución en su artículo 100. El Tribunal, ante una Ley que estime contraria a la Constitución, no la aplica, se abstiene de juzgar al Parlamento y remite su consulta al Tribunal de Garantías.

Pero si esta cuestión está claramente resuelta, surgen dudas respecto a la posibilidad de aplicar inmediatamente todos los preceptos de la Constitución, tan sólo porque en ella están estampados.

Sabido es que la Constitución española tiene preceptos a los que ha de seguir un desarrollo legislativo con más pormenores que permitan su ajuste con la realidad.

¿Cuál es el grado de eficacia de estos preceptos constitucionales, en tanto no son amplificados y traducidos en múltiples normas por las leyes ordinarias?

Dos direcciones han de tentar al jurisconsulto y a los Tribunales. De una parte, puede entenderse que toda Ley vigente, al tiem-

po de promulgarse la Constitución que se halla en contradicción con ella, está derogada. Muchas razones podrían esforzar este punto de vista radical. Puede pensarse que el tiempo en que se promulgó una Ley ordinaria es un accidente de escasa resonancia jurídica ; lo que importa es determinar si se halla conforme o no con la Constitución ; la antinomia legal, la pugna entre la Ley y la Constitución, es lo esencial. Una Ley es contraria a la Constitución por su contenido, y no por la fecha en que se dicte. En tal sentido debería considerarse abolida la autoridad marital, considerar establecida la igualdad de obligaciones de los padres respecto a las distintas clases de hijos y abolido el precepto del Código civil que prohíbe la investigación de la paternidad, etc. Sería algo extraña la titución, y en los más de los casos tampoco se encontrarían en ella problemas y a otros semejantes, provocados por los mismos motivos técnicos, pero la Ley tiene previstas estas contingencias. No regiría el Código civil en los preceptos contradictorios con la Constitución, y en los más de los casos tampoco se encontrarían en ella todos los medios normativos para llevar a la práctica sus ideas directrices. Nos encontraríamos entonces en el último supuesto previsto por el artículo 6.^º del Código civil ; a falta de Ley exactamente aplicable, los Tribunales tendrían que actuar en función creadora y aplicar los principios generales del Derecho, partiendo de los preceptos básicos establecidos en la Constitución.

Pero también es posible otro punto de vista, que rechace la anterior versión por aplicarse en ella un método interpretativo inaceptable. También puede sostenerse que no se trata aquí de cotejar preceptos antiguos con normas constitucionales nuevas, sino de penetrar en el sentido dinámico de éstas y en la orientación y virtualidad con que se incorporaron al Derecho positivo del país. Puede estimarse que la clave está en la significación derogatoria de la Ley ; ¿el sentido profundo de ella fué que sus preceptos sonaban como trompetas de Jericó, destruyendo todo lo existente y dejándolo provisionalmente en ruina, o fué su propósito que aquellas normas legales antiguas, no obstante su pugna con el nuevo orden establecido, sobrevivieran a su descalificación hasta la vigencia de las nuevas leyes complementarias ? He aquí otro punto de vista asistido de no pocas razones.

Y aun es dable una tercera posición, la de distinguir los pre-

ceptos constitucionales en dos clases: los unos, de posible ejecución inmediata en razón de su sencillez, de su sentido meramente negativo y eliminador o de su tendencia igualitaria, y los otros, por el contrario, sujetos inevitablemente al aplazamiento que imponen la creación de nuevos organismos o de reglas más minuciosas y precisas.

No me es dado decidirme por uno u otro sistema. Lo que particularmente pudiera pensar el hombre, no le es dado sostenerlo al Ministro.

Toca al Tribunal de Garantías descifrar estas incógnitas, contestar a estos interrogantes y crear una doctrina jurisprudencial en estos interesantes problemas de Derecho transitorio.

La función creadora de los Tribunales de Justicia rara vez se da en términos absolutos, pero rara vez también queda radicalmente eliminada. Es éste un punto candente, en el que se ha situado la discutida teoría del «Derecho libre».

No se halla en discusión en nuestro país el poder creador de los Tribunales de Justicia, cuya misión no se limita a aplicar la Ley o la costumbre vigente, sino a producir Derecho con relación al caso debatido, cuando aquellas primeras fuentes son deficientes. Y no solamente están facultados los Tribunales para hacerlo así, sino que incurren en responsabilidad cuando dejan de fallar por oscuridad, silencio o deficiencia de la Ley.

En Francia, Magnaud, Presidente del Tribunal de Chateau-Thierry, provocó la sorpresa sonriente y curiosa de Europa por sus sentencias, en las que prescindía de la Ley, cuando ésta contradecía sus ideas jurídicas. El llevó primero a la práctica este modo de entender sus deberes, y después vimos en libros reproducidas sus sentencias y hasta defendida su conducta, convertida en teoría. Lo que le permitió vivir a esta dirección y atraer las miradas sin que les acompañara la protesta indignada fué la buena fe que le inspiraba y la exaltación de una ética, que colocaba en las sentencias un arrogante y poético penacho de romanticismo.

Fuerza es reconocer que Magnaud prestó dos grandes servicios: uno positivo, otro negativo. De una parte, hizo vibrar, no obstante la arbitrariedad de su doctrina, una indefinible corriente espiritualista, una emoción que escapa a las categorías de la Ciencia, pero que es vital.

Magnaud ha prestado, sin darse cuenta, con su absurdo proceder, un servicio negativo, desvalorizando las tendencias extremistas del llamado «Derecho libre». Los mismos partidarios de esta doctrina han tachado a Magnaud de subjetivista y han negado resueltamente que un Juez pueda superponer su ideología jurídica a la de la Ley. Pero ¿hacen ellos algo distinto? Su teoría del «Derecho libre» tiene antecedentes y reminiscencias en épocas lejanas, pero su aparición como movimiento científico colectivo es de este siglo. Las palabras *Derecho justo*, empleadas por Stammler como título de una obra famosa, han logrado un éxito rotundo. El *Derecho justo* es un grito de guerra, es Magnaud filosofado, una nueva sugestión que nos visita con vestimenta doctoral. Pero estas palabras: el *Derecho justo*, llevan implícita la facultad en el Tribunal de juzgar la Ley en virtud de exigencias imperiosas de la vida que la hagan inadecuada, de mostrarse sensible al aguijón del Derecho natural, que denuncia dolorosamente la arbitrariedad legal.

En este movimiento moderno, lo que tengo por más cierto es la prudente corrección al alcance desmesurado que se ha otorgado por los jurisconsultos antiguos a la Ley. Esta ha sido la doctrina de los iniciadores Geny y Ehrlich. La diferencia no es fácil de percibir a primera vista, y de aquí que Geny, al terminar su obra, que es, por decirlo así, la Biblia de las nuevas orientaciones, decía que era muy posible tuviera el lector la impresión de que no había leído nada nuevo. La trascendencia que ha tenido su trabajo científico y la perennidad de su prestigio han rectificado los recelos de su modestia.

Las necesidades sociales, recogidas por los jurisconsultos y los políticos, traen las leyes que quedan en la *Gaceta* afectadas de momentánea ceguera. Después, merced a los Tribunales de Justicia, se ponen en contacto con la vida, como volviendo a su hogar. En la Ley, como en el hombre, es ése el momento culminante, el de la más incomparable de las efusiones. La Ley es abstracta e impersonal; pero el calor de la pasión, la fe cordial, se la incorpora el Magistrado, que es la Ley hecha carne. Los que de un modo u otro laboramos por la justicia no podemos hacerlo sin que en el seno de nuestra alma haya algo más que ideas y silogismos, algo más que leyes y Códigos, la pasión por el Derecho, la emoción de realizarlo; como ha dicho Bergson del esfuerzo creador, la emoción crea-

triz que eleva a las almas privilegiadas, «irradia un entusiasmo que no se extingue jamás completamente, y que puede siempre volver a encontrar su llama». En ese fuego debemos consumir nuestra vida entera.»

* * *

El papel que a los Tribunales corresponde, en el ordenamiento jurídico de un pueblo, depende de circunstancias y razonamientos que van desde las más vulgares observaciones hasta las más insondables esferas del pensamiento puro.

No solamente la organización judicial, los grados de la jerarquía, la potestad disciplinaria, el juego de los recursos procesales, las prácticas forenses y la rutina administrativa son fuerzas inconfundibles que ligan al Juez y le imponen, por vía directa o indirecta, la opinión aceptada, aunque no se halle reconocida como complementaria o rectificadora de la Ley, sino que, en general, la función de la Jurisprudencia (entendida en el sentido de pronunciamientos o decisiones judiciales) se halla íntimamente relacionada con la Constitución del Estado, con la teoría de las fuentes del Derecho y, lo que a primera vista parece más extraño, con el concepto y bases filosóficas del mismo.

Por eso los juristas alemanes, que, desde la promulgación del Código civil y, sobre todo, desde la Gran Guerra, han enfocado los temas metodológicos, y los maestros franceses, que, después de Geny, han entrado por la amplia vía de una interpretación tan liberal como deformante, no se contentan con una crítica respetuosa de los juicios y decretos judiciales, ni con buscar en ellos el *substratum* de una doctrina progresiva, ni siquiera con revelar la marcha de la jurisprudencia, acreditar las fuerzas que en ella actúan y mostrar el encadenamiento de los motivos, sino que elevan el plano de la discusión por encima del texto fundamental de los Estados.

Nada de particular tiene que con ello se ponga en tela de juicio la teoría de las fuentes del Derecho y las relaciones tradicionales entre ellas admitidas. No es lo mismo admitir como tales la Ley, la costumbre, las decisiones judiciales y la ciencia del Derecho, que suprimir alguno de estos manantiales o cegarle, como lo hace el párrafo segundo del artículo 6.^º de nuestro Código civil.

Mayores son las variaciones que pueden introducirse si prescindimos del concepto clásico y consideramos a la Ley como un mero plan del ordenamiento deseado, o como un imperativo que ha de encontrar su apoyo en la vida social, o como un mandato cuya efectividad depende del cálculo de probabilidades, o como una indicación dirigida a la conciencia de la comunidad, o como una manifestación reflexiva en la serie de los procedimientos declarativos del Derecho. El ídolo se degrada, la práctica diaria del Derecho sube como una marea, que lo esconde o lo derriba.

Con mayores bríos que nunca vuelve ahora la doctrina de la costumbre, creación espontánea del Derecho, a cuya sombra se acogen los golpes de Estado, las revoluciones, la fundación de Estados, la conquista... Ante la imponente majestad del antiguo principio de legitimidad se ergue ahora la teoría, de los hechos constitutivos. ~~de los intervenciones políticas que danan merece -~~ la conquista... ~~Ante la imponente majestad del antiguo prin-~~ sitados de una justificación : Rusia, Italia, Alemania, España... invocan al proletario, a la nación, a la raza, al pueblo..., porque comprenden que la mera tenencia de los órganos de promulgación da tan sólo una apariencia de legalidad.

Y de aquí vamos directamente de cabeza, como vulgarmente se dice, al problema de la *vigencia*.

¿Quién da a la Ley, alejada de la comunidad, su supremacía y encadena al Juez, que se halla en contacto con ésta? Los juristas se desesperan ante la pregunta, pasando del deber al ser, del campo normativo a la realidad viviente, sin hallar otra solución que la del célebre barón de Munchausen, que salía del pantano tirándose de los pelos.

La Ley rige, porque ella misma lo decide. Y si alguien pone en duda la veracidad de sus títulos, contesta con gesto olímpico : *Ego sum qui sum*, sin reparar en que, tratándose de Derecho, la clave descansa no en lo que es, sino en lo que debe ser.

Todas estas cuestiones, a las que la filosofía jurídica dirige en la actualidad sus proyectores, quedan planteadas con el discurso que hemos extractado. REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO promete desenvolverlas ante el público español dentro de sus modestos límites.