

El movimiento del Derecho libre

Por MANUEL SEGURA ORTEGA

Santiago de Compostela

Las concepciones jurídicas que aparecen como dominantes durante determinados períodos históricos se van debilitando a medida que se producen cambios importantes no sólo en la realidad social sino también en la propia realidad jurídica. Cuando un pensamiento, aunque haya sido fecundo y provechoso en determinados aspectos, no es capaz de adaptarse a las nuevas realidades termina por sucumbir ante el empuje de nuevas ideas que, de uno u otro modo, conectan con las necesidades y aspiraciones propias de su tiempo. El denominado movimiento del Derecho libre ¹ (*Freirechtsbewegung*) surge precisamente en un momento de profundas transformaciones y —a pesar de su corta duración— sirvió para dinamitar los cimientos sobre los que se habían sustentado a lo largo del siglo XIX algunos de los dogmas de la ciencia jurídica tradicional.

Aunque el movimiento del Derecho libre se desarrolla fundamentalmente en Alemania y Austria ello no impide que algunas de sus ideas se introduzcan en la mentalidad de muchos juristas tanto teóricos como prácticos de otros países. Estamos en presencia de una nueva concepción del fenómeno jurídico que va a triunfar —al menos en sus aspectos más relevantes— de un modo definitivo. La intención del pre-

1. Una visión de conjunto sobre el movimiento del Derecho libre puede verse en los siguientes trabajos: RIEBSCHLÄGER, K. *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, Berlin, Duncker-Humblot, 1968; MOENCH, D. *Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart*, Frankfurt am Main, Athäneum, 1971; LOMBARDI VALLAURI, L. *Geschichte des Freirechts*, Frankfurt am Main, Vittorio Klosterman, 1971 (esta obra es la traducción al alemán del capítulo 3.^o del libro del mismo autor *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*, Milán, Giuffrè, 1967); SCHMIDT, J. *Das «Prinzipielle» in der Freirechtsbewegung*, Bonn, H. Bouvier, 1968. También, aunque de menor interés, KANIGS, H. *25 Jahre Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung eines Methodenstreites über die Rechtsanwendung*, Berlin, 1932 (tesis doctoral).

sente trabajo es mostrar cuáles son las ideas fundamentales propuestas por los representantes más destacados de esta corriente. A este respecto conviene advertir que nuestra atención se va a centrar preferentemente en los tres autores más significativos: Eugen Ehrlich², Hermann Kantorowicz³ y Ernst Fuchs⁴. Hay dos motivos que justifican el interés de la investigación: en primer lugar, la falta de atención e incluso el desconocimiento que existe en nuestro país sobre el movimiento del Derecho libre. Este desconocimiento ha provocado con cierta frecuencia la emisión de juicios —en general, de carácter negativo— que, o bien carecen de fundamento, o no se ajustan a la realidad. En segundo lugar, podrá observarse que muchas de las cuestiones abordadas por esta corriente siguen conservando una palpitante actualidad teniendo en cuenta que afectan a los problemas básicos del Derecho. La distancia histórica permite realizar hoy una valoración exenta de los prejuicios, pasiones y enfrentamientos que caracterizaron el nacimiento y el desarrollo de este movimiento.

Para explicar cuáles son las causas de la aparición del movimiento del Derecho libre es necesario situarlo en el contexto histórico en el que surge. Kaufmann afirma con razón que este movimiento «fue un hijo de su tiempo» y por eso podría decirse que en la actualidad «el movimiento como tal está muerto»⁵. Sin embargo, si analizamos sus ideas desde la perspectiva de la praxis jurídica puede decirse que ha sobrevivido en la medida en que algunas de ellas se han incorporado al pensamiento jurídico actual.

2. Entre las obras más importantes de EHRlich pueden citarse las siguientes: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin, Duncker-Humblot, 4.^a ed., 1989, ed. a cargo de M. Rehbinder (la 1.^a ed. de esta obra es de 1913); *Die juristische Logik*, Aalen, Scientia, 1966 (reimp. de la 2.^a ed. de Tübingen de 1925). Hay dos recopilaciones a cargo de M. Rehbinder que recogen diversos escritos de Ehrlich: *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, Berlin, Duncker-Humblot, 1967 y *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, Berlin, Duncker-Humblot, 1986. Una lista de todas las obras de Ehrlich se incluye en el libro de REHBINDER, M. *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, Duncker-Humblot (2.^a ed.) 1986.

3. Los escritos más importantes de Kantorowicz están recogidos en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1962, con prólogo de Th. Würtenberger. Además, *The definition of law*, Londres, The syndics of the cambridge university press, 1958 (hay traducción castellana por la que se citará, *La definición del Derecho*, Madrid, Revista de Occidente, 1964, introd. de A. L. Goodhart, trad. de J. M. de la Vega) y *Tat und Schuld*, Zürich-Leipzig, Orell Füssli, 1933.

4. Las obras de Fuchs se encuentran recogidas en *Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, Karlsruhe, C. F. Müller, 1965, prólogo de A. Kaufmann y epílogo sobre la vida de Fuchs de Albert. S. Foulkes; y *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, Aalen, Scientia, 3 vols. (1970, 1973 y 1975), ed. y prólogo a cargo de Albert. S. Foulkes.

5. KAUFMANN, A. «Introducción» en *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., pp. 2 y 19. Este trabajo fue publicado antes con el título «Freirechtsbewegung-lebendig oder tot?» en su *Rechtsphilosophie im Wandel*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns (2.^a ed.), 1984, pp. 231-249.

Durante el siglo XIX la ciencia jurídica alemana se había esforzado en construir un sistema de conceptos pretendidamente completo con la intención de utilizarlo como instrumento apto para la resolución de los diferentes casos «reales». De este modo la *Begriffsjurisprudenz* se fue alejando de la vida real y no percibió los cambios que estaban teniendo lugar en todos los órdenes de la convivencia. La crítica de la *Freirechtsbewegung* se dirige precisamente contra este alejamiento de la realidad. La revisión de los principios básicos que habían alimentado a la llamada jurisprudencia de conceptos se presentaba como una auténtica necesidad. Por otra parte, la entrada en vigor en el año 1900 del código civil alemán inspirado en esta concepción suponía —en opinión de los *Freirechtler*— un importante retroceso para el desarrollo jurídico. En 1908 se quejaba Fuschs⁶ —con razón— del distanciamiento que había tenido lugar entre la vida social y la actividad de los juristas. La primera se había transformado radicalmente: las condiciones económicas, la industria, la técnica, el comercio, etc. Por el contrario, la ciencia jurídica permanecía estática como en la Edad Media utilizando un método a todas luces inapropiado sin darse cuenta que ya no servía para responder a las nuevas necesidades.

Desde una perspectiva histórica la obra de Ehrlich *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*⁷ publicada en 1903 constituye el punto de partida y, hasta cierto punto, el documento fundacional del movimiento del Derecho libre. Este opúsculo que recoge una conferencia pronunciada por Ehrlich el 4 de marzo de 1903 en Viena contiene las ideas básicas que serán desarrolladas después por un nutrido grupo de juristas que de una u otra forma pueden adscribirse a la *Freirechtsbewegung*. Ciertamente resulta difícil precisar con exactitud cuáles son los límites del movimiento pues lo primero que puede decirse es que no se trata de una escuela en el sentido tradicional del término⁸. Sus representantes coinciden en las críticas a la Jurisprudencia tradicional pero las soluciones propuestas varían considerablemente en los diferentes autores. Desde este punto de vista podría afirmarse que no existe unidad en los resultados aunque sí se produce coincidencia en relación con el punto de partida.

6. «Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz», en *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., pp. 66 y ss.

7. Recogida en *Recht und Leben*, cit., pp. 171 y ss.

8. En este sentido, las atinadas observaciones de LOMBARDI, L. *Geschichte des Freirechts*, cit., pp. 37 y ss. Para una exposición detallada de la historia del movimiento me remito a esta obra (pp. 43 y ss.) y también a la de RIEBSCHLÄGER, *Die Freirechtsbewegung*, cit., p. 26 y ss. Sobre los antecedentes del movimiento, vid. KANTOROWICZ, H., «Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre», 1925, en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., pp. 41-67. También del mismo autor «Die Epochen der Rechtswissenschaft»; este artículo fue publicado en la revista *Die Tat* (1914) y lo recoge RADBRUCH, G., en su *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948, Scherer, Heidelberg, pp. 61-75.

El origen doctrinal más inmediato de todo el movimiento hay que situarlo en el pensamiento de Gèny. Todos los representantes del Derecho libre coinciden en señalar a este autor como el principal inspirador del movimiento. Su obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de 1899 provocó un cambio radical en la mentalidad de muchísimos juristas. También la obra de Oskar Bülow *Gesetz und Richteramt* de 1885 es considerada como un antecedente más o menos directo del movimiento. No obstante, hay que advertir que este autor mantuvo una actitud bastante crítica respecto a los desarrollos posteriores del Derecho libre. El propio Gèny aun reconociendo algunos de los méritos del movimiento se muestra crítico en relación con determinados excesos⁹.

Sea como fuere la aparición del movimiento del Derecho libre provocó una reacción —generalmente negativa— que se plasmó en una abundantísima literatura. Casi todas las revistas de la época (de un modo muy especial la *Deutsche Richterzeitung* y la *Deutsche Juristenzeitung*) dedicaron muchas de sus páginas a la discusión de las nuevas propuestas formuladas por los representantes del Derecho libre. La imagen negativa de esta corriente se debe fundamentalmente al tono virulento y agresivo empleado por algunos de sus defensores. Sin embargo, se trata de una mera anécdota que no tiene mayor importancia. Hans Reichel, al que puede considerarse un representante moderado de esta corriente decía en 1915 con acierto que «algunos de los partidarios del Derecho libre han adoptado un tono violento, y a éstos desde luego se les ha denominado radicales. Pero ¿es que no van quizá en la materia misma mucho más allá que aquellos pretendidos radicales otros investigadores que, apartándose del estrépito del debate, trabajan silenciosamente y formulan sus demandas científicamente, sin pretensiones? El radicalismo no puede ser cosa que dependa de la fortaleza de la voz»¹⁰. En efecto, muchas de las expresiones contenidas en los escritos de Kantorowicz y Fuchs invitan a pensar que representan el ala radical del movimiento. Sin embargo, en el tratamiento de los diferentes problemas hay otros muchos autores que defienden las mismas ideas e incluso puede decirse que van más allá y, por tanto, son más radicales aun cuando en la forma aparezcan como más moderados.

A continuación, vamos a procurar analizar de un modo ordenado y por separado los diferentes problemas que fueron discutidos en el seno del movimiento del Derecho libre comenzando en primer lugar por la concepción acerca del fenómeno jurídico.

9. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence (2.^a ed.) 1919, 2 vols. El capítulo 4.^o del vol. II está dedicado íntegramente al movimiento del Derecho libre (pp. 330-403). Especialmente pp. 376 y ss., 391-392 y 397 y ss.

10. REICHEL, H. *La ley y la sentencia*, Madrid, Reus, 1921 trad. de E. Miñana Villagrasa, p. 39. Vid. del mismo autor «Zur Freirechtsbewegung», en *Deutsche Richterzeitung*, 1910, pp. 464 y ss.

1. EL DERECHO COMO PRODUCTO DE LA VOLUNTAD DEL ESTADO: EL PROBLEMA DE LAS FUENTES

La práctica totalidad de las corrientes jurídicas del siglo XIX habían sostenido invariablemente —con la excepción de la escuela histórica del Derecho, al menos en sus inicios— que el Derecho tiene su origen en la voluntad del Estado. Después de la codificación el Derecho —todo el Derecho— se encuentra en los códigos. El legislador racional construye de este modo un sistema de reglas coherentes, generales y abstractas que han de servir para dar respuesta a todos los casos imaginables que se puedan plantear en la práctica. El Estado no sólo tiene el monopolio de la producción jurídica sino que además la creación del Derecho responde a un esquema completamente racional que no admite ningún tipo de fallo. Es verdad que también existe el Derecho consuetudinario pero tiene un carácter subsidiario y, en ningún caso, se tolera que pueda prevalecer sobre las disposiciones estatales y, con mucha más razón, que pueda contradecirlas.

Por consiguiente, la creación del Derecho corresponde exclusivamente al Estado y más concretamente, conforme a la clásica división de poderes, al poder legislativo. La intromisión de cualquier otra instancia en la producción jurídica era considerada ilegítima y, en consecuencia, rechazable como perniciosa.

Pues bien, el dogma de la estatalidad del Derecho va a ser duramente criticado por todos los representantes del Derecho libre. Naturalmente ello no supone negar el carácter jurídico al Derecho de procedencia estatal. Lo único que se quiere demostrar es que junto al Derecho del Estado existe también otro Derecho cuyo origen y desarrollo es totalmente independiente. Y lo que es más importante ese «otro Derecho» tiene una vigencia efectiva en el seno de las distintas sociedades. En algunos autores, como por ejemplo Ehrlich, se infravalora el papel y la importancia del Derecho estatal, pero en cualquier caso, se afirma la necesidad de acudir a lo que podríamos llamar realidades jurídicas extraestatales como el único procedimiento posible para el conocimiento auténtico del Derecho. El *lebendes Recht*, en la terminología de Ehrlich, o el *freies Recht* en la de Kantorowicz y Fuchs constituyen auténticos Derechos que regulan de un modo efectivo las relaciones de los hombres en la vida social. El Estado, por consiguiente, no es la fuente principal del Derecho, sino la sociedad misma¹¹. Incluso el Derecho estatal en su mayor parte tiene su origen en la sociedad con lo que el Estado se limitaría a formalizar un Derecho que tiene una existencia previa. En este sentido decía Kantorowicz que «el

11. A este respecto señala Ehrlich en el prólogo de la *Grundlegung der Soziologie des Rechts* que «Der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung liegt auch in unserer Zeit, wie zu allen Zeiten, weder in der Gesetzgebung noch in der Jurisprudenz oder in der Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst».

Derecho libre va formando sus amplios círculos y vive con independencia del Derecho estatal. Pero no se puede decir lo contrario. El Derecho libre es el suelo del que procede el Derecho estatal: casi todos los pensamientos legislativos han existido antes como principios del Derecho libre»¹² y, además, este Derecho libre no sería secundario sino que tendría por lo menos la misma influencia y poder que el Derecho estatal¹³.

Por consiguiente, a partir de ahora lo que se pretende es conocer ese otro Derecho que se produce al margen de la actividad estatal. ¿Cuál es su origen? ¿cómo se forma? ¿cuál es su contenido? ¿cuáles son sus límites? etc. Las respuestas varían dependiendo de cada autor pero lo que parece indudable es que se modifica el sistema tradicional de fuentes. Se empieza a hablar de ciertas ideas tales como «justicia social», «equidad», «bien común», «conciencia jurídica» y «sentimiento jurídico»¹⁴. Todas ellas —a pesar de las dificultades para determinar su contenido, en todo caso variable— se constituyen como auténticas «fuentes» para la obtención de decisiones jurídicas. La ley es simplemente una fuente más que proporciona respuesta a un número muy limitado de casos. Todas estas ideas formarían parte del Derecho libre. De un modo singular se considera a la ciencia jurídica —al menos Kantorowicz— como auténtica fuente del Derecho. La ciencia jurídica debe transformarse profundamente, especialmente por lo que se refiere a su relación con la ley: «ha llegado la hora de tomar en serio el lema de la ciencia como fuente del Derecho». Lo que debe hacer es «apartar los elementos marchitados de la ley y hacer madurar los florecientes. Bien es verdad que con todo ello deja de ser por completo mero conocimiento de lo ya conocido» y se convierte en auténtica creadora del Derecho¹⁵. El descubrimiento de un Derecho al margen de la ley, la *freie Rechtsfindung*, coloca al jurista en una posición de mayor libertad y sobre todo impide que éste se convierta en un mero servidor de la «legislación». Se reclama, por tanto, un papel más activo frente a la ley y la posibilidad de buscar nuevos caminos para el hallazgo del Derecho superando los estrechos márgenes establecidos por las leyes.

En definitiva, la concepción estatal del Derecho¹⁶ que había constituido uno de los presupuestos fundamentales del pensamiento jurídico durante decenios debe ser abandonada entre otras razones porque se encuentra desfasada y, además, no responde a la realidad. Naturalmente, la nueva concepción que emerge rechazando con decisión el dogma

12. «Der Kampf um die Rechtswissenschaft», 1906, en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 18. (hay trad. castellana: *La lucha por la ciencia del Derecho*, en *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, trad. de W. Goldschmidt).

13. *Ibidem*, p. 17.

14. FUCHS, E. *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, cit., pp. 71 y ss.

15. KANTOROWICZ, H. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 21.

16. Sobre la concepción estatal del Derecho y su crítica vid. EHRLICH, *Die juristische Logik*, cit., pp. 86 y ss. y 147 y ss.

de la estatalidad del Derecho produce inevitablemente modificaciones importantes que afectan a la metodología jurídica, a la creación del Derecho, al papel que deben desempeñar los jueces y a la propia formación de los juristas.

Parece que esta nueva concepción debía empezar por ofrecer un concepto del Derecho más amplio en contraposición a la noción tradicional que reducía el Derecho al Derecho estatal. Sin embargo, la determinación del concepto del Derecho no fue un tema que preocupara en exceso a los representantes del Derecho libre y, en todo caso, resulta difícil hablar de una idea sobre el Derecho que sea común a todos estos autores. Su esfuerzo se centró más bien en demostrar lo que no es Derecho y cómo las diferentes características tradicionalmente atribuidas al fenómeno jurídico resultan insuficientes en la medida que suponen una simplificación. Por ejemplo, la imperatividad o la coacción y, por supuesto, el origen estatal del Derecho¹⁷.

Teniendo en cuenta estas dificultades la única alternativa que se nos presenta es la de analizar los diferentes problemas que plantea la realidad jurídica y a partir de ahí intentar extraer una noción más o menos precisa sobre lo que es el Derecho en la visión de la *Freirechtsbewegung*.

2. LA QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURIDICO: LA EXISTENCIA DE LAGUNAS

Comencemos por el problema de las lagunas¹⁸ que, ciertamente, se convirtió en uno de los temas favoritos y centrales de todo el movimiento lo que resulta comprensible si tenemos en cuenta que la misión fundamental del Derecho libre es colmar las lagunas. En uno de sus primeros escritos se preguntaba Ehrlich sobre el éxito del famoso artículo 4 del código civil francés que prescribía a los jueces la obligación de resolver todos los casos suponiendo que el código solucionaba todas las cuestiones jurídicas. Su respuesta es decididamente negativa. Ni tan siquiera el Derecho prusiano que había sido construido conforme a un esquema casuístico se había aproximado a la consecución de esta meta¹⁹. Y el motivo para Ehrlich, como para los demás representantes del Derecho libre, es evidente: resulta absolutamente imposible que en uno o varios códigos se encuentren todas y cada una de las reglas y principios necesarios para resolver cualquier controversia jurídica.

17. En este sentido KANTOROWICZ, *La definición del Derecho*, cit., pp. 44 y ss. y 97 y ss. También EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, cit., pp. 63 y ss. y 124 y ss.

18. Cfr. SEGURA ORTEGA, M. «El problema de las lagunas en el Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1989, pp. 285-312.

19. «Über Lücken im Rechte» (1888), en *Recht und Leben*, cit., p. 81.

Por consiguiente, la existencia de lagunas en todo ordenamiento jurídico es un hecho indiscutible. Esta afirmación pretende acabar con el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico que formaba parte de la cultura jurídica continental y que había supuesto la negación de las lagunas puesto que se pensaba en un legislador racional capaz de prever todos los futuros supuestos que pudiesen darse en la vida real.

Pero, además, la existencia de lagunas no es considerada como un fenómeno excepcional que pueda presentarse en determinadas ocasiones. Por el contrario, la regla general es la presencia de numerosísimas lagunas en cualquier sistema jurídico. Baste recordar las expresivas palabras de Kantorowicz al respecto: «puede afirmarse que (en la ley) hay tantas lagunas como palabras. Ningún concepto se halla analizado hasta en sus últimas características, sólo pocos han sido definidos y esos pocos sólo por medio de otros conceptos a su vez indefinidos»²⁰. En la actualidad parece que nadie duda de la insuficiencia de cualquier sistema jurídico para dar respuesta a través de la ley a todos y cada uno de los problemas que se puedan plantear. En definitiva, la existencia de lagunas es defendida hoy casi con total unanimidad porque aparece como algo evidente. Pero en el momento en el que la *Freirechtsbewegung* llama la atención sobre el problema no sólo no era una evidencia sino que, por el contrario, podía considerarse hasta cierto punto como una excentricidad el realizar una afirmación como esta²¹. Por ello hay que reconocerle el mérito de haber demostrado el carácter ficticio del llamado principio de la plenitud del ordenamiento jurídico.

La crítica contra el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico se dirige en dos direcciones que pueden diferenciarse claramente. En primer lugar, se afirma la insuficiencia —podría decirse que congénita— de las disposiciones generales y abstractas para regular el variadísimo y complejo entramado de las relaciones sociales y, en segundo lugar, se niega abiertamente que los propios medios ofrecidos por los diferentes sistemas jurídicos sean idóneos para solucionar las lagunas y, en definitiva, para ofrecer reglas al juez a la hora de adoptar la decisión jurídica. Empecemos por la insuficiencia de la ley y el derecho consuetudinario.

20. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft, cit.*, p. 18. También *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, cit.*, pp. 61-62. Fuchs también es categórico al respecto al afirmar que «*Der Richter steht unter dem Gesetz. Niemand bestreitet, dass überall da, wo das Gesetz einen Fall ausgesprochen und klar entscheidet, ihm der Richter unterworfen ist. Das sind aber nicht die Rechtsfälle, die unsere zahlreiche Bände von Entscheidungen des Reichsgerichts und der andere Gerichte füllen; sondern diese beschäftigen sich mit den Fällen, wo das Gesetz unklar ist oder schweigt... Woher aber holt der Richter die Entscheidung, wenn das Gesetz für den Fall zweifelhaft ist oder schweigt?*» en *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz, cit.*, p. 70.

21. En este sentido KAUFMANN, A., en la Introducción a la *Gerechtigkeitswissenschaft, cit.*, p. 7.

Como el Derecho es un producto espontáneo que se desarrolla en la sociedad se va modificando a medida que las necesidades sociales cambian. Constituye una mera ilusión la pretensión de querer encerrar en los códigos las múltiples relaciones que se dan en la vida jurídica ya que «el espíritu vivo del Derecho no se detiene ni un solo día»²². «Todo el Derecho vivo en nuestra sociedad actual no puede ser encerrado en artículos, lo mismo que un torrente no puede ser atrapado en un estanque»²³. Tampoco el Derecho consuetudinario puede satisfacer estas necesidades. Ni tan siquiera respecto del Derecho libre podría predicarse la plenitud²⁴. Lo que ocurre, desde un punto de vista cuantitativo, es que las normas del Derecho libre, cuya misión es colmar las lagunas de la ley y del Derecho, consuetudinario, son mucho más numerosas y tienen mayor importancia que el «Derecho formalizado» y por eso este Derecho está siempre y necesariamente lleno de lagunas²⁵.

La generalidad y la abstracción de las normas, tanto legales como consuetudinarias, suponen inevitablemente un alejamiento de la realidad ya que se trabaja con previsiones o hipótesis que después deben ser utilizadas para ser aplicadas a casos concretos en los que se presentan infinitud de matices que no pueden estar recogidos en las normas. Por tanto, ya sea de un modo total o parcial las normas son insuficientes. Solamente la norma individual, esto es, la decisión del juez que valora todas las circunstancias, que observa y analiza la realidad, puede tener carácter completo. Pero esta norma individual que resuelve una determinada controversia no es obtenida —se podría decir que en ningún caso— a través de una operación deductiva. En la visión de los representantes del Derecho libre el procedimiento es exactamente el contrario. Lo individual y lo concreto es lo que da vida al Derecho; precisamente por eso las decisiones jurídicas no pueden ser concebidas como el resultado de simples procesos lógicos. Y aquí es donde el Derecho libre hace acto de aparición, un Derecho que surge espontáneamente en el seno de la sociedad, que es obtenido por los jueces en su actividad cotidiana, impregnado de valores y que supera la rigidez del Derecho estatal²⁶.

22. FUCHS, E., «Was will die Freirechtsschule?», 1929, en *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., p. 28.

23. EHRLICH, E., «Die Erforschung des lebenden Rechts», 1991, en *Recht und Leben*, cit., p. 14.

24. En este sentido KANTOROWICZ, H., *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 19.

25. Así lo afirma expresamente FUCHS, «Juristischer Kulturkampf», 1912, en *Gesammelte Schriften* (vol. II), cit., pp. 25-26.

26. Como se indicó antes es difícil precisar qué se entiende por Derecho libre. Probablemente la descripción más completa se encuentra en KANTOROWICZ, «Die Rechtswissenschaft-eine kurze Zusammenfassung ihrer Methodologie», 1928, en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., pp. 93-95.

La afirmación de que el Derecho estatal y consuetudinario es, a tenor de lo expuesto, claramente insuficiente conduce inexorablemente a defender la idea de la existencia de lagunas. Sin embargo, si los defensores del Derecho libre tienen razón y la descripción que hacen es correcta debemos preguntarnos qué es lo que sucedió antes de que se tomara plena conciencia del carácter ficticio de la llamada plenitud hermética del orden jurídico. O expresado en otros términos ¿qué Derecho aplicaban los jueces cuando se encontraban en estas situaciones? La respuesta es contundente: siempre, y no sólo ahora, han aplicado Derecho libre cuya función principal ha sido, es y será colmar las lagunas. Bien es verdad que en la mayoría de los casos tal aplicación se ha realizado inconscientemente y recurriendo, al menos formalmente, a justificaciones bastantes forzadas. Pero en el fondo el procedimiento no podía ser otro. En este sentido afirmaba Kantorowicz que «sólo el Derecho libre con la espontaneidad de sus decisiones y la claridad emotiva de su contenido frente al caso concreto, puede colmar las lagunas y de hecho siempre las colmó». En realidad no habría ningún cambio por el hecho de que «el jurista que colma las lagunas y que indudablemente modifica la ley, estime esta actividad como inadmisiblemente» al no practicarla de un modo consciente ²⁷.

Con ello entramos en la crítica a la supuesta idoneidad de los medios que ofrece todo sistema jurídico para eliminar las lagunas de las que hablábamos páginas atrás. Es cierto que la concepción jurídica tradicional confiaba ciegamente en la perfección de los códigos; no obstante, también es cierto que admitía —si bien excepcionalmente— la posibilidad de que pudieran producirse algunas lagunas en la ley. En tales casos, el propio sistema jurídico habilitaba los medios necesarios para obtener una solución. La ley no era absolutamente perfecta pero al menos indicaba minuciosamente cuál era el camino que debía seguir el juez para colmar la laguna. Los procedimientos tradicionales de interpretación que recibieron un amplísimo tratamiento en la dogmática jurídica alemana del siglo XIX también van a ser profundamente revisados por los representantes del Derecho libre. De un modo especial se va a dedicar una atención singular a la analogía del objeto de demostrar que en tales casos lo que tiene lugar es una auténtica creación del Derecho por parte del juez. No puede seguir ocultándose la actividad creadora del juez bajo los subterfugios formales de la lógica. En este punto sí puede decirse que hay una total coincidencia entre todos los autores del Derecho libre.

Si exceptuamos a Ehrlich, uno de los primeros autores destacados del movimiento que critica (en 1905) los sistemas clásicos de interpretación fue Stampe. Para este autor es importante que de una vez por todas se reconozca abiertamente que los métodos de interpretación —y de un modo especial, la analogía— nada tienen que ver con las propias

27. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft, cit.*, pp. 18-19.

disposiciones legales. Se ha intentado demostrar que la analogía es un procedimiento lógico y que, al fin y al cabo, trata de descubrir el contenido de la ley para aplicarla a un caso similar no previsto. Pero en realidad se trata de un caso especial de *Rechtsfindung* que trabaja con otros medios, singularmente a través de «consideraciones sociales comparando los valores que subyacen en los intereses en conflicto»²⁸ y, naturalmente, tales valores no pueden encontrarse en la ley.

En contra de lo que se había venido defendiendo hasta ahora se insiste en el hecho de que en todos aquellos supuestos que no están claramente resueltos por la ley —y son la mayoría— el juez realiza de un modo constante valoraciones. De este modo incorpora a la decisión judicial elementos nuevos que no extrae de la ley y, por consiguiente, crea Derecho por más que la eficacia de la decisión jurídica sea limitada. Hay que reconocer que constituye una pura ilusión decir que la interpretación extensiva, la *analogia legis* y la *analogia iuris* se mueven dentro del ámbito de la ley mientras que la creación *ex novo* por parte del juez es contraria a la ley; «en realidad, no puede establecerse una limitación de este tipo»²⁹.

En el fondo lo que se critica es que todos los medios de interpretación puedan ser concebidos como la aplicación de reglas o principios lógicos. Detrás de esta apariencia formal se encuentra la voluntad del sujeto que interpreta y aplica normas jurídicas con la intención de obtener un resultado determinado. Y en función de tal resultado, de la corrección o la razonabilidad de la decisión, la justifica acudiendo a uno u otro criterio interpretativo. Lo mismo sucede cuando se manejan principios jurídicos que son contradictorios; se utilizan unos u otros no porque las reglas de la lógica indiquen la idoneidad de uno u otro en el caso de que se trate sino, exclusivamente, por el deseo de que la decisión tenga un determinado contenido. Pero lo importante es que tal contenido no viene determinado ni está condicionado por la ley, sino que es el resultado de la actividad creadora del juez. Por eso decía Radbruch que «el reconocimiento de las lagunas de la ley va unido, para el movimiento del Derecho libre, con el reconocimiento de la función creadora del juez»³⁰. Estas ideas fueron expresadas con magistral acierto por Kantorowicz. Hablando de los métodos de interpretación y del modo de proceder de los juristas dice: «la interpretación extensiva o analógica en un caso, y la literal o restrictiva en otro, no se encuentran en la ley ni en la lógica, sino en el Derecho libre y en la voluntad, bien en la voluntad de conseguir los resultados deseados, bien en la volun-

28. STAMPE, E., «Rechtsfindung durch Interessenwägung», en *Deutsche Juristenzeitung*, 1905, p. 715. Del mismo autor puede verse «Rechtsfindung durch Konstruktion» y «Gesetz und Richtermacht» ambos en la misma revista y año, pp. 417-422 y 1017-1022. También «Aus einem Freirechtslehrbuch», en *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1991, (núm. 107), pp. 274-315.

29. FUCHS, E. *Juristischer Kulturkampf*, cit., p. 85.

30. RADBRUCH, G., *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 77.

tad de evitar los no deseados. No aceptamos una construcción con todas sus consecuencias por ser la menos forzada, la más lógica, la más natural, la mejor sino que, al contrario, una construcción nos parece la adecuada si sus consecuencias pueden ser las queridas por nosotros»³¹.

Con todo ello lo que se quiere poner en manifiesto es que en la actividad judicial consistente en colmar lagunas no se trabaja exclusivamente con normas legales, sino que entran en juego otros elementos extrajurídicos que tienen que ser introducidos por el juez. Por eso se podía decir con razón que lo fundamental del nuevo método no era «otorgar al juez una mayor libertad» sino que «lo esencial del nuevo método era que en la decisión de casos concretos se utilizan criterios cuyo contenido no es obtenido en la esfera jurídica (en el sentido positivo del término) sino que pasan a ocupar un lugar destacado los valores éticos, económicos y también políticos»³². Como tales criterios no pueden ser suministrados por la ley el único camino posible es que el juez observe y valore la realidad, los intereses en conflicto, las necesidades sociales, etc., y en función de todo ello obtenga la decisión. Se trata, pues, de salirse del estrecho margen establecido por las disposiciones legales en cuanto a la búsqueda del Derecho. Y hay dos razones para ello: en primer lugar, que la senda establecida por el legislador a través de los métodos de interpretación no es una senda lógica; es inútil, por tanto, pretender limitar la actividad del juez en base a reglas supuestamente lógicas. Y en segundo lugar porque no se puede eliminar la función creadora del juez aunque se intente.

En consecuencia, lo que se pide es una modificación radical no ya sólo de los esquemas jurídicos tradicionales sino también de la propia legislación. Todos los representantes del movimiento del Derecho libre se quejan insistentemente del flaco favor que se ha hecho para el desarrollo del Derecho con la aprobación del código civil alemán de 1900. Se trata de un código elaborado conforme a unos principios que ya han dejado de tener vigencia. El modelo alternativo que proponen está representado por el código civil suizo cuyo artículo primero vendría a recoger los postulados fundamentales del Derecho libre. Los elogios que se hacen de este código son constantes ya que en opinión de los *Freirechtler* consagraría el principio básico de creación del Derecho por parte del juez³³. En el mismo se establece que cuando falta una disposición legal aplicable y tampoco existe costumbre el juez debe resolver según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador. Según Fuchs el nuevo método propugnado por el movimiento del Derecho libre ha sido formulado por primera vez por el legislador en este

31. KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 24.

32. RUNDSTEIN, G. «Freie Rechtsfindung und Differenzierung des Rechtsbewusstseins», en *Archiv für bürgerliches Recht*, 1910, p. 8.

33. Sobre el alcance y sentido del artículo primero del código civil suizo puede verse la obra de MEIER-HAYOZ, A. *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich, Iuris, 1951, .

artículo primero del código suizo³⁴. Por fin se ha reconocido que la ley y el Derecho consuetudinario son insuficiente y, por fin, se deja al juez que se coloque en la misma posición que el legislador. Por supuesto hay una diferencia importantísima ya que el juez debe crear una norma individual que sólo tendrá, en principio, eficacia entre las partes pero, desde la perspectiva de la creación del Derecho, la posición de juez es igual de libre que la del legislador. A todo esto habría que añadir una ventaja adicional y es que el juez al crear una norma individual y tener presente un caso concreto puede conocer el problema de un modo mucho más directo que el legislador.

Por tanto, podemos observar que no se discute el poder del Estado para la elaboración de normas aunque éstas sean siempre por su propia naturaleza insuficientes. Se reclama un código civil para Alemania pero radicalmente distinto al que se aprobó en 1900. «Un buen código civil tiene que contener una colección de reglas de oro como el suizo y no como el nuestro (el alemán) que es doctrinario, completamente incomprendible para el pueblo y pedante»³⁵ porque ha sido elaborado conforme al espíritu de la jurisprudencia de conceptos. De cualquier forma, la exigencia de contar con un código civil (y otras leyes) elaboradas conforme al nuevo espíritu no triunfó, ni tan siquiera parcialmente. Degradadamente, en Alemania no fue posible la aprobación de un código «moderno» al estilo del suizo pero ello no debe ser un obstáculo para que la administración de justicia en contacto permanente con la realidad jurídica pueda superar las estrecheces, ficciones e incongruencias de la legislación y, por ello, se reclama un papel más activo y dinámico para los jueces.

La idea de la existencia de lagunas y la insuficiencia de los medios tradicionales de interpretación para colmarlas tenía que provocar necesariamente cambios respecto de la posición del juez en el proceso de aplicación del Derecho. Más adelante dedicaremos especial atención a este tema. Por el momento sólo nos interesa señalar que una de las exigencias fundamentales de la *Freirechtsewegung* fue la necesidad de modificar la formación y educación de los juristas y, consecuentemente, proponer un nuevo modelo de juez. En conclusión, podría decirse que en la actualidad nadie niega que el descubrimiento de que cualquier orden jurídico es insuficiente, es decir, tiene lagunas, fue uno de los méritos y aciertos indiscutibles del movimiento del Derecho libre. No ocurre lo mismo en relación con el método propuesto para la eliminación de las lagunas pues en este punto las críticas han sido —y todavía hoy lo son— muy numerosas. Con independencia de lo que se dirá

34. *Rechts und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, cit., p. 72.

35. FUCHS, «Ihering und die Freirechtsewegung», 1918-1919, en *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., p. 186. Una detallada propuesta de Fuchs sobre las modificaciones que deben introducirse en la legislación alemana puede verse en su artículo «Entwurf eines Gesetzes zur Förderung einer volkstümlichen Rechtspflege nebst Begründung», en *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., pp. 207 y ss.

al final del trabajo nos gustaría señalar ahora que tales críticas han sido en algunas ocasiones algo exageradas y, con carácter general responden a una defectuosa comprensión de las tesis del Derecho libre.

3. LA IDEA DE SISTEMA Y LA CONSTRUCCION LOGICA DEL DERECHO

La consideración del Derecho como un sistema completo compuesto de diferentes piezas que encajan armónicamente y que es construido a través del empleo de reglas lógicas representa una visión totalmente deformada de lo que es la realidad jurídica. El ataque que realiza la *Freirechtsbewegung* contra esta concepción es consecuencia inevitable de la negación de la estatalidad del Derecho y del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico. La construcción jurídica se había caracterizado durante buena parte del siglo XIX por la utilización exagerada y abusiva de la lógica. De esta forma se elaboran sistemas conceptuales abstractos y formales cuya pretensión fundamental es la consecución del rigor y la exactitud con la intención de obtener resultados comparables a los que se producen en el ámbito de las ciencias naturales. Sin embargo, este uso y abuso de los esquemas lógicos no sólo no es apto para trabajar con el Derecho sino que, además, responde a la aceptación de determinados principios que se presentan como incontestables. Y precisamente el problema surge cuando se pone en tela de juicio la veracidad de tales principios. Y esto es lo que van a hacer los representantes del Derecho libre. Según Ehrlich «los tres presupuestos fundamentales de la lógica jurídica, a saber, la sujeción a la ley, la concepción estatal del Derecho y la idea de la unidad del Derecho aparecen hoy al jurista europeo continental usualmente como evidencias que no precisan ningún tipo de prueba»³⁶. Sin embargo, tal obviedad no deja de ser una presuposición falsa, entre otras razones, porque «el jurista, como todo el mundo, no piensa lógicamente»³⁷.

La descripción más completa, aunque no exenta de tintes satíricos, en relación con lo que se espera del jurista tradicional nos la ofrece Kantorowicz en la introducción de su obra *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*: «La opinión dominante se imagina al jurista ideal como a un alto funcionario estatal que está sentado en su celda armado exclusivamente con una máquina de pensar de la más fina especie. Su único mobiliario es una mesa verde en la que se encuentra el código del Estado delante de él. Se le entrega un caso cualquiera, ya sea real o

36. *Die juristische Logik*, cit., p. 147. En realidad Ehrlich habla de la *Gebundenheit an den Rechtssatz*. Lo que ocurre es que esta sujeción se ha convertido como consecuencia de la concepción estatal del Derecho en una *Gebundenheit an das Gesetz*, p. 86.

37. *Ibidem*, p. 156.

sólo supuesto y de acuerdo con su deber puede con ayuda de operaciones meramente lógicas y de una técnica secreta que sólo él comprende llegar a la decisión predibujada por el legislador con exactitud absoluta»³⁸.

Este modo de operar abstracto y deductivo referido exclusivamente a las normas estatales no puede servir para la resolución de problemas reales y al mismo tiempo tampoco es útil para el conocimiento del Derecho. La ciencia jurídica tradicional se ha empeñado en construir un sistema de conceptos de todas las instituciones y relaciones jurídicas que extrae supuestamente de la legislación positiva para aplicar luego forzosamente tales esquemas a los casos reales. Pero la realidad es mucho más rica y por eso los casos reales sobrepasan cualquier previsión normativa. Este desconocimiento de cómo se desarrolla el Derecho en la vida práctica ha llevado incluso a la construcción de entidades inexistentes. Este fue el caso de un jurista alemán del siglo XIX (Huschke) que ya fue objeto de la mordaz crítica de Ihering y que después será presentado por alguno de los representantes del Derecho libre como el modelo de lo que puede ocurrir y de los resultados absurdos a los que se puede llegar con el empleo de esta lógica abstracta y formal en el mundo del Derecho. Huschke «por vía puramente deductiva, enriqueció a la zoología con el *Bovigus*. Es éste un animal desaparecido, del cual tampoco ha quedado restos fósiles, pero que tiene que haber existido, porque la razón nos lo dice. En su *Constitución de Servio Tulio* Huschke llega a la convicción de que a las cinco clases de censos deben haberles correspondido cinco animales pertenecientes a las *res mancipi*, de modo que cada clase debió haber tenido su animal... Lo cierto es que los romanos sólo conocen cuatro, pero Huschke no se arredra por eso y le halla remedio inventando el animal faltante, al que introduce en el mundo de las criaturas reales, tras haber fundamentado la necesidad lógica de su existencia»³⁹. Y no sólo esto sino que además hace una descripción de las características morfológicas del nuevo animal y de las funciones que cumplía.

Aunque el ejemplo citado no tiene otro valor que el de la mera anécdota revela, no obstante, un modo de pensar que dominó la mentalidad de muchos juristas durante el siglo XIX y que, desgraciadamente, todavía no había sido superado. Por eso decía Fuchs que «la teoría jurídica es hoy en buena parte construida conforme a este método (*bovigistisch*)»⁴⁰. Probablemente, los ataques dirigidos contra esta concepción resulten en ocasiones demasiado exagerados. La ponderación que muchos de los *Freirechtler* exigían en otro orden de cosas no fue mantenida en relación con la labor de la dogmática jurídica clásica. Pero ciertos excesos verbales pueden explicarse por el decidido empe-

38. *Cit.*, p. 14.

39. IHERING, R. *Bromas y veras en la Jurisprudencia*, Buenos Aires, Ed. jurídicas Europa-América, 1974, trad. de T. A. Banzhaf, p. 197.

40. «Bovigus, Bovigismus und echte Rechtswissenschaft», en *Gerechtigkeitswissenschaft, cit.*, p. 174.

ño de estos autores en cambiar profundamente la mentalidad jurídica dominante. El radicalismo —en ocasiones, más aparente que real— que caracterizó a la *Freirechtsbewegung* sirvió al menos para plantear, discutir y poner en tela de juicio algunos de los principios que hasta entonces habían aparecido como incontrovertibles.

El ataque contra el empleo de la lógica y la construcción abstracta de conceptos tiene por objeto la finalidad de demostrar que el fenómeno jurídico en su conjunto no puede ser concebido como un sistema. El espíritu sistemático en el ámbito jurídico no puede ser aceptado si se comprueba a través de la observación, empíricamente, que el Derecho no es un sistema. La categórica afirmación de que «la idea de que el Derecho sea un sistema es absolutamente falsa»⁴¹ procede de la inversión del procedimiento para el conocimiento del Derecho. Hasta ahora el método que se había utilizado era abstracto, general, deductivo y lógico-racional. Lo que propone la nueva concepción es el empleo de un método individual, concreto, inductivo, basado en la observación y que introduzca el elemento de la voluntad —y no sólo la razón— para la comprensión del Derecho. La aproximación al Derecho a través de este camino pone de manifiesto que la idea de sistema no encaja en el mundo jurídico. Además, la imposibilidad de reducir el Derecho a sistema no se predica exclusivamente del Derecho estatal sino de todo Derecho y, por tanto, también del Derecho libre. En este sentido afirmaba Kantorowicz que «el intento de lograr un sistema de *valides general* de proposiciones jurídicas, bien del Derecho estatal, bien del Derecho libre, no es sino la utopía de una lógica de aficionados, especialmente en una época de creciente individualismo»⁴².

Por supuesto es posible, y de hecho es lo que ha venido sucediendo, la elaboración de un sistema abstracto de proposiciones jurídicas. Lo que se niega es que tal sistema pueda ser aplicado. Todos los principios y proposiciones establecidas tradicionalmente por la ciencia jurídica no servirían para la vida jurídica práctica. La abstracción de tales proposiciones imposibilita su conexión con casos reales. En consecuencia, la necesidad de modificar el método o los métodos jurídicos implica un cambio sustancial en cuanto a la propia concepción de la ciencia jurídica. La construcción, el objeto y la función de la ciencia del Derecho deben ser revisados profundamente. Sin embargo, en este tema —como en otros— no puede decirse que exista una posición homogénea en todos los autores del Derecho libre. La hay, desde luego, pero en sentido negativo; es decir, todos están de acuerdo en que los esquemas propios de la ciencia jurídica tradicional deben ser abandonados de un modo definitivo. Pero la nueva ciencia jurídica que se propone no es la misma en todos los autores. Es cierto que en este punto se produce una

41. FUCHS, E. «Schreibjustiz und Richterkönigtum», 1907, en *Gesammelte Schriften* (vol. I), cit., p. 66.

42. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 26.

cierta indeterminación que probablemente está buscada intencionadamente pero, en cualquier caso, y como con acierto ha señalado Riebschläger representa una simplificación reprochar a todos los miembros de la *Freirechtsbewegung* el haber llegado a una sociologización del Derecho⁴³. En sentido estricto, tal sociologización sólo tiene lugar en Fuchs y precisamente por eso ha sido criticado⁴⁴. Por ejemplo, Gèny le acusaba de «haber introducido brutalmente la sociología en el Derecho» sin tener en cuenta el carácter específico (normativo) del Derecho⁴⁵.

Aun a riesgo de simplificar se puede hacer una división entre dos corrientes dentro del movimiento del Derecho libre. Ambas coinciden en determinados aspectos metódicos pero difieren respecto de cuál sea la verdadera ciencia del Derecho. Siguiendo con las doctrinas de los autores a los que estamos prestando una mayor atención podría decirse que Ehrlich y Fuchs pertenecen al grupo que considera a la sociología del Derecho como la auténtica ciencia jurídica, mientras que Kantorowicz se inclinaría por el carácter mixto (normativo y fáctico) de la Jurisprudencia.

Comenzaremos en primer lugar por la doctrina de Kantorowicz⁴⁶. Para este autor la ciencia jurídica tradicional no puede explicar el fenómeno jurídico de una manera satisfactoria porque trabaja con un método y un material equivocado. El objeto de la ciencia jurídica no puede ser exclusivamente el Derecho estatal. Ya dijimos en otro lugar que este Derecho tan sólo representa una parcela de la realidad jurídica y, por ello, la consideración de una de las formas de expresión del Derecho como si fuera la única constituye una simplificación que incurre en un reduccionismo insostenible. La ampliación del objeto, es decir, el análisis del Derecho libre junto al Derecho estatal tiene consecuencias que afectan al método en un doble sentido: por una parte, porque el horizonte de la investigación jurídica se proyecta sobre una realidad en constante cambio y, por otra, porque el contenido de la nueva realidad emergente (el *freires Recht*) sólo puede realizarse a través de la observación. A todo esto habría que añadir que la ciencia jurídica es considerada como una auténtica «fuente» del Derecho y, en consecuencia, su papel tiene que ser necesariamente distinto. Las palabras del propio Kantorowicz son lo suficientemente expresivas respecto de la nueva

43. *Die Freirechtsbewegung*, cit., p. 91.

44. Por ejemplo Kaufmann en la Introducción a la *Gerechtigkeitswissenschaft*, cit., pp. 12 y ss.

45. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (vol. II), cit., p. 397.

46. La concepción de Kantorowicz sobre la ciencia jurídica se encuentra en *Die Rechtswissenschaft-eine kurze Zusammenfassung ihrer Methodologie*, cit., pp. 83 y ss.; «Rechtswissenschaft und Soziologie» (1911), en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., pp. 117 y ss.; «Rationalistische Bemerkungen über Realismus» (1934), en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., pp. 101 y ss. y *La definición del Derecho*, cit., pp. 43 y ss.

concepción de la ciencia jurídica: «Esta es la *ciencia jurídica* que ambicionamos... Si la ciencia jurídica reconoce Derecho libre, la jurisprudencia —entendida como actividad de los tribunales (*Recthsprechung*)— no puede fundarse exclusivamente sobre el Derecho estatal. Si la ciencia jurídica posee fuerza creadora, la jurisprudencia no puede ser por más tiempo mera servidora de la ley... Si la teoría admite un espacio de valores sentimentales no pueden exigir fallos fundados exclusivamente en razones. Si la teoría reconoce el factor individual, la praxis perdería la característica de la previsibilidad, de la uniformidad. Si la teoría misma se hace antidogmática, la jurisprudencia no puede ser por más tiempo científica. Si en la ciencia domina la voluntad, la jurisprudencia no podrá permanecer ajena al sentimiento. En resumen, los ideales de la legalidad, de la pasividad, de la fundamentación racional, de la científicidad, de la seguridad jurídica y de la objetividad parecen incompatibles con el nuevo movimiento. Pero, afortunadamente, se puede mostrar que estos postulados, en parte, no se han realizado hasta ahora y, en parte, no merece la pena que se realicen»⁴⁷.

De este largo pasaje nos interesa destacar tres ideas fundamentales: el papel que juega la voluntad en la construcción de la ciencia jurídica, el carácter creativo de la misma y, por último, la convicción de que el objeto de la ciencia del Derecho está constituido por normas. La introducción del elemento de la voluntad ha sido considerado por algunos autores, por ejemplo, Larenz como algo negativo y perturbador no sólo en el ámbito de la ciencia jurídica sino también en la praxis de los tribunales⁴⁸. Sin embargo, este supuesto «voluntarismo» debe ser matizado. Kantorowicz no pretende en ningún momento sustituir la voluntad por la razón. Lo único que desea es que se reconozca el papel decisivo que desempeña la voluntad en la medida en que la ciencia deja de ser mero conocimiento del Derecho y se convierte en una auténtica fuerza creadora.

La ciencia jurídica no puede construir un sistema racional de proposiciones por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque, como ya se dijo en otro lugar, el Derecho no puede ser concebido como un sistema. Esto puede predicarse del Derecho estatal pero sobre todo puede afirmarse respecto del Derecho libre ya que éste sería el producto de «los resultados de las épocas culturales más diversas y de diferentes círculos de vida que se desenvuelven orgánicamente y no con arreglo a un plan fijo»⁴⁹. Y, en segundo lugar, porque el «sistema» que

47. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 33. El subrayado es nuestro.

48. Larenz, habla expresamente de un giro hacia el voluntarismo en el movimiento del Derecho libre; *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Londres, París, Tokio, Honkong, Barcelona, Budapest, Springer (6.a ed.), 1991, p. 59 y ss.

49. KANTOROWICZ, H. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 20.

intenta elaborar la ciencia jurídica «está lleno de elementos emocionales y volitivos»⁵⁰.

Kantorowicz intenta demostrar a través de ejemplos concluyentes el modo en el que actúa la voluntad en el mundo del Derecho. Y esta voluntad (por supuesto, junto con la razón) que opera en la construcción de la ciencia del Derecho se traslada igualmente a la praxis jurídica, a la actividad de los tribunales. Por lo tanto, se trataría de una combinación de razón y voluntad; el predominio de una u otra no es algo que pueda determinarse *a priori*, sino que dependerá del contenido y sentido de las normas, de la realidad social, de las necesidades del tráfico, etc.

Por otra parte, Kantorowicz es contrario a la tajante separación que se realiza habitualmente entre ser y deber ser. Esta división ha propiciado la aparición de dos «mundos» que nada tienen que ver entre sí. Si se incluye al Derecho en la esfera del deber ser parece que cualquier incursión en la esfera del ser debe reputarse como una intromisión ilegítima y de este modo el método normativo y el método empírico aparecen como incompatibles. Es incorrecto hablar de ciencias que exponen exclusivamente lo que «es» frente a ciencias (como la jurídica) que exponen lo que «debe ser». La ciencia jurídica aunque trabaja con normas también se refiere al orden del ser. Y en este sentido, lo que propugna Kantorowicz es la necesidad de que exista una colaboración de la ciencia jurídica con la sociología y la psicología. En una palabra, el abismo entre ciencias del ser y ciencias del deber ser tiene que desaparecer. Además, este acercamiento no conduce inexorablemente a una confusión metódica y lo único que puede producir son efectos beneficiosos para la ciencia en general. La ciencia del Derecho que trabaja preferentemente con normas pero que también debe tener en cuenta los hechos constituye, pues, una de las posibles formas de aproximación al fenómeno jurídico. La otra forma fundamental viene representada por la sociología del Derecho. Ambas son necesarias pero no pueden confundirse. Lo único que ocurre es que la sociología del Derecho no puede separarse de la Dogmática jurídica porque en tal caso la labor del jurista sería incompleta.

En definitiva, se trataría de los diferentes puntos de vista desde los que puede ser contemplado el Derecho, Kantorowicz lo explica con un ejemplo sumamente ilustrativo: la actividad de un jurista en la vida diaria puede moverse en tres mundos diferentes. Por ejemplo, un abogado le explica a su cliente lo siguiente: 1) Su caso está regulado por una ley todavía válida pero que ha caído en desuso; no obstante, si se interpreta correctamente se podría ganar el proceso. 2) Esta ley, sin embargo, se encuentra en contradicción con nuestras opiniones modernas y, por eso, parece injusta. 3) El juez Braun, al que casualmente co-

50. *Idem, Rationalistische Bemerkungen über Realismus, cit., p. 113,*

nozco, interpretará la ley de un modo restrictivo y, en consecuencia, usted perderá el proceso. Cada una de estas proposiciones se encuentran conectadas respectivamente con el *sentido* de la norma, su *valor* y la *realidad* ⁵¹. Las diferentes concepciones de la ciencia jurídica han dirigido su atención a alguno de estos tres aspectos. Todas ellas tienen razón en parte y, por eso, debe existir una comunicación constante entre estas tres perspectivas.

La posición de Kantorowicz nos parece equilibrada. Sostiene que la ciencia del Derecho debe dedicarse al análisis de normas. Pero la proyección de tales normas —su realización en la vida jurídica práctica— no puede entenderse sin tener en cuenta los efectos que provocan en la vida social; por eso, «la Dogmática sin la sociología esta vacía, y la sociología sin la Dogmática está ciega» ⁵². El Derecho, por tanto, «no puede ser comprendido ni aplicado sin el estudio sociológico de la realidad social» ⁵³. Sin embargo, una cosa es reconocer la necesidad de este estudio y otra muy distinta la pretensión de sustituir la ciencia jurídica por la sociología del Derecho. En un trabajo en el que critica las tesis del realismo norteamericano Kantorowicz (que como es sabido tuvo que marcharse en 1934 a los Estados Unidos presionado por los nazis) considera que las dos afirmaciones básicas de esta corriente son falsas. Tales afirmaciones son: que el Derecho no es un conjunto de normas sino de hechos y que la ciencia del Derecho es una ciencia empírica. En sentido propio lo que han hecho los realistas es exagerar ciertas verdades que les han llevado finalmente a confundir problemas de naturaleza diversa. No vamos a reproducir aquí todas y cada una de las críticas que realiza Kantorowicz. Sólo vamos a tratar de resumir sus ideas básicas por lo que respecta a la ciencia del Derecho.

Por una parte, es un error considerar que el Derecho sea un conjunto de hechos que se manifiesta en las decisiones de los tribunales. Es verdad que los jueces tienen un auténtico poder creador y en sus decisiones van recogiendo normas del Derecho libre. La importancia práctica de estas reglas es importantísima aunque su fuerza vinculante desde la perspectiva del Derecho formalizado sea escasa. Pero los hechos en sí mismos considerados (observados) no nos dicen nada. El jurista también trabaja, por supuesto, con hechos pero lo importante de tales hechos es su significado y tal significado tiene un correlato normativo. La valoración de los hechos tiene implicaciones normativas que no pueden explicarse a través de una mera observación entre otras razones porque la mayoría de las relaciones jurídicas no son perceptibles empíricamente.

51. *Idem*, *Die Rechtswissenschaft-eine kurze Zusammenfassung inder Methodologie*, cit., pp. 84-85.

52. *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 139

53. *Rationalistische Bemerkungen über Realismus*, cit., p. 102.

Por otra parte, la ciencia jurídica no puede ser construida ni concebida como una ciencia empírica. Su método no es la observación, su finalidad no es la predicción de acontecimientos futuros. Consecuentemente el modelo de la ciencia jurídica no puede ser el de las ciencias de la naturaleza. La ciencia del Derecho es una ciencia cultural que se refiere a normas que son expresión de un deber ser y, por eso, su método no puede consistir en la explicación o descripción con ayuda de categorías tales como causa y efecto. Por el contrario, su tarea principal consiste en la justificación a través de razones. En conclusión, «la tarea de las Facultades de Derecho no es educar a gente como Sherlock Holmes sino como el juez Holmes»⁵⁴. Creo que todo lo que se ha dicho es suficiente para demostrar que la Jurisprudencia en Kantorowicz es una ciencia normativa que no se confunde con la sociología del Derecho.

A continuación vamos a referirnos a las doctrinas de Ehrlich y Fuchs. Como ya se dijo en estos autores la sociología del Derecho no es sólo una forma de conocimiento del fenómeno jurídico, sino que se presenta como la única y auténtica ciencia del Derecho. No pretendemos exponer la doctrina de Ehrlich de un modo completo⁵⁵; por eso, nuestra labor consistirá simplemente en resumir sus ideas fundamentales. El Derecho es concebido por Ehrlich como un producto que tiene su origen en la sociedad. Este origen determina que el conocimiento sobre el mismo sólo pueda efectuarse analizando los distintos hechos en los que se manifiesta. El Derecho válido formalmente se encuentra en contraposición con el Derecho vivo (*lebendes Recht*) que es el que rige de un modo efectivo las relaciones entre los hombres. Los juristas tradicionalmente sólo han prestado atención a lo que Ehrlich llama normas de decisión (*Entscheidungs-normen*) que son reglas de conducta que se refieren a los tribunales y otras autoridades del Estado, pero jamás se han dedicado a estudiar el Derecho efectivamente operante en el seno de los distintos grupos sociales. Precisamente, el no tomar en consideración este Derecho es lo que ha impedido una comprensión correcta del fenómeno jurídico. Sería algo parecido a lo que ocurre cuando «un viajero regresa de un país extranjero e intenta describir el Derecho de los pueblos que ha conocido. Lo que contará será cómo se celebran allí los matrimonios, cómo se vive en la familia, cómo se celebran contratos, pero apenas hablará de las reglas conforme a las cuales se deciden pleitos»⁵⁶.

La visión clásica del Derecho es, pues, reduccionista y parcial en la medida en que sólo toma en consideración el Derecho estatal y, además, se encuentra totalmente alejada de la realidad. La nueva tarea del

54. *Ibidem*, p. 115. Para una crítica detallada del realismo *vid.* p. 102 y ss.

55. Una información bastante completa al respecto puede verse en la obra de REHBINDER, M. *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, *cit.*, especialmente pp. 34 y ss., 75 y ss. y 126 y ss.

56. EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, *cit.*, p. 21.

jurista debe ser investigar ese Derecho vivo que se manifiesta en los hechos del Derecho (*Rechtstatsachen*) y que son fundamentalmente el uso (*übung*), el dominio (*Herrschaft*), la posesión (*Besitz*) y la declaración de voluntad (*Willenserklärung*)⁵⁷. Y tal Derecho que es el que realmente domina la vida social sólo puede ser conocido empíricamente, a través de la observación de la vida, de las conductas, de las costumbres, etc.

La consideración del Derecho como expresión de un deber ser es ficticia por varios motivos. En primer lugar, porque no suele haber correspondencia entre el Derecho formalizado y el Derecho vivo, de manera que las reglas de deber ser enunciadas por el legislador no se reflejan en el comportamiento real de los individuos. En segundo lugar, porque las reglas de deber ser que se refieren a la actuación de los tribunales (*Entscheidungsnormen*) tampoco reflejan el comportamiento real de los jueces no están determinadas o, por lo menos, no de un modo absoluto, por tales normas. La experiencia diaria demuestra exactamente lo contrario. Y por último, hay que tener en cuenta que el Derecho vivo se desarrolla y cumple espontáneamente; las ocasiones en las que se decide una controversia ante un tribunal tienen un carácter excepcional.

Por todo ello, si el Derecho (vivo) sólo puede ser conocido a través de la experiencia y si nace y se desarrolla en la sociedad, la ciencia que lo estudie ha de ser una ciencia social. Como «el Derecho es un fenómeno social, la Jurisprudencia pertenece al ámbito de las ciencias sociales y por eso la verdadera ciencia del Derecho es una parte de la ciencia teórica de la sociedad, de la Sociología». De ahí que «la sociología del Derecho sea la teoría científica del Derecho»⁵⁸. Y esta nueva y auténtica ciencia del Derecho se caracteriza porque utiliza un método inductivo que está basado en «la observación de hechos y la recopilación de experiencias» en contraposición al método abstracto y deductivo de la ciencia jurídica tradicional que sólo conduce a un inevitable alejamiento de la realidad. Ehrlich, por tanto, niega el carácter científico de la Jurisprudencia tradicional y sólo admite la posibilidad de un conocimiento sociológico sobre el Derecho. Esta postura fue criticada por Kelsen⁵⁹ y otros muchos autores y creemos que con razón. De cualquier modo, lo importante es que en Ehrlich se produce una sustitución de la ciencia jurídica tradicional por la sociología del Derecho.

57. *Ibidem*, p. 81 y ss.

58. *Ibidem*, p. 33.

59. Sobre la disputa entre Kelsen y Ehrlich puede verse el trabajo de ROBLES MORCHON, G. «Normativismo y sociologismo: la polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica», en *Epistemología y Derecho*, Madrid, Píramide. 1982, pp. 27-41.

Po lo que respecta a Fuchs⁶⁰, considerado por muchos como la *bête noire* del movimiento⁶¹, debemos decir que una buena parte de su abundantísima obra está dedicada a criticar la concepción clásica de la ciencia jurídica. Esta pretendida ciencia (*Pandektologie* en la terminología de Fuchs) debe ser sustituida por otra ciencia que sirva para proporcionar conocimientos útiles al jurista. La ciencia jurídica tradicional ha permanecido estancada en el pasado y sigue aferrada a los esquemas propios de la Edad media conservando un método «constructivo, deductivo, histórico y filológico en lugar de haberse convertido en una ciencia moderna, inductiva y basada en la experiencia». Y lo peor de todo esto es que tal método constructivo se ha introducido «en los códigos y en la jurisprudencia»⁶². La pretensión fundamental es la de conseguir un cambio total en la mentalidad jurídica dominante y el mejor camino para conseguir esta meta es el de la formación de los juristas conforme a otros principios que Fuchs cifra en la observación, el análisis de la realidad y sobre todo la renuncia a establecer categorías conceptuales abstractas cuyo sentido práctico es nulo. Ahora bien, «la utilización del método inductivo no excluye ni impide que puedan formularse conceptos pero éstos serían extraídos *a posteriori*»⁶³ después de haber ordenado todos aquellos hechos que son observados a través de la experiencia. De esta forma puede constituirse un auténtico saber que se configura como una ciencia que dirige su atención a la realidad⁶⁴.

En definitiva, si el saber jurídico quiere constituirse como un auténtico saber científico la única vía posible es la sociología. Sólo ella puede ofrecer los criterios necesarios para la *Rechtsfindung*⁶⁵ y convertirse de este modo en una ciencia de la justicia (*Gerechtigkeitswissenschaft*)⁶⁶. La doctrina de Fuchs también niega el carácter normativo de la Jurisprudencia y apuesta por la sociología del Derecho como la verdadera ciencia jurídica⁶⁷. No podemos compartir esta

60. Sobre la vida y doctrina de Fuchs *vid.* FOULKES, A. S. «Ernst Fuchs und die Freirechtslehre. Ein Lebensbild», en *Gerechtigkeitswissenschaft*, *cit.*, p. 225-257. Del mismo autor, el prólogo en *Gesammelte Schriften* (vol. I), *cit.*, pp. 7-27 y «On the german free law school (Freirechtsschule)», en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1969, pp. 367-417.

61. Tal opinión es mantenida por los adversarios del movimiento según afirma KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, *cit.*, p. 135.

62. *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, *cit.*, pp. 66 y 67.

63. *Bovigus, Bovigismus und echte Rechtswissenschaft*, *cit.*, p. 176.

64. El modelo de jurista que propone FUCHS es descrito del siguiente modo: «Der grosse moderne Jurist ist vor allem der grosse Rechtsstatsachenforscher, Rechtspsychologe, Gegenwartrechtsfortbilner und Gesetzkünstler»; *Ihering und die Freirechtsbewegung*, *cit.*, p. 190.

65. «Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz» (1909), en *Gesammelte Schriften*, *cit.*, p. 147.

67. Naturalmente no podemos reproducir aquí todos los argumentos de Fuchs. Respecto de su concepción acerca de la sociología del Derecho *vid.* Especialmente *Juristischer Kulturkampf*, *cit.*, pp. 75-145.

conclusión porque eliminar u olvidar el aspecto normativo del Derecho impide el conocimiento pleno de la realidad jurídica. Pero la postura de Fuchs puede ser justificada, al menos parcialmente, si tenemos en cuenta que es el único de los representantes del movimiento que se mantuvo al margen de los círculos académicos dedicando toda su vida al ejercicio de la profesión de abogado. Esta actividad práctica le permitió, sin duda, saber de manera directa cómo se interpretaba y aplicaba el Derecho y, de este modo, pudo constatar empíricamente la enorme distancia que existía entre la ciencia jurídica tradicional y la praxis de los tribunales.

La negación de la idea de sistema, la imposibilidad de reducir a esquemas lógicos el proceso de interpretación y aplicación del Derecho así como la necesidad de construir una nueva ciencia jurídica se presentan como aspiraciones cuya realización es deseable. Sin embargo, no podemos concluir este apartado sin hacer referencia a la crítica que realiza Hernández Marín respecto a las tesis fundamentales del Derecho libre. Según este autor —uno de los pocos que ha escrito en España sobre el movimiento del Derecho libre con una información muy completa— «los calificativos de empírico, sociológico, inductivo, etc., aplicados por Fuchs al movimiento del Derecho libre o a la ciencia jurídica propugnada por este movimiento son inapropiados o falsos, simplemente. La actividad consistente en buscar o extraer las cuasiproposiciones jurídicas integrantes del Derecho libre (de las cuales se extraen a su vez las decisiones de los casos) de ciertos hechos sociales no es sociológica, ni inductiva, ni empírica, sino sencillamente imposible»⁶⁸. En realidad no existirían tantas diferencias entre el movimiento del Derecho libre y la jurisprudencia de conceptos; el método, en contra de lo que sostienen sus representantes, sería en ambos casos el mismo, esto es, deductivo y abstracto. Sin embargo, aunque pueda imputarse a los representantes del Derecho libre falta de claridad o, si se prefiere, imprecisión terminológica, seguimos sosteniendo decididamente que es imposible encontrar alguna similitud de ideas, métodos o fines entre el movimiento del Derecho libre y la jurisprudencia de conceptos. Afirmar lo contrario es suponer que todas las discusiones que se produjeron no debieran haber tenido lugar, es decir, que en el fondo se trató de una polémica estéril centrada en problemas imaginarios cuando lo cierto es que estaban en juego dos visiones totalmente diferentes del fenómeno jurídico. El triunfo de una de ellas aunque sea parcialmente constituyó, a nuestro modo de ver, un avance significativo que ha quedado consolidado en el pensamiento jurídico contemporáneo.

68. HERNÁNDEZ MARÍN, R. *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos (2.^a ed.), 1989, p. 235.

4. LA POSICION DEL JUEZ: RESOLUCIONES CONTRALEY Y SEGURIDAD JURIDICA

Todo lo que se ha dicho hasta ahora conduce inevitablemente hacia un replanteamiento de la misión que deben cumplir los jueces y, en definitiva, de la posición que deben ocupar dentro del engranaje de cualquier sistema jurídico. Si el proceso de aplicación del Derecho no es producto de la utilización de reglas lógicas y si la tarea del juez consiste en la búsqueda del Derecho —no sólo del Derecho estatal— con la finalidad de adoptar decisiones que respondan verdaderamente a las necesidades sociales, el papel del juez no puede ser concebido como el de un mero ejecutor de las prescripciones genéricas contenidas en las normas elaboradas por el legislador. El juez se convierte, de este modo, en protagonista principal de una obra que sólo él puede llevar a buen término. Todos los representantes del Derecho libre destacan, sin excepción, la influencia que ejerce la personalidad del juez en el proceso de aplicación del Derecho. Naturalmente, el término «personalidad» no debe ser entendido como sinónimo de arbitrariedad. Lo que se quiere señalar es que el juez, como cualquier hombre, no puede evitar que se imprima el sello de su personalidad en todo cuanto hace. Y la actividad consistente en la interpretación y aplicación de normas no podía ser menos. Si observamos la práctica de los tribunales llegaremos a la conclusión de que el factor individual es decisivo. Esto se demuestra al analizar la variabilidad del contenido de las decisiones jurídicas. La participación de uno u otro sujeto en un determinado proceso puede suponer que el contenido de la sentencia sea diferente dependiendo de la personalidad de cada uno de ellos. Sin embargo, esta circunstancia no es nueva; con razón decía Ehrlich que «la administración de justicia siempre ha tenido en todo tiempo una nota personal» que dependía de la individualidad de cada uno de los jueces; pero «este hecho no debe ser considerado como una carga inevitable»⁶⁹, sino que debe ser valorado positivamente pues al fin y al cabo permite el desarrollo del Derecho y, lo que es más importante, ayuda al juez en su búsqueda del Derecho.

Consiguientemente, este factor individual, lejos de representar un peligro, se convierte en un elemento digno de ser apreciado. Por otra parte, los jueces al desarrollar su labor tienen que realizar valoraciones constantes que se proyectan sobre todas las circunstancias que concurren en el caso y, en razón de las mismas, debe buscar una solución que sea conforme no sólo con la ley, sino también con las «necesidades sociales», con los «intereses en juego», con la «naturaleza de las cosas», etc. En este sentido los representantes del Derecho libre prestan una mayor atención a la justicia del fallo que a su estricta conformidad con

69. EHRlich, E. «Freie Rechtsfindung und freier Rechtswissenschaft», en *Recht und Leben*, cit., p. 194.

las disposiciones legales. O expresado en otros términos: la rígida observancia de la ley no garantiza ni la justicia del fallo ni tampoco su pretendida objetividad. Utilizando este camino se podría llegar al subjetivismo y a la arbitrariedad. En este sentido afirmaba Fuchs que «el jurista (libre) en la interpretación y desarrollo de las leyes tiene en cuenta su sentido social y económico, su finalidad y su espíritu, buscando sin rodeos un resultado justo y razonable que fundamenta abiertamente como tal»⁷⁰. En contraposición, el jurista tradicional —a pesar de la aparente transparencia en la fundamentación de sus decisiones— actúa por motivos que permanecen ocultos e incontrolados. Esta forma de actuar —que Fuchs llama peyorativamente *Geheimfreirechtlerei*— procedería con prejuicios aunque parezca objetiva y, en el fondo, lo que hace es disfrazar la realidad.

El movimiento del Derecho libre no pretendería, desde esta perspectiva, conceder una mayor libertad al juez, sino simplemente reconocerle la que inevitablemente tiene cuando realiza su función. La ampliación de la libertad del juez, en comparación con la doctrina clásica, se produciría a través del reconocimiento del Derecho libre, es decir, a través de la aceptación de la existencia de otras realidades jurídicas extraestatales que el juez debe tomar en consideración bien para completar la ley allí donde ésta es insuficiente, o bien para resolver conforme al Derecho libre de un modo total cuando lo que se produce es una laguna. Pero en relación con el Derecho estatal lo único que se quiere poner de manifiesto es que los jueces —por lo menos, algunos de ellos— deben terminar con la ficción de presentar sus resoluciones como si fueran el resultado de una serie de operaciones lógicas, objetivas y exquisitamente racionales. Es mejor conocer los auténticos motivos que llevan a una decisión judicial que no ocultarlos bajo el disfraz de la lógica. La primera actitud reportaría mayores beneficios y sobre todo es más sincera lo cual permite una justificación clara y contundente del por qué de la resolución.

Desde esta perspectiva, la exigencia fundamental de la *Freirechtsbewegung* se cifra en la necesidad de modificar la formación de todos los juristas y de modo especial la formación de los jueces. Esta meta sólo puede conseguirse si se produce una transformación total en los métodos de enseñanza. Debe proporcionarse al jurista una enseñanza dogmática orientada fundamentalmente a la praxis jurídica de modo que le permita conocer realmente lo que es el Derecho. Por lo que se refiere a los jueces, éstos deben tomar conciencia de su nuevo papel y de su función esencialmente creadora. Tal función creadora exige un giro radical en la actividad de los tribunales y exige igualmente eliminar todos aquellos dogmas que han resultado en la práctica tan poco provechosos. Como decía Kantorowicz debemos dejar de juzgar a «los legisladores como si fueran dioses y a los jueces como si no fueran

70. FUCHS, E. *Was will die Freirechtsschule?*, cit., p. 26.

hombres»⁷¹. La consecución de un nuevo tipo de juez va unida a la pretensión de una reforma en profundidad de la administración de justicia. En cierto sentido, las exigencias del movimiento del Derecho libre no se centran exclusivamente en la renovación de la metodología jurídica clásica sino que también tienen una finalidad política que se proyecta sobre la legislación y la propia organización de la judicatura. Con razón se ha dicho que en la mayoría de las ocasiones los defensores del Derecho libre realizaron sus propuestas sin distinguir claramente sus exigencias metodológicas de otras que tenían un marcado carácter jurídico-político⁷². En cualquier caso, se produce una revaloración de la figura del juez al que se pide una formación psicológica y sociológica capaz de hacerle conocer la realidad social y desempeñar de este modo un papel activo y creador, similar al del juez inglés que es el que aparece siempre como el modelo a imitar.

A partir de aquí, reconocida y ampliada la libertad del juez en el proceso de aplicación del Derecho, se plantean dos interrogantes fundamentales: 1) ¿A través de qué medios puede llegarse a la decisión jurídica? y 2) ¿Cuáles son los límites que determinan la actividad del juez? La primera pregunta no es contestada de un modo satisfactorio por los representantes del Derecho libre. Precisamente Gèny criticaba al movimiento del Derecho libre por no haber profundizado en la construcción de una teoría positiva del método jurídico. Aunque está de acuerdo en la crítica al sistema tradicional de fuentes y a los métodos de interpretación, todo lo que se propone como alternativa adolece de falta de claridad y no puede servir para marcar la senda por la que el juez debe caminar. Según Gèny la apelación constante que se hace a nociones tales como equidad (*Billigkeit*), ponderación de intereses (*Interessenwägung*), sentimiento jurídico (*Rechtsgefühl*), libre apreciación (*freies Ermessen*), Derecho justo (*richtiges Recht*) no basta ya que «la insuficiencia de estas nociones ha sido mil veces demostrada»⁷³. Por otra parte, la exaltación del papel de la voluntad y el sentimiento es considerada como un auténtico peligro en la interpretación y aplicación del Derecho ya que a través de esta vía se corre el riesgo de caer en la arbitrariedad y, lo que es peor, se imposibilitaría el control efectivo de la actividad jurisdiccional⁷⁴.

71. *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, cit.*, p. 61

72. MOENCH, D. *Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart, cit.*, pp. 12 y ss.

73. GENY, F. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (vol. II), *cit.*, pp. 391-392.

74. No podemos reproducir aquí todas las críticas que se hicieron al movimiento del Derecho libre. Entre otros pueden verse los siguientes trabajos: BEROLZHEIMER, F. «Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart», en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1910-11, p. 595-610. BRIE, S. «Billigkeit und Recht mit besonderer Berücksichtigung der Freirechtsbewegung», en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1909-10, pp. 526-533. VIERHAUS, F. «Die Freirechtsschule und die heutige Rechtspflege», en *Deutsche Juristenzeitung*, 1909, pp. 1169-1175.

Desde esta perspectiva crítica podría decirse que aunque la finalidad del movimiento del Derecho libre sea digna de admiración en la medida en la que trata de conseguir la realización de la justicia, los medios que ofrece para ello serían inadecuados. La inadecuación de los medios deriva de la imposibilidad de determinar con claridad el significado y sentido de todas aquellas instancias que aparecen inmediatamente como el fundamento de las decisiones judiciales. La vaguedad y la indeterminación de los criterios ofrecidos para la *freie Rechtsfindung* es la causa de la inaceptabilidad del método. Sin embargo, lo que hay que preguntarse seriamente es si esta indeterminación y vaguedad no es buscada intencionadamente por los *Freirechtler*. Creemos que la respuesta debe ser afirmativa porque su propósito principal es reconocer abiertamente que el juez goza de una libertad que no puede ser limitada —aunque se pretenda— a través de directivas metódicas formuladas en normas jurídicas. La causa última de esta libertad habría que encontrarla en la relativa independencia existente entre la norma general y la decisión judicial. Si la decisión no se obtiene mediante la subsunción y el empleo de reglas lógicas y si en tal decisión influye, no sólo la ley, sino también la personalidad del juez y otros factores podría decirse que la sentencia es un producto que, hasta cierto punto, se crea al margen de la ley⁷⁵.

De cualquier modo, sería inexacto afirmar que el movimiento del Derecho libre —a pesar de que destaca la importancia del sentimiento jurídico— propugne el subjetivismo en las decisiones judiciales. Hay ciertos criterios que tiene un carácter objetivo y que operan como un límite efectivo en la actividad judicial. El bien común, las necesidades e intereses sociales, la justicia social, etc., constituyen criterios objetivos que representan una limitación a la libertad del juez. Podría decirse que tales nociones no tienen un contenido preciso, es decir, que son indeterminadas pero no podría afirmarse que son arbitrarias o irracionales. Dicho esto vamos a tratar de responder a la pregunta que se formulaba hace un momento en relación con los límites de la actividad judicial. La cuestión fundamental en este punto es la de esclarecer hasta donde

NEUKAMP, «Der gegenwärtige Stand der Freirechtshbewegung», en *Deutsche Juristenzeitung*, 1912, pp. 44-50. SCHNEIDER, K. «Gesetz und Richteramt», en *Deutsche Juristenzeitung*, 1911, pp. 1012-1017. MANIGK, A. «Formalismus und Freirechtsschule», en *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, Berlin-Leipzig, Walter de Gruyter, 1927, ed. a cargo de F. Stiersomlo y A. Elster, pp. 474-492. BAUMGARTEN E. «Die Freirechtsbewegung» en *Deutsche Richterzeitung*, 1911, pp. 543-555.

⁷⁵. El alejamiento entre norma y sentencia fue acentuado —con cierta exageración— por Hermann Isay que compartió muchas de las ideas de la *Freirechtshbewegung* aunque en sentido estricto no pueda ser considerado como un auténtico miembro del movimiento. En su obra *Rechtsnorm und Entscheidung*, Aalen, Scientia, 1970 (reimp. de la ed. de Berlin de 1929) sostiene que «mientras que la norma es racional, la decisión contiene en todo caso elementos irracionales». p. 25; «la norma como tal no puede realizar la justicia y en sus últimas consecuencias sería injusta», p. 26; «el Derecho no puede representarse a través de un conjunto de normas, sino a través de un conjunto de decisiones», p. 29, etc.

llega el poder creador del juez y de un modo singular se plantea el problema de las resoluciones *contra legem*. La posibilidad de que el juez dicte una resolución en contra de la legalidad fue una de las ideas más combatidas por los adversarios del movimiento del Derecho libre y ha sido la que ha servido para caracterizar a esta corriente. Algún autor ha llegado a sostener que «el verdadero punto neurálgico de la discusión en el seno del Derecho libre lo constituyó la cuestión de la creación del Derecho *contra legem*»⁷⁶. Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con esta apreciación ya que el problema en cuestión sólo se plantea esporádicamente y, en ningún caso, puede considerarse como la idea fundamental o central del Derecho libre. En lo que sigue trataremos de demostrar que la mayoría de las críticas que se han hecho al respecto proceden de una incorrecta comprensión de las afirmaciones de los *Freirechtler* o, en todo caso, constituyen exageraciones de lo que efectivamente dijeron.

El poder creador del juez se manifiesta claramente cuando completa las leyes allí donde es necesario. Recordemos que el Derecho estatal tiene infinidad de lagunas y que la función más destacada del Derecho libre es precisamente colmar esas lagunas. Esta labor puede realizarse de dos formas diferentes: bien de un modo parcial (*praeter legem*) cuando existe una norma que debe ser completada en algún aspecto o, bien de un modo total (*sine lege*) cuando hay una ausencia de norma estatal. El problema que se plantea es si el juez puede resolver *contra legem*, en decir, cuando hay una disposición clara del Derecho estatal y lo que hace el juez es incumplirla o sencillamente prescindir de la ley. La respuesta de los representantes del Derecho libre es afirmativa pero tiene, en todo caso, un carácter excepcional. Y esta excepcionalidad es la que ha sido pasada por alto con muchísima frecuencia. Suele decirse que Kantorowicz es el primer autor que defiende de un modo claro la posibilidad de las resoluciones contra ley en su obra *Der Kampf um die rechtswissenschaft* y que precisamente por eso causó tantísimo revuelo en su momento. No obstante, conviene advertir que esta idea ya fue defendida con anterioridad por otro de los más destacados miembros del movimiento. En efecto, Stampe en 1905 (un año antes que Kantorowicz) afirmaba tajantemente: «Pedimos que el juez tenga la facultad de completar la ley en forma ilimitada y la facultad de modificarla de forma limitada; limitada en el sentido de que no se extienda más allá de lo que exige como indispensable el interés de la comunidad»⁷⁷.

Por lo que se refiere a Kantorowicz no cabe duda que admite la posibilidad de resoluciones *contra legem*. El punto de partida es que el juez debe resolver de acuerdo con lo que dispone la ley cuando ésta es clara. Pero admite las siguientes excepciones: el juez puede y debe

76. BOEHMER, G. *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung* (vol. II), Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1951, p. 176.

77. STAMPE, E. *Gesetz und Richtermacht*, cit., p. 1017.

prescindir de la ley «cuando considere que la ley no ofrece una decisión carente de dudas y cuando conforme a su firme convicción le parece que no es verosímil que el poder estatal existente en el momento del fallo dictaría la resolución que se desprendiese de la ley. En ambos casos el juez deberá dictar el fallo que habría sido pronunciado por el actual poder del Estado si ese poder hubiese pensado en el caso concreto. Si no fuese capaz se inspirará en el Derecho libre. Y, por último, en los casos muy complicados o dudosos en el aspecto cuantitativo (como la indemnización de daños inmateriales) debe resolver según su arbitrio»⁷⁸. La fórmula que utiliza Kantorowicz es lo suficientemente amplia como para que puedan producirse resoluciones en contra de la ley en muchísimas ocasiones⁷⁹ pero creemos que no era esa la intención del autor. En efecto, Kantorowicz se quejará una y otra vez en obras posteriores⁸⁰ de los malentendidos que se produjeron en la interpretación de sus ideas. Se afirma —decía Kantorowicz— que «los *Freirechtler* —o su (supuestamente existente ala radical)— querían poner en tela de juicio la obligatoriedad de la ley y autorizar al juez... a decidir contra la ley. Pero esta afirmación... es una fábula»⁸¹. Ehrlich también protestó contra esta interpretación saliendo expresamente en defensa de Kantorowicz⁸². De cualquier forma, lo cierto es que la posibilidad de que el juez decida en contra de lo que establece la ley, aunque sea excepcionalmente, es reconocida por Kantorowicz y por otros representantes del movimiento del Derecho libre. La fórmula que ofrece Kantorowicz es, desde luego, poco afortunada ya que interpretada en su literalidad despierta la sensación de que los jueces pueden pronunciar constantemente fallos en contra de la ley. Pero lo verdaderamente importante es la idea: se trata de reconocer que en determinados casos el juez puede adoptar una resolución que siendo razonable pueda chocar frontalmente con la legalidad. Las críticas que se hicieron a Kantorowicz motivaron que éste se retractase pero indudablemente sostuvo una posición favorable a la posibilidad de resolver contra ley. Esta marcha atrás fue criticada también por algún autor tan poco sospechoso como Reichel cuando afirmaba con cierta decepción que «precisamen-

78. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 34.

79. MOENCH, D. ha dicho en este sentido que la fórmula de Kantorowicz permitiría al juez prescindir de la ley prácticamente en cualquier caso, *Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart*, cit., p. 43.

80. Por ejemplo en «Die Contra-legal-Fabel», en *Deutsche Richterzeitung*, 1911, pp. 258 y ss. También en *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 125. Wüntenberger afirma que en la edición italiana de *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, (*La lotta per la scienza del diritto*, 1908) Kantorowicz había modificado su punto de vista, Introducción a *Rechtswissenschaft und Soziologie*, cit., p. 3. Pero como con razón ha señalado Foulkes también en la edición italiana sostiene claramente la posibilidad de una resolución contra ley, Prólogo a *Gesammelte Schriften*, cit., p. 15.

81. *Die Contra-legal-Fabel*, cit., p. 258.

82. EHRLICH, E. «Die Neuordnung der Gerichtsverfassung» (1912), en *Gesetz und lebendes Recht*, cit., p. 177.

te aquellos partidarios del Derecho libre que en su tiempo habían pedido con más claridad que fuese posible juzgar contra ley, modificaron súbitamente su credo jurídico»⁸³. La idea de legitimación de las resoluciones contra ley, aunque sea en casos tasados, fue sin duda la que provocó una mayor reacción de rechazo entre la doctrina. Sin embargo, lo que quisieron destacar los *Freirechtler* fue el hecho de que en la práctica tales resoluciones se producen sin que por ello entre en quiebra el sistema jurídico, es decir, la utilización de este recurso de carácter excepcional sólo pretende alcanzar un resultado justo o razonable aunque para ello sea necesario vulnerar la legalidad. Naturalmente, el problema que se plantea es cuándo y en qué condiciones puede el juez prescindir de la ley y, por supuesto, la respuesta a esta pregunta no puede darse *a priori*. Pero en el fondo, admitida la posibilidad de resoluciones *contra legem* en el seno del movimiento del Derecho libre, se plantean dos cuestiones fundamentales que están íntimamente relacionadas: por una parte, el peligro de que se produzcan resoluciones arbitrarias y, por otra, el problema de la seguridad jurídica.

Por lo que se refiere al peligro de resoluciones arbitrarias que sean producto de un excesivo subjetivismo por parte del juez es indudable que pueden producirse. Pero este resultado no es la consecuencia de adoptar una resolución en contra de lo que dispone la ley sino que también puede producirse al amparo de la misma. El subjetivismo y la arbitrariedad no se eliminan por el hecho de que la resolución obtenida sea conforme con la ley. La observancia de la legalidad puede representar en algunas ocasiones un disfraz de la realidad. Por ejemplo, hay ocasiones en las que nos encontramos con resoluciones que aparentemente respetan la legalidad desde la perspectiva formal y que, sin embargo, producen los efectos contrarios a los previstos en la ley. Esto sucede cuando se recurre a las ficciones para evitar la aplicación de una determinada norma. El resultado es una resolución «contra ley» que formalmente respeta la ley. Lo que piden los *Freirechtler* es acabar con las ficciones exigiendo para ello sinceridad. Salvaguardar la legalidad de un modo ficticio no tiene ningún sentido. Por otra parte, aunque una resolución pueda ser arbitraria siempre existe la posibilidad de recurrirla. En este sentido afirmaba Kantorowicz que «contra los excesos de la subjetividad nos protegen suficientemente... los recursos contra las resoluciones judiciales»⁸⁴. En definitiva, parece que el peligro de resoluciones arbitrarias no se elimina a través del sometimiento a la ley y en todo caso hay que señalar que en algunas ocasiones nos encontramos ante decisiones que tienen carácter ficticio en el sentido de que sólo cumplen el requisito de su conformidad con la ley de un modo formal.

83. REICHEL, H. *La ley y la sentencia*, cit., p. 125. Este autor enumera una serie de casos en los que el juez puede resolver contra ley, p. 127 y ss.

84. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, cit., p. 34.

Por lo que respecta a la seguridad jurídica la acusación que con más frecuencia se dirige al movimiento del Derecho libre es que si se aceptan sus ideas se eliminaría la certeza en el Derecho ⁸⁵. Éste ataque no sólo se produce como consecuencia de la admisibilidad de las resoluciones contra ley sino también por el papel que se otorga a la voluntad, al sentimiento y a la personalidad del juez. No obstante, conviene advertir que la seguridad jurídica de la que hablan los representantes del Derecho libre ⁸⁶ es bastante diferente de la concepción tradicional. En primer lugar, la presencia de ciertos elementos de incertidumbre en el Derecho no sólo es inevitable sino que además constituye algo beneficioso para el propio desarrollo del Derecho. Y, en segundo lugar, la seguridad no puede ser entendida como la previsibilidad del contenido de las decisiones futuras. Como decía Kantorowicz el que la sentencia sea previsible constituye un bello ideal irrealizable ya que «si la sentencia fuera previsible no existirían procesos y, por tanto, no existiría sentencias, pues ¿quién comenzaría un proceso en el que, según se puede prever, perderá?» ⁸⁷. Por otra parte, como el proceso de interpretación y aplicación del Derecho no responde a esquemas lógicos no puede llamar la atención que la decisión sea hasta cierto punto «imprevisible». Pero, además, los defensores del Derecho libre afirman —y creemos que con mucha razón— que la seguridad jurídica de la que se había venido hablando hasta entonces era ficticia. Incluso podría decirse que existe más inseguridad cuando se procede conforme a los esquemas tradicionales en la medida en que se produce una ocultación de los verdaderos motivos que fundamentan la decisión ⁸⁸. Por el contrario, la *freie Rechtsfindung* además de proporcionar las razones verdaderas por las que se adopta una resolución ⁸⁹ permite el progreso del Derecho y que éste se conecte de un modo real con las necesidades de la sociedad. En definitiva, creemos que las ideas defendidas por los *Freirechtler* ni conducen al subjetivismo ni tampoco eliminan la seguridad jurídica; simplemente son el reflejo de lo que realmente sucede en el proceso de aplicación del Derecho.

A lo largo de estas páginas hemos procurado destacar los muchos aciertos que se contienen en la doctrina de la *Freirechtsbewegung*. Esta valoración positiva no significa ni mucho menos que no haya aspectos que puedan ser criticados. No obstante, si con carácter general se ha

85. López de Oñate, F. destaca de un modo especial al movimiento del Derecho libre entre las corrientes teóricas contra la certeza del Derecho, *La certeza del Derecho*, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1953, trad. de S. Sentís y M. Ayerra, pp. 107-122.

86. AL respecto *vid.* FUCHS, E. *Jurisprudenz und Rechtssicherheit*, *cit.*, p. 193 y ss.

87. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, *cit.*, p.35.

88. FUCHS, E. *Jurisprudenz und Rechtssicherheit*, *cit.*, p. 203.

89. La lucha por la sinceridad sería una de las constantes que se repiten en el seno del movimiento del Derecho libre; *vid.* al respecto LOMBARDI VALLAURI, L. *Geschichte des Freirechts*, *cit.*, p. 144 y ss.

prescindido de la crítica ello ha sido por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque otros ya se han encargado de realizar esta labor en multitud de ocasiones y, en segundo lugar, porque quien escribe estas líneas manifiesta su acuerdo casi total respecto de las ideas fundamentales defendidas por el movimiento del Derecho libre. Como decía González Vicén «el hecho de que muchos juristas actúen *de facto* como *Freirechtler*... es un gran triunfo póstumo de Ernst Fuchs»⁹⁰ y, en general, —añadiríamos nosotros— de todos los defensores del Derecho libre.

90. GONZÁLEZ VICÉN, F. «Die Freirechtsbewegung. Eine methodologische Betrachtung», en *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, Berlin, Duncker-Humblot, 1990, ed. a cargo de E. Garzón Valdéz, p. 143.