

NOTAS CRITICAS

Fuentes del Derecho e interpretación jurídica

Observaciones alrededor de un libro

SUMARIO: 1. Dificultades de esta nota crítica.—2. La interpretación.—3. Las fuentes del Derecho.—4. Derecho y Moral.—5. La Ley.—6. Los principios.—7. La jurisprudencia.—8. La construcción dogmática.—9. Finalidad y método del Derecho comparado.—10. La práctica del Derecho comparado.—11. Conclusiones y advertencia final.

§ 1. *Dificultades de esta nota crítica.*

Las consideraciones que siguen estaban destinadas, y en parte ya redactadas, para la nota bibliográfica del libro del profesor Esser, "Grundsatz und Norm" (1), las que por su extensión desmesurada se han desglosado de aquélla y traído a esta sección del ANUARIO. Recogidas o escritas al hilo de la lectura, las citas acotadas de dicho libro, y los comentarios que las acompañan, conservan su carácter de apostillas fragmentarias para una reseña, aunque después hayan sido ordenadas en torno a los temas principales tratados por el autor.

"Principio y Norma", de Esser, no es libro cómodo para la crítica. La convicción entusiasta del autor, afirmando que con su método se llegará a crear un Derecho común, universal, autónomo y apolítico, es tan animosa que despertará esperanzas optimistas en un mundo cansado de pesimismo, de las pasadas luchas y atemorizado ante el futuro. Su misma enemiga a la ley, relegada al último rango y reducida casi a la impotencia, como todo lo político, a la vez que pone el timón de lo jurídico en manos de jueces y teóricos, ha de despertar ecos de simpatía, entre los muchos juristas que lamentan la moderna inflación legislativa y su entrega a los intereses y pasiones de los partidos. En fin, su aparente condena del positivismo oficial de la ciencia alemana y la utilización del Derecho comparado, parecen traer a la doctrina jurídica aires nuevos, rejuvenecedores y limpios de particularismos.

Por todo ello, gustaría detenerse en la descripción del haber de este libro y no pasar a su crítica. Esta, nunca grata, resulta aquí especialmente antipática y podrá parecer de tono escéptico, pesimista y hasta retrógrado. La tarea es desagradecida, pero insoslayable. Puestas en cuestión o directamente negadas ideas fundamentales de la doctrina jurídica recibida, sea por lo exagerado de la reacción frente a viejos errores, o bien por coincidir sustancialmente con ellos, no se

(1) Obra reseñada en la sección *Bibliografía* de este mismo número del ANUARIO.

puede esquivar la réplica ("Apología pro opinio sua") (2). La novedad, como la paradoja por llamativa y seductora que aparece, no siempre es la verdad del mañana; a veces queda en una semiverdad hasta más dañina que la antigua semifalsedad que se combate, ya inoperante por enquistada en algún mito retórico y descolorido.

Obstáculo de mayor entidad es el que supone la labor previa de interpretar, de valorar adecuada y fielmente el pensamiento del autor. En muchas ocasiones no se sabe bien si lo que nos dice, por ejemplo, sobre la interpretación, la ley o la jurisprudencia, ha de entenderse en sentido filosófico (la cosa en sí), como deducción obtenida de la comparación jurídica (lo que ocurre en todos los Derechos), referida a uno de los dos sistemas que más se utilizan (alemán y norteamericano) o si se trata de una creencia o aspiración personal (criterio político). La forma flúida de la exposición llega a tal extremo, que partiéndose de la crítica acerba de una posición doctrinal (la del positivismo), después de dilatadas consideraciones sobre la solución de cuestiones concretas en los principales sistemas jurídicos, se pasa a recoger y defender ideas peculiares o centrales de la misma teoría antes criticada. En algún caso, ha podido señalarse la contradicción entre el modo de valorar respectivamente la jurisprudencia y la doctrina jurídica en los distintos capítulos (3). Hasta se llega a sospechar que dudas o vacilación sean artificiales, una variante del método socrático, para a través de ellas conducir al lector hasta la conclusión de antemano prevista. Sea de todo ello lo que fuere, bastará lo indicado para advertir la dificultad con que se tropieza al esquematizar lo dicho en el libro comentado y la conveniencia de tener presente todas las reservas hechas.

§ 2. Interpretación.

Esser cita y crítica, en uno u otro lugar de su libro, a casi todas las teorías mantenidas en la doctrina alemana sobre la interpretación (4). Desde las primeras páginas indica su repulsa tanto a "la exigencia totalitaria" del sistema positivo como al "pensar axiomático del Derecho natural (p. 11). Su criterio lo expresa diciendo: "El elemento volitivo, el *hunch* (5) de la decisión es lo primario"; añadiendo —con palabras de Radbruch— que "los medios de interpretación son elegidos cuando ya el resultado es firme, los llamados medios de interpretación en verdad sirven únicamente para basar en el texto lo que ya se ha en-

(2) Casi todas las cuestiones aquí planteadas fueron tratadas ya, con más orden y detalle, en *Derecho Civil de España*, I, 3.^a ed., 1955; para evitar repeticiones, a lo allí dicho me remito. También, más concisamente, en *Compendio de Derecho civil*, I, 1957.

(3) RHEINSTEIN, en nota bibliográfica publicada en *The University of Chicago Law Review*, 24, 3 (1957), pág. 603. Observación de especial autoridad, porque el libro de Esser está dedicado a Max Rheinstein. Sobre este autor véase *Bibliografía* de este número del ANUARIO.

(4) Por ello resulta extraño no se mencione la teoría causalista de MÜLLER-ERZBACH (que se separa de la escuela de Tübinga) y que no deja de tener algo aprovechable (así, en su aplicación: *Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines Kausalen Rechtsdenkens*, Weimar, 1948) y ha sido objeto de críticas también sugestivas (FECHNER, HÜB-MANN, A. C. Pr. 151, p. 352; 155, p. 85).

(5) Palabra del "argot" americano que se puede traducir por barrunta, intuición, sospecha, impulso.

contrado, completando creadoramente el texto" (p. 256). Se separa, sin embargo, afirma, de las escuelas del Derecho libre y del "legal realism" americano, por la importancia que da a los principios (las representaciones fundamentales), a los que considera base de la interpretación y de la argumentación (considerandos) (6). En todo caso, si no se quiere ser esclavo del texto o del arbitrio de las partes o del Estado, si se quiere asegurar el funcionamiento del instrumento jurídico confiado, hace falta acomodarse a decidir conforme a valores sociales y políticos, que no están cubiertos por ninguna técnica, lo que hace un "arbitrer" del juez (p. 125). En verdad, "aplicación" y "creación" o formación de la norma son dos aspectos que no pueden separarse, que forman una auténtica unidad. En el "case law", esto es indudable, la fuente jurídica es el precedente; no la masa anónima de la tradición, sino que cada sentencia forma de nuevo la "rule". Lo mismo ocurre en la "codified law", sólo que oculta, hipócritamente; la "fidelidad a la ley" lleva a ese juego del escondite que oculta no sólo el significado de fuente jurídica de la jurisprudencia, sino también el carácter creador de la interpretación (p. 119) (7).

Esser ha procurado salvar así la vieja disyuntiva en que se colocara la doctrina alemana respecto a la sentencia: ¿Es un silogismo o es una decisión libre del juez? Trae para ello a cuento los principios o razonamientos retóricos ("topoi"), a los que dice acude el juez para fundar la sentencia. Mas si —como nos afirma— carecen de valor normativo, por grande que sea su significación social o utilidad práctica (cobertura, biombo o coraza frente a la crítica), la sentencia quedará basada en la voluntad del intérprete, con la sola limitación del consejo prudente: conviene guardar las apariencias. De este modo, aquí al menos, nuestro autor parece coincidir con la solución del "legal realism" (8). Mas la disyuntiva antes señalada no existe realmente. Tiene razón Esser al censurar la teoría legalista antigua y también la tendría si hubiese extremado su crítica del "legal realism"

Desde el punto de vista del existencialismo se ha sostenido que cada caso o conflicto es único, absoluto en sí mismo; pero, para ello, en buena lógica, se ha tenido que negar también la norma (9). Entender y obedecer una regla, sea del legislador o del juez, de un jefe militar o de un arquitecto, aplicándola a un caso concreto, no es una imposibilidad lógica o sociológica. La interpretación de una norma (ley, costumbre o principio), y su aplicación al dictarse el fallo, supone

(6) Los principios éticos o del sentido común (prejurídicos) se transforman en típicas valoraciones jurídicas; de ellas, dice, hay cuatro que dan una base de interpretación y argumentación y sirven en todos los sistemas para la transformación de las medidas de valor sociales en pensar jurídico-técnico. Son: "naturalis ratio", "naturaleza de las cosas", "aequitas" y la llamada lógica jurídica (lógica objetiva y no mera técnica deductiva axiomática), p. 56.

(7) De este modo podría afirmarse en serio, lo que se dice en broma: "La equidad depende de los puntos que calce el lord canceller" (proverbio inglés). "Es contrario a las buenas costumbres lo que el sentimiento de las conveniencias de los jueces justos y bien pensantes de la Sala juzgue así" (chiste universitario en Alemania), p. 64.

(8) Término con el que se conoce el movimiento americano de "Derecho libre", tan arraigado que se le sigue usando a pesar de haberlo abandonado FRANK, uno de los críticos de la dirección, que propone el de "constructive legal scepticism", *La influencia del Derecho europeo continental en el "Common law"*, trad. de Puig Brutau, 1957, p. 32. Sobre el "legal realism", PUIG BRUTAU, en *Comentario del traductor*, p. 107 y sig., y en *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, s. d., p. 23 y sig.

(9) La norma es un caso individual generalizado y "aguado", COHN, *Existentialismus und Rechtswissenschaft*, Basel, 1955, p. 104.

siempre una cierta labor creadora sencillísima, de simple encaje, o complicada y que exija tener en cuenta los mismos fundamentos del ordenamiento, según los casos. En cambio, es una exageración y hasta una calumniosa injusticia la repetida acusación de hipocresía y simulación con que se tacha la función judicial en los países de Derecho codificado. Esa labor creadora del juez, que aplica la ley o el principio general, tiene significado secundario, y por ello no contradice, sino que es compatible con "la fidelidad a la ley", en el sentido de colaboración funcional o de servicio. El arquitecto que dibuja el plano de un edificio, esquemática o minuciosamente, traza la norma de la construcción, los alarifes que la ejecutan (desde el aparejador al peón de albañil) colaboran —subordinadamente— en la labor creadora; interpretan, completan y concretan lo planeado, pero han de ser "fieles" al plano. El creador, "el amo", señala la dirección y marca límites; el ejecutor, el servidor, cumple siguiendo las instrucciones recibidas o, en el supuesto que resulten insuficientes, actuando conforme lo permitan o exijan naturaleza de encargo y circunstancias. La tan ridiculizada frase "fidelidad a la ley" no parece, pues, que sea una manifestación de hipocresía o de un complejo de timidez (10), sino expresión de un principio estructural del Estado moderno.

En el sistema jurídico angloamericano se ha tomado en serio "la fidelidad a la ley", tanto que cuando se interpretan los "statutes", el respeto a lo mandado ("ita scriptum est") impide se utilicen los criterios o reglas de interpretación usuales al aplicar el "common law"; porque, se dice, no es cosa de los jueces tratar de corregir las leyes. Frente a este fenómeno, Esser se limita a criticarlo, señalando la penosa impresión que produce y su inadecuación práctica (páginas 129-131, 266). Mas ese hecho muestra que puede haber y que *actualmente* hay una interpretación fiel al texto legal; que, por tanto, la teoría de Esser no se basa ni en la naturaleza de la interpretación ni en la enseñanza del Derecho comparado. Manifiesta lo que Esser y otros estiman que debe ser. Con lo que se ha salido del ámbito de la ciencia jurídica y se está en el de la política (11).

§ 3. Las fuentes del Derecho.

Se nos advierte, ya de entrada, sobre una "crisis cada vez más patente en nuestra doctrina de las fuentes" (p. 8) y se termina aceptando la "doctrina pluralista de las fuentes del Derecho", en el sentido sociológico de fuentes extra-estatales (p. 291). Cuando se plantea directamente la cuestión, sobre qué se entiende por fuente jurídica, dice: "es el proceso de positivación, es decir, el *factum* social, en su caso la institución que forma el Derecho positivo (postura realista)" (p. 134). La que aclara añadiendo: "un *corpus iuris* contemporáneo es

(10) Se ha dicho que psicoanalizada la hipocresía judicial, descansa en un complejo de infantilismo, contra el que vale la receta: "librarse de la necesidad de la autoridad paterna". FRANK, *Law and the Modern Mind*, 1949, p. 3 y sig., 243. Pero podría añadirse que el movimiento del "legal realism" adolece de complejo de adolescencia, contra el que valdría la receta: "liberarse de la necesidad de afirmar negativamente la personalidad" (enemiga a toda autoridad).

(11) Puede agregarse que el recurso de los principios transformadores (véanse en n. 6) es inoperante. Abstractos y vacíos, son aptos para recibir cualquier contenido (recuérdese que Esser niega fuerza normativa a todos los principios). No pueden cambiar la naturaleza arbitraria de la decisión, sólo podrán encubrirla (¿hipocresía recomendada?).

siempre un producto de la judicatura vinculada a lo sustantivo y de la doctrina vinculada a lo estructural. Las instituciones jurídicas plenas de vida se desarrollan sólo por la cooperación de ambas fuerzas y el éxito de las fórmulas legislativas puede engañar sólo transitoriamente sobre el desenvolvimiento jurídico de estas dos fuentes" (p. 248). -

De estas frases, y de otras concordantes (comp. p. 139), no puede deducirse con seguridad si se considera fuente a la actuación social general, mediante la que se impone una regla, o si se restringe el concepto a la actuación especializada de jueces y teóricos.

Entendida en el primer sentido, supondría una inversión de términos. En un ordenamiento jurídico establecido y funcionando regularmente, la cuestión de la eficacia real (vigencia, positividad de la norma) no se plantea. Lo que prácticamente se pregunta es: ¿A qué norma debemos obedecer? Respecto de la que tiene carácter excepcional la pregunta de si la regla se cumple efectivamente (cuestión de la derogación tácita). En todo caso, no se trataría de uno o varios hechos sociales concretos, sino de la conducta general de la sociedad que puede otorgar o negar valor jurídico a cualquier regla, también a la dictada por el juez. Desde el punto de vista de la problemática jurídica, la doctrina de las fuentes se encara con las cuestiones de legalidad, legitimidad y jerarquía de las reglas jurídicas, es decir, de aquellas respecto a las que la cuestión de su vigencia sociológica no interesa.

El significado de fuente jurídica atribuido a la jurisprudencia y a la doctrina se estudia después (§§ 7 y 8).

§ 4. *Derecho y Moral.*

Los reproches que repetidamente lanza Esser contra el positivismo, sus continuas referencias a la importancia de la Justicia y de la Moral en los principios, podría parecer motivo suficiente para encasillarlo como antipositivista, incluso cercano a la dirección iusnaturalista. Pero esta primera impresión resulta inexacta al considerar más de cerca la teoría.

Esser estudia el proceso de integración de los valores éticos y de los elementos de Derecho natural en formas jurídicas y valores institucionales, como obra de la judicatura, realizada mediante la inserción de "los *topoi*" especialmente jurídicos, como *naturalis ratio*, *aquitas* y *lógica real*" (p. 60-61). Para él son igualmente falsas, por unilaterales, la concepción de los "iusnaturalistas" monistas y la de los positivistas "puros". Posiciones que piensa superar con su personal teoría del "significado de la transformación judicial por medio de los *topoi*" (página 62).

En realidad, la crítica del positivismo "puro" hecha por Esser, se limita a rechazar el legalismo. Por lo demás, considera los valores éticos y el Derecho natural en el mismo plano que a los intereses de grupo o clase, credos políticos y concepciones sociales (12), es decir, como materia utilizable por el juez para

(12) Lógicamente debería haber llegado a las conclusiones del "legal realism", considerar del mismo valor todos los factores sociales y psicológicos que puedan determinar la conducta de cada juez.

fundamentar la sentencia. Coincide con el positivismo al excluir de lo jurídico (como metajurídico o prejurídico) a la Moral y al Derecho natural. Postula un positivismo "judicialista". Frente a la vieja exclamación "¡quid leges sine moribus!" expresa su convicción oponiendo la interrogante: "¿Quid mores sine praecudiciis?" (p. 156). Consecuentemente, criticará la concepción de Verdross sobre los principios generales en Derecho internacional público. Desconocido el valor primario del Derecho natural (13), negará que esos principios generales sean fundamento del Derecho positivo y, por tanto, inderogables (p. 43).

No parece necesario repetir aquí la crítica del positivismo y la defensa del significado del Derecho natural (14). Bastará a nuestro objeto indicar que la posición de independencia o superioridad en que se coloca al juez respecto a la Moral y al Derecho natural ("moribus solutus") supone la posibilidad de dar el nombre de Derecho a las reglas injustas, inmorales o amorales establecidas por quienes sean llamados jueces (p. ej., tribunales populares, de partido, etc.) (15).

§ 5. La Ley.

Como un "ritornello" obsesivo se repiten en el libro de Esser críticas y observaciones desconsideradas sobre la Ley y la actividad reguladora del Estado. No llega hasta negar abiertamente la existencia de la ley, pero reduce al mínimo su eficacia. Toda la *materia* de la ley *vive* sólo por los principios y teorías desarrollados jurisprudencialmente (p. 109). Incluso las grandes codificaciones "no tienen otra vida que aquella que le han insuflado ciencia jurídica y práctica judicial (p. 286).

Frente "al poder legislativo político, a menudo apartado de la realidad", la jurisprudencia es una garantía de estabilidad, un apoyo de seguridad jurídica

(13) El ciclo de auge del iusnaturalismo, en los años siguientes a la segunda guerra mundial, parece haberse agotado y que comienza en Alemania y en otros países un renacer del positivismo o del neopositivismo.

El recelo hacia el Derecho natural no puede extrañar; con razón se ha dicho: "Para muchos el término Derecho natural tiene todavía un rico y hondo olor al caldero de las brujas y solo mencionarlo basta para desatar un torrente de emociones y miedos". FULLER, *Reason and Fiat in Case Law*, Harv. L. R. 59 (1946), p. 376, 379.

Sobre la reacción positivista: RIEZLER, *Der totgesagte Positivismus*, Festschr. f. F. Schulz, II, 1951, p. 330; SCHMIDT (Eb.), *Gesetz und Richter, Wert und Unwert des Positivismus*, 1952.

(14) Hechas en *Derecho Civil de España*, 1955, 3.ª ed., I, págs. 22-30.

(15) Con razón se ha dicho que la discusión se centra en la atribución de la palabra Derecho. FRANK, lógicamente y honradamente, propuso abandonar la palabra Derecho para las reglas positivas. Aun reconociendo que "teóricamente tiene razón", se rechaza la propuesta, porque sería "una concesión política", ya que abandonado el campo del Derecho por los positivistas, sería inmediatamente ocupado por los iusnaturalistas. SILVING, *The Twilight Zone of Positive and Natural Law*, California, L. R. 43 (1955), págs. 490-491. "Guerra con las armas y de nervios" (política y en la que, como tal, parecen licita astucia y estratagemas), "para conquistar la palabra Derecho", que se explica porque esa palabra "ha adquirido un poder extraño, mágico, sobre la mente de los hombres". SILVING, *id.*, p. 489.

Lo que se deja de preguntar—y habría que hacerlo si se procediese científicamente, y no bélicamente—es de donde brota ese valor especial de la palabra Derecho. La contestación sociológica sería: de la creencia o de la esperanza de que lo que se llama Derecho corresponda a las exigencias de la Justicia y de la Moral. Lo demás (tiranía de legislador o de jueces) no merece el nombre de Derecho.

contra la ley (p. 26). El sistema del "common law" (para el que resulta superflua la ley) se mira como ejemplo y meta. Lo legislativo político se considera como un ataque a la libertad (p. 229) y se estima corresponde a la realidad la frase: "el país ganaría mucho con la extensión de la legislación judicial y disminuyendo la del parlamento" (págs. 285-286) (16).

Parece sin objeto adentrarse en una discusión sobre los respectivos méritos de los sistemas continental y angloamericano. Cada uno tiene sus pros y sus contras y ha podido ser el más adecuado en determinado país y época (17). Sólo se añadirán, por ello, algunas observaciones y rectificaciones de detalle.

Ha recogido Esser cuidadosamente citas de autores de varias naciones sobre la crisis del Derecho legal y la degradación del concepto de ley (pp. 289-291). Mas parece no haber advertido que la mayoría de ellos parte de la primacía del mandato legal y que ni afirman ni aluden siquiera a un descenso de valor jerárquico o a una disminución de su eficacia social. Se lamentan porque no se ha respetado la dignidad de la ley y porque se le ha utilizado para tan bajos menesteres como el del intervencionismo administrativo (18). La idea de la supremacía de la ley se mantiene intacta, basada en la doctrina tradicional (19). Algunos autores modernos, al lado de las causas circunstanciales (crisis social que exige o excusa reglamentaciones), han señalado con agudeza la causa fundamental de la devaluación de la ley (interna y no obstante conservar su rango primordial) en el influjo de la concepción positivista, que ha convertido a las leyes en mero instrumento al servicio del poder (20). Gobiernos y Parlamentos se han olvidado de la tremenda responsabilidad del legislador, no sólo al fijar el contenido de la ley (el más conforme a la Justicia, según las circunstancias), sino hasta por el mero cambiar la ley existente (destrucción del orden establecido) (21).

Extraña también que Esser, jurista tan informado, no haya advertido el valor institucional de las leyes. Estas, los Códigos, en muchos momentos de la Historia han cambiado bruscamente las estructuras sociales; otras veces, las más de ellas,

(16) Dice también: "la enumeración de los derechos fundamentales de una nación es cosa de demagogos", p. 330. Afirmación inexacta en su generalidad.

(17) Sobre la moda de la admiración hacia el Derecho anglo-americano: *En torno a una traducción. La "Common law"*, Roscoe Pound, A. D. C. II, 3 (1950), p. 750-756.

(18) Cossio (Alfonso de), *La crisis de la ley*. Disc. Univ. Sevilla, 1954; RIFERT, *Le déclin du Droit. Etudes sur la législation contemporaine*, 1949. Sobre el respeto a la legalidad por el intérprete: ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interprete pretazione*, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, 1952, p. 190 y sig.; *Saggi giuridici*, 1949, p. 41 y sig.

(19) ARISTÓTELES, *Rethorica*, I, 1, 7; SANTO TOMÁS, *S. Th.*, I, 2, q. 95, a. 1, ad 1.

(20) "La verdadera decadencia del Derecho es la que resulta de las leyes cuando ya no son dictadas por la Justicia y cuando son impotentes para mantener el orden. A pesar de la frase célebre de un filósofo, no se ha de preferir una injusticia a un desorden, porque la injusticia es también un desorden, desorden intelectual y moral, a menudo peor que el otro". RIFERT, *Le déclin*, p. VI. "Pero si negamos a la ley positiva su justificación interna, su racionalidad, es evidente que queda reducida a puro mandato, es decir, al acto de voluntad arbitraria que la ha producido, y frente a esa arbitrariedad no sólo es posible, sino incluso obligada la desobediencia. Si son los hechos y no una norma suprema y trascendente los que determinan el contenido de la ley, nada se opone a que el hombre trate mediante su conducta rebelde de alterar una realidad que sólo se justifica por motivos accidentales". DE Cossio, *La crisis de la ley*, p. 25.

(21) La frivolidad hace que se dicten Códigos o leyes para que lleven el nombre del legislador.

lenta y paulatinamente. Enseñan, guían, construyen. Las grandes transformaciones sociales del mundo moderno, la represión de las mayores injusticias, se han realizado por medio de leyes. Y también en lo más menudo se ha dejado sentir su influencia (22). En los mismos países del "common law" se tiende a la promulgación de "statutes", para atender a nuevas necesidades o remediar abusos. En Inglaterra y Estados Unidos aumentan en progresión geométrica las materias reguladas legislativamente, de modo que se predice que pronto habrá en estos países una situación pareja a la de los continentales.

§ 6. *Los principios.*

Manifestación secundaria de la crisis del positivismo ha sido la extensión del interés por los principios del Derecho. Hasta la segunda gran guerra se estudian con cuidado sólo en las doctrinas española e italiana; después se le dedican, también en otros países, especiales estudios monográficos (23). El más importante y ambicioso es el libro de Esser.

El autor dice expresa y repetidamente que trata de los principios en el sentido en que están aludidos por nuestro Código civil y por el italiano. Mas el estudioso español notará en seguida que utiliza un concepto muy laxo, en realidad incompatible con el aceptado por la doctrina española, jurisprudencia y autores.

Es muy variado, se nos dice, el contenido de lo que se denominan principios generales: principios dogmáticos y constructivos, pensamientos fundamentales de los sistemas nacionales, los propios de una institución generalmente conocida ("universales"); principios que según los fundamentos jurídicos vigentes se dan como "ratio"; aquellos que son aportados por la tradición; los que ha proclamado como obligatorios una Constitución y aquellos otros que la jurisprudencia ha proclamado; principios jurídicos materiales y principios heurísticos o de la técnica de la aplicación y, finalmente, principios generales o los más altos, de "cualquier Derecho", sin distinción (p. 2). Abigarrado conjunto que no se depura después. Su heterogeneidad se conserva y hasta se acentúa, al destacarse como ejemplares individualmente, a los principios. Se mencionan: subrogación real en los patrimonios separados, "venire contra factum proprium", "el pensamiento contenido en el § 162 BGB" (p. 5) (24); negocio jurídico molestias al tráfico, protección de la confianza, seguridad del tráfico, riesgo de empresa (p. 6),

(22) "En fondant le Droit civil, Bonaparte sut discipliner la liberté licencieuse et la France revint à toutes ses traditions", se dice para explicar el cambio de moda femenina después de publicado el Código civil francés. *Un siècle de Modes féminines, 1794-1894*, París, 1894, p. 11.

(23) BOULANGER, *Principes généraux du droit et droit positif*, Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes a Georges Ripert, I, 1955, p. 51-74; SIMONTUS, *Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts*, Festgabe der Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 100 Jahre Schweizerische Recht, 1952, p. 237.

(24) § 102: "Si el cumplimiento de la condición es entorpecido, contrariamente a la fidelidad y a la buena fe, por la parte en cuya desventaja se produciría, la condición vale como cumplida. Si el cumplimiento es procurado, contrariamente a la fidelidad y buena fe, por la parte en cuya ventaja se produce, el cumplimiento vale como ocurrido." Trad. de MELON INFANTE, *El Código civil alemán*, 1955.

autonomía privada, libertad contractual, confianza contractual, relatividad del vínculo contractual, enriquecimiento injusto, abstracción del negocio de cumplimiento, accesoriedad de los derechos prendarios, publicidad, "numerus clausus", principio de rango, "res inter alios acta" (págs. 6, 48, 71, 80, 88) y, en general, las máximas, brocados o "regulae" generalmente citadas, cualquiera que sea su origen y contenido (p. 319).

¿Qué valor jurídico tienen los principios? Esser niega que puedan ser manifestación de una fuente jurídica y que tengan propio valor normativo. Respecto a todos los tipos de principios hace esta importante afirmación: "un principio jurídico no es disposición, no es norma jurídica en sentido técnico; en cuanto que no contiene un mandato obligatorio de manera inmediata para un determinado ámbito de cuestiones, sino que requieren para devenir norma la previa acuñación legislativa o jurisprudencial de tales mandatos. Los principios jurídicos, en contraste con las normas jurídicas, son contenido en oposición a forma". A la forma no entendida como algo accesorio, sino como lo esencial; por la que el principio recibe su realidad jurídica o significado. Los principios serán puntos de partida para la argumentación, pero nunca serán vinculantes, por falta de determinabilidad; necesitan concretarse de tal modo que se haga posible la argumentación jurídica específica. Esta determinación o concreción (transformación en norma jurídica) se logra para los principios immanentes (de las instituciones, "ratio legis") mediante la interpretación de las disposiciones legales por la jurisprudencia; en los demás (principios informativos, "guides", directivas), por medio de su formulación judicial en los precedentes (págs. 50-52, 60, 72, 75, 94). "Ningún principio *es aplicable* por sí mismo, sino que es descubierto, entendido y mantenido como elemento positivo en el precedente. Sólo la *continuidad* casuística de una jurisprudencia constante forma el fundamento positivo, del que recibe *legal authority* el principio" (p. 267). Nunca es el precedente "*cumplimiento*" de un principio jurídico firme, sino que, al contrario, en el Derecho continental, como en el anglosajón, "la casuística es, en verdad, la fuente jurídica" (páginas 268-269).

Esser dice que "los principios no escritos son los más fuertes", son "las verdades elementales", "que no se discuten sino que de ellas se parte" (p. 70). Sin embargo, como se ha visto, les niega eficacia jurídica, todo carácter normativo. Por una sola razón, por su falta de determinabilidad o concreción. Afirmada así, sin más explicaciones, parece ésta una razón poco satisfactoria. Es, ciertamente, nota de los principios su carencia de concreción externa y de formulación oficial (ni promulgación ni uso probado); pero ello no parece obstáculo para su aplicación al caso. La formulación general o amplia de una regla no empece su determinabilidad y aplicabilidad. No parece posible utilizar la mayor o menor abstracción o generalidad de una regla para fijar la frontera divisoria entre lo prejurídico y lo jurídico (25).

(25) Ha querido precisar Esser que, para él, abstracción y generalización no significan por sí mismas la indeterminabilidad; porque los casos de aplicación pueden ser determinados por el supuesto de hecho legal, convención, la dogmática o por juicios colectivos de valor (p. 51). Mas entonces se incurre en una petición de principio: el de que la regla contenida en un principio general no se puede basar inmediatamente en un juicio de valor. Cuando, precisamente, en la creación de criterios de valoración se manifiesta la principal

La inseguridad del criterio de la determinabilidad se muestra bien a las claras en los ejemplos utilizados por el autor, para contraste de su teoría. Califica de mandato, disposición o norma jurídica a la regla sobre la buena fe (p. 55); entonces, ¿por qué negarle esa condición a la regla sobre el enriquecimiento injusto?, ¿sólo por habersele calificado de principio jurídico? El artículo 2 G. G., que establece el principio del "libre desarrollo de la personalidad", es norma jurídica que deben aplicar los Tribunales, deja de ser mero principio, porque añade: "en el ámbito del ordenamiento constitucional" (frase que lo hace determinable y concreto) (26). En cambio—continúa Esser—, el principio de la igualdad jurídica de los sexos, impuesto por el artículo 3, III G. G. (en vigor según el artículo 117 G. G. desde el 1.º de abril de 1953), carece de concreción, porque no determina lo que sea "igualdad jurídica" y habrá de esperarse a que, con el tiempo, se forme una doctrina y jurisprudencia firme, que fijen su significado (págs. 72-73). ¿Puede decirse, sin prejuicios políticos, que este último principio es más inconcreto que las reglas sobre la buena fe o el libre desarrollo de la personalidad? (27).

La cuestión planteada durante el tiempo en que ha regido sólo el principio constitucional de igualdad jurídica de los sexos (sin concreción ni desarrollo en leyes especiales) puede servir para aclarar algún punto sobre la naturaleza de los principios jurídicos. No puede afirmarse en serio que fuese inaplicable por falta de concreción. Pudo ser utilizado inmediatamente, como se ha hecho con reglas de semejante formulación. Hubiera bastado entenderlo en sentido llano y considerar derogada toda regla que implicase una desigualdad jurídica, resultante única o principalmente de la anterior concepción de la desigualdad jurídica de los sexos. La dificultad ante la que se encontraban jurisprudencia y doctrina derivaba de otra causa, de la de no ser un principio general de Derecho. Nace aquel precepto como una regla de la Constitución escrita, con el carácter político de acuerdo de una mayoría parlamentaria. No expresaba la voluntad unánime o general de la comunidad. Antes bien, chocaba no sólo con gran parte de la ordenación vigente, sino con arraigadas concepciones religiosas, prejuicios patriarcales y usos seculares, sobre la distinta condición jurídica del hombre y de la mujer, especialmente de la de los casados. Por ello, no por su inconcreción o indeterminabilidad, la doctrina tendió a restringirlo, quizá conforme al común sentir (28). Si hubiera sido—o cuando llegue a ser— un principio general de los principios generales del Derecho; como, en otro lugar, incidentalmente, admite el mismo autor (p. 70).

(26) Lo que se detalla agregando: que, con tal añadido, se convierte en medida al Derecho constitucional positivo (escrito y no escrito) y a la totalidad de los fundamentos jurídicos del Derecho civil, desde la fidelidad contractual y buena fe, hasta la responsabilidad por culpa y la responsabilidad patrimonial ilimitada por deudas. Si se le añaden los principios institucionalmente incorporados y recibidos en todos los países civilizados, se puede juzgar debidamente (con verdaderas normas jurídicas) cuestiones como las de ganancia y riesgos de empresas, la obligación del seguro social de las empresas libres, etc. "Sin aquel añadido, ello no se podría hacer" (p. 72). ¿Ese añadido aporta verdaderamente una verdadera concreción? ¿No podría, mas bien, considerarse supérfluo? ¿Se logra una concreción mayor que la concedida con la mera regla sobre el enriquecimiento injusto?

(27) Puede, además, preguntarse: ¿se habría concretado si se le añadiese la frase: "dentro del ámbito constitucional"?

(28) Que todavía continúa. Sobre la imposición a la casada del nombre del marido, la crítica apasionada, pero en el fondo justa, de KRÜGER, *Der Name der Frau nach bürgerlichen Recht*, A. C. Pr. 158, 2 3 (1957), p. 241 y sig.

ral, su aplicación sería tan evidente como hoy se entiende serlo, por ejemplo, la del principio de la igualdad de los ciudadanos ante los Tribunales (29).

La formulación teórica del pensamiento de Esser tropezará siempre con el obstáculo insuperable del concepto de principio que utiliza. Tan amplio que resulta prácticamente inútil. El significado y los caracteres especiales de los principios se dan en aquellos que merecen el nombre de principios generales del Derecho y no convienen a la "ratio iuris" de una o varias reglas, ni a las máximas (aunque estén en latín) inventadas para facilitar el aprendizaje del Derecho o coleccionadas en los repertorios.

Los verdaderos principios, los que tienen su fuente en la comunidad, no ofrecerán nunca dudas sobre la positivación. Estarán aceptados, integrados en la vida misma de la comunidad. Los principios más altos (los de Derecho Natural), al estar fuera del poder de la comunidad, no requieren siquiera manifestarse en el vivir de la comunidad, (existen fuera de ella). Aunque puede ocurrir, y sucede con frecuencia, que esa positivación sea parcialmente obstaculizada o diferida, ya sea a causa de disposiciones legales, proceder de las autoridades o de la mayoría del pueblo, contrarios a los principios; casos de convicciones amoraless (paganización de la sociedad) o inmorales, generalmente aceptadas o impuestas (30). Los Tribunales están obligados a obedecer y aplicar los principios generales, como normas jurídicas fundamentales. Como miembros de la comunidad y órganos de la administración de la Justicia, contribuyen a la formación y desarrollo de los principios; mas, en cuanto han de aplicarlos, su función es "a posteriori", colaborando a perfilarlos y depurarlos.

§ 7. La jurisprudencia.

El profesor Esser se ha dejado arrastrar (31) por una corriente poderosa de opinión, que valora crecientemente el significado de la jurisprudencia y que, de modo correlativo, desestima el de la Ley (32). Considera, como ya se ha indi-

(29) No siempre respetado, desgraciadamente, en muchos países.

(30) El ordenamiento positivo, y cada una de sus reglas, puede estar más o menos alejado de los mandatos del Derecho natural; bastando para que merezca la calificación de jurídico con que exista un mínimo de armonía. No parece necesario insistir en la distinción de las esferas de la Justicia y la Moral individual (que incluye la esfera de la caridad).

(31) En una obra anterior había señalado las desventajas del Derecho creado por los jueces: primero, aparece como Derecho de una clase profesional y no como Derecho del pueblo; segundo, se mira al Derecho al revés, desde su incumplimiento, en casos límites, con lo que se "pierde de vista el carácter general del Derecho, su originaria unidad con la vida social". *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und Staates*, 1949, p. 120.

(32) En nuestra doctrina: DEALDE, *Una revolución en la lógica del Derecho*, 1933; B'ORS, *De la "prudentia iuris" a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, I. J., 1947, p. 47; *Principios para una teoría realista del Derecho*, A. F. D. I (1953), p. 301; LOTS, *Teoría del fraude en el proceso civil*, 1948, p. 32; PÉREZ BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, s. f.

En Francia se ha llegado a decir que el Derecho civil francés ha dejado de consistir en la ley escrita, pasando a ser una "common law" no escrita. SAVATIER, *Destin du Code civil français*, Re. I. Dr. Comp. 16 (1955), p. 643-644. MAURY busca fundar la eficacia de la jurisprudencia de un modo democrático. La regla jurisprudencial existe cuando se reúnen dos requisitos: primera, decisión del poder, que son los Tribunales; segunda, el asentimiento, el "consensus" de los interesados. Estos son no la masa, el conjunto, sino los

cado, la jurisprudencia como fuente jurídica, decisiva para fijar el alcance de las leyes y para la creación de los principios jurídicos, hasta llevarla al puesto de primera fuente jurídica: la jurisprudencia, la casuística, dirige el presente y, sobre todo, a ella se confía el porvenir del Derecho (33). Confianza y esperanza basadas en una figura utópica y muy personal del juez. Nos dice que: En una sociedad (como la moderna) sin una dirección dominante y unívoca renovadora, la tarea del juez es sencilla y elemental: "mantener la tradición cultural que, en general, vive en la conciencia social". Pues "el Derecho y la Justicia son, conforme a su tarea, poderes estabilizadores, mantenedores, es decir, *conservadores*. Siguen la innovación sólo en cuanto ésta supera lo transmitido, legítima, por tanto, sólo el *mínimo evolucionario*" (p. 82). La actual Europa tiende a compensar ampliamente la carencia de estabilidad política y las faltas del poder legislativo, reconociendo un derecho judicial, aunque, "desgraciadamente, sin las tradiciones y privilegios de una "common law" (p. 84). De modo que la jurisprudencia podrá y habrá de elevarse a un plano "en el que la pura teoría tenga la plena soberanía de la determinación de lo justo y de lo falso" (p. 264).

No resulta cómodo hoy ocuparse de la jurisprudencia. La postura de la doctrina sobre la importancia respectiva de ley y sentencia parece estar regida por "la ley del péndulo". Cada movimiento exagerado hacia un extremo provoca una reacción semejante, immoderada, hacia la dirección contraria. Siempre con razones apreciables y explicable apasionamiento. Casi siempre, también, olvidándose que se trata de una cuestión que depende de la estructura de la comunidad jurídica. Respecto de la que se deben separar escrupulosamente sus diversos aspectos: situación vigente en un determinado ordenamiento, defectos e impurezas de un sistema, su formulación teórica, solución que se estima apetecible (criterio político personal).

Nadie puede dudar hoy de la importancia que para el Derecho tiene cada

jueces mismos, los juristas, que van en cierto modo a representar a esta masa y cuya opinión técnica se impondrá prácticamente a los justiciables. Dependerá la regla judicial de ese "consensus"; en el momento de su origen, porque puede tardar más o menos en llegar, y, en su término, porque al desaparecer la adhesión pierde su eficacia la regla ("contrarius actus"), *Observations sur la jurisprudence en tant que source de Droit. Le Droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert, 1950, 1, p. 43, 48, 49. "Juristenrecht" de un grupo social con caracteres semejantes a la costumbre, pero sin la previsible estabilidad de ésta.*

En Alemania e Italia parece dominante, por el contrario, la concepción tradicional que niega a la jurisprudencia valor de verdadera fuente de Derecho: LANGLE, *BGB, Allgemeiner Teil*, 1952, pág. 39; NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch vom Ludwig Ennecerus*, 1952, I, § 42, pág. 168; LEHMANN, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1955, pág. 23; MESSINEO, *Manuale de Diritto civile e commerciale*, 1952, I, § 6, 28, p. 119; BARBERO, *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 1950, I, pág. 80; ROTONDI, *Istituzioni di Diritto privato*, 1951, pág. 72.

(33) Además de la citas antes hechas, págs. 109, 267, 269 y 292. Debe advertirse de nuevo que el modo flexible de expresarse el autor, hace sea posible encontrar frases más de acuerdo con la doctrina tradicional: "la tarea propia de toda judicatura de completar, desarrollar y renovar el Derecho", pág. 139; la afirmación general que la jurisprudencia es también fuente jurídica es "contradictoria, equívoca, fructífera", no hay contradicción entre las fuentes jurídicas legales y decisionistas", entre el encontrar y el formar, una colaboración necesaria entre el decidir el caso y entender el texto, pensar fundamentalmente, integrar lo ya conocido con lo nuevo, integrándolo nuevamente en la ley; no como una figura histórica, sino como la norma jurídica ley obligatoria del vigente *corpus iuris*, págs. 283-284.

sentencia o una serie de sentencias coincidentes, como tampoco del papel central que corresponde al Juez en la organización jurídica. También es una realidad social evidente la consideración que prácticos y teóricos otorgan a la jurisprudencia. Fenómeno moderno (34), que parece originado por la concurrencia de una serie de causas heterogéneas. Podrían destacarse las siguientes: 1. Desengaño y reacción frente al positivismo legalista y dogmático: no todo el Derecho brota de la ley (35). 2. Desgana teórica y pérdida de autoridad de los autores (36). 3. Descontento político respecto a la actuación del poder legislativo, no sólo por su contenido sino por ser imposición estatal (37), y por su inestabilidad y arbitrariedad (38). 4. La admiración hacia el sistema de la "common law" (39).

Discutir en abstracto sobre la primacía respectiva de los poderes legislativo y judicial sería un divertimento ocioso; es algo que la "prudencia" política tendrá que decidir conforme a la circunstancia concreta de cada país y momento. Por ello, no es cosa de comentar por menudo las afirmaciones de Esser y será preferible señalar algunos extremos descuidados o no tenidos suficientemente en cuenta por nuestro autor, al formular su teoría.

Achaque de algunos modernos autores continentales ha sido ver a través de cristales color de rosa la práctica judicial en los países de "common law" y, luego, generalizar las conclusiones así obtenidas al Derecho de los demás países. De este modo, a la deificación de la ley ha seguido otra concepción igualmente alejada de la realidad, la del "mito de los Tribunales Superiores". Reclutado su personal entre la "noblesse de robe", se les considera formando una clase so-

(34) "Mores", "fazañas", "opinio doctorum", leyes, han tenido, según tiempos y países, la preponderancia. Y no debe olvidarse la figura de la ordenanza o decisión administrativa o gubernamental, y la variable, pero de continuada importancia de "los precedentes" administrativos.

(35) Que origina el amplio movimiento del "Derecho libre".

(36) Lo que parece comprobarse al observar la respectiva situación de ciencia jurídica y jurisprudencia en ciertos países. Después de una época de gran producción científica, una nueva generación cansada o excéptica deja la crítica de las sentencias y se entrega a la tarea de recopilarlas y, en su caso, de compararlas y armonizarlas. Así, en Francia y Alemania (en líneas generales). En cambio, el actual momento de brillantez de la doctrina italiana coincide con el mantenimiento de la primacía jerárquica de la ley.

(37) REICHEL titulaba ya dos secciones de la primera parte de su obra "absolutismo del Estado" y "absolutismo de la ley", *Gesetz und Richter-Spruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart*, Zürich, 1915, págs. 2 y 3.

(38) En verdad, ello origina críticas contra el poder legislativo, buscándose el restablecimiento del prestigio de la ley. Mas han sido utilizadas después como razones coadyuvantes por quienes denuncian la degradación jerárquica de la ley en favor de la jurisprudencia.

(39) Utilizado muy pronto por el movimiento del "Derecho libre" como prueba de su ideal del "iudex rex" en forma ingenua (ADICKES, *Stellung und Tätigkeit des Richters*, 1916; *Grundlinien durchgreifender Justizreform*, 1906) o histórica (EHRLICH, *Die juristische Logik*, 2.^a ed. 1925). El interés moderno creciente hacia dicho Derecho es natural dada su peculiaridad, en relación a los Derechos del continente europeo, lo admirable de su elaboración judicial y el mismo interés intrínseco de algunas de sus creaciones. La simpatía con que modernamente se le considera se debe a estimarse, según las ocasiones, símbolo de la libertad frente al absolutismo (Coke frente a Jacobo I), de la Sociedad respecto al Estado, de la independencia y soberanía de los juristas, de la libre elaboración jurídica en relación a legalismo y dogmática. Simplificaciones idealizadoras, facilitadas por unos conocimientos meros y sin crítica del sistema y de su funcionamiento real. Ultimamente, también ha contribuido a ella la aureola que nimba a los países más poderosos políticamente, a sus instituciones y hasta a su producción intelectual.

cial independiente, colocada por encima de las luchas de intereses y de la política, de gran formación jurídica y sociológica que, con calma y tiento, van destilando sabiduría jurídica para ejemplo y orientación general. Esta imagen, aunque en algún caso se acerque a la realidad, resulta utópica al generalizarse. Se olvida la variedad de sistemas para designar jueces: elección gubernativa entre funcionarios; concurso u oposición entre los recién salidos de la Universidad; abogados de muchos años de ejercicio profesional, a los que, por su prestigio, la autoridad recompensa con tal honor; políticos, profesores o abogados elegidos por elección popular o nombramiento gubernativo de carácter político. A cada uno corresponderá un distinto estilo de judicatura: burocrática, investigadora de "lo normativo" a través de la letra de las leyes y de las diversas manifestaciones de los principios; atraídos por la resolución de "technicality" y "fines points of law"; preocupados por asegurar la reelección o atentos a las consignas de partido.

La práctica judicial en los tribunales de "common law" puede elogiarse sin temor a faltar a la Justicia. Tiene defectos, como los tienen los Tribunales continentales (40). Su misma doctrina los ha destacado cuidadosamente. Se mencionan, por ejemplo: La inseguridad jurídica que origina (41). Reunir en triste maridaje los vicios de la abstracción y del casuismo (42). Depender de la composición variable de los Tribunales (43). Que por difícil que sea para los legisladores comprobar los hechos sociales la tarea resulta mucho más difícil para los Tribunales (44). Lo que se ha traducido, reflejamente, en un au-

(40) La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, tan justamente elogiada, adolece, en ocasiones, de la premura con que ha de dictar sus fallos y de que sus considerandos expresan el criterio del ponente y no el del Tribunal; de lo que resultan visibles contradicciones.

(41) "De la gloriosa incertidumbre" de la "common law", con su habitual "pathos", refiriéndose a la condena del libelo, dice CHESTERTON: "Aumentamos el terror de la ley añadiéndole los terrores de la falta de legalidad. Se siente que la máquina es peligrosa, no tanto porque castiga según reglas fijas sino porque castiga al azar." *Autobiografía*, traducción B. A., Méjico, 1947, cap. 8.º, pág. 181.

Sobre la inseguridad jurídica derivada de la relativa autoridad del precedente en Norteamérica: TUNC (André y Suzanne), *El Derecho de los Estados Unidos de América*, Méjico, 1957, trad. J. Elola, págs. 278-304, §§ 107-115.

(42) La práctica del precedente en Inglaterra, parece "combinar la estrechez del detalle con la laxitud de los principios", con lo que "se aseguran las desventajas de una doctrina estricta de los precedentes y ninguno de los beneficios de una racional", HAMSON (Cambridge L. J., 1954, pág. 48. Sobre la técnica de la "common law" en general, se dice: "en muchos aspectos parece una amalgama de datos más que un epitome de valores"; se cuentan los "dicta" a favor de cada doctrina y si no sobrepasa el número respecto de una de ellas, se expresa la duda sobre la solución; resultado que lleva a construir edificaciones en competencia (número de precedentes favorables) que siguen así hasta que uno sobrepasa tanto al otro que sale a la luz", O'CONNELL, *AJCL*, 1956, pág. 3.

Opinión de un escocés sobre la técnica de la "common law": el Juez considerado como un oráculo delífico, en realidad, "hoy se reduce a un índice animado de la colección de sentencias". Las leyes —dice Dicey— expresan la opinión pública de ayer y las sentencias la de antayer; lo que se comenta agregando, "aún en aquel tiempo la tan alabada flexibilidad de la *common law* era muy pobre en comparación a los Códigos europeos", COOPER, *La "common law" e la "civil law" vedute di uno scozzese*, *Jus*, 7, (1956, marzo) pág. 52.

(43) Lo que señala LÖLVINGER, *Una introducción a la lógica jurídica*, trad. Puig Brutau, 1954, pág. 93-94. Se pueda recordar también que, como jueces de la "Supreme Court" de los Estados Unidos, fueron cuidadosamente designadas las personas que se estimaron capaces de ayudar —y no entorpecer— a la política del "New Deal".

(44) Frase que continúa: "a base de los medios adecuados para comprobar los hechos que permite emplear nuestra organización judicial (norteamericana). Cabe añadir que los

mento creciente y acelerado de la producción legislativa en todos los países de "common law". En Estados Unidos, acompañado de un movimiento importantísimo favorable a la codificación y unificación jurídica (45).

Sería un absurdo desconocer el influjo social y doctrinal de la jurisprudencia. Es, al menos, una exageración deformadora reducir a lo judicial toda la actividad creadora del ordenamiento en vigor (46). El mundo moderno ha experimentado sus más hondos cambios "a golpe de leyes" y no puede desconocerse la eficacia orientadora y educadora de la legislación (47). Pero, además de las verdaderas fuentes jurídicas (art. 6.º C. c.), existen al lado de la jurisprudencia otras fuerzas sociales que coadyuvan a la realización del Derecho (orden jurídico real): Dictamen o consejo de asesores de grandes empresas industriales, comerciales y financieras; criterios de notarios, registradores y Dirección General de los Registros; actuación de la Administración en sus múltiples manifestaciones (abogados del Estado, inspectores del timbre, asesorías jurídicas de los Ministerios, usos de cada oficina o cuerpo de empleados y agentes, etc., etc.), creando fórmulas, cláusulas, estilos y precedentes que interpretan, conforman (y a veces también deforman) el sentir y el modo de vivir de la comunidad. Extensísima zona del cumplimiento espontáneo del Derecho, cuyo influjo habrá de sentir todos los jueces que tengan sentido social.

Tampoco resulta claro, como se afirma, la primacía de la jurisprudencia, apoyándola en su eficacia coactiva: Derecho es lo que impone como tal el juez en la sentencia, el Tribunal superior en la última instancia. Ya que jueces y Tribunales no son los únicos de quienes recibe la norma eficacia coactiva y ya que la eficacia de la sentencia no es directa o inmediata. Hay otros muchos funcionarios con

tribunales no disponen de los medios adecuados para comprobar los hechos que requiere el ejercicio de su función creadora de Derecho", POUND (Roscoe), *El espíritu del "common law"*, trad. Puig Brutau, Barcelona, s. d. pág. 209.

(45) Impulsando por la "American Bar Association" y favorecida por la mayor y mejor parte de la doctrina: "Uniform Laws, Aestatements" y "Model Act"; el importante "Uniform Commercial Law" de 1952; últimamente, "Model Penal Code".

Sobre esta tendencia, los trabajos publicados por UNIDROIT (*Institut International pour l'Unification du Droit Privé*, Roma); YNTEMA, *Unification of law in the United States*, 1948, págs. 301-319; PASCAL, *Unification of law in the United States* (1948-1952), 1954, págs. 435-455; PIERCE, *Uniform laws in the United States* (1953-1955), 1956, págs. 247-265; BARRETT, *Uniform laws in the United States* (1956), 1957, I, págs. 199-203; *The national Conference of commissioners on Uniform State laws*, 1957, II, págs. 321-327.

Sobre la antigua discusión sobre los méritos respectivos de la codificación y de la "common law", recientemente, TUNC (André y Suzanne), "El Derecho de los Estados Unidos de América", págs. 352-375; §§ 136-144; sobre el futuro de la "common law" en Estados Unidos, págs. 592-596, § 263; sobre las diferencias de la "common law" en Inglaterra y Estados Unidos, págs. 306-309, § 116.

(46) Reconoce ESSER la función de clínica del proceso. Añade: "Pero a la clínica pertenece también la ortopedia. La vida del Derecho material recibe primero en la sentencia su forma y reconocimiento", pág. 259, N. 101. Siguiendo con el mismo orden de metáforas se puede objetar, que bastan las reglas preventivas o de la higiene (ley, costumbres, principios) para tener un tráfico jurídico sano y que sólo cuando aquella no baste para que se ande derecho habrán de intervenir clínica y ortopedia. Otra cosa sería poner como modelo y ejemplo de sano al enderezado ortopédicamente.

(47) De la que pudiera decirse, que enseña a los súbitos los que Xenócrates a sus discípulos: "ut illi sua sponte facerent, quod cogentur facere legibus". CICERÓN, *De República*, I, 2.

determinado poder coactivo (encargados de Registros, funcionarios del Estado, provincia y municipio, hasta la policía). La ejecutoria judicial necesita para su cumplimiento forzoso el auxilio de los órganos coactivos del Estado. Esta colaboración puede ser denegada en casos excepcionales (48) o incluso ser insuficiente para vencer la resistencia social. La opinión pública contraria puede convertir en letra muerta lo mismo una ley que una sentencia (49).

La teoría de la jurisprudencia como "verdadera y única fuente jurídica" parece incurrir en alguna contradicción. La Ley, se dice, es tomada en consideración por el Juez o es dejada de tomar, según su voluntad, decidiendo conforme a su "hunch". Mas, si ello fuera así, ¿cómo se agrega que el precedente es una verdadera fuente legal. Porque, del mismo modo, el juez puede o no considerar utilizable el precedente de las anteriores sentencias (50). No parece lógico que el precedente judicial obligue al juez, cuando se niega que pueda obligarle la Ley. Aparte de ello, es bastante más difícil extraer una norma concreta de una sentencia que de la Ley. Decidido el fallo, se redactan las razones que lo justifican (51). Los jueces se extienden en consideraciones extrañas al caso decidido ("dicta", "obiter dicta"), amontonan motivaciones secundarias ("a mayor abundamiento") y, a veces, ocultan o no saben expresar la verdadera "ratio decidendi" (52). Además, cada caso sentenciado o a juzgar tendrá diferentes matices y estará acompañado de variadas circunstancias, que pueden justificar decisiones diferentes o contrarias.

Otra grave dificultad ofrece el cambio de la jurisprudencia, concebido como establecimiento de nueva norma. Una ley deroga a la anterior clara y públicamente y va acompañada de reglas que señalan, limitan o impiden su eficacia retroactiva (art. 3.º C. c.). Con el sistema de la jurisprudencia-fuente toda regla queda bajo la amenaza de que sin anuncio ni promulgación resulte derogada, en el momento mismo de dictarse la nueva sentencia. Se le da a la regla así hallada efecto retroactivo (53). Mas todavía, como en la concepción jurídica ab-

(48) Por considerarse contraria al orden público. Suspenderse su ejecución o dejarse sin efecto por mandato del Parlamento o del poder ejecutivo.

(49) La presión social puede impedir la ejecución de sentencias legales y justas; así, por ejemplo, ha ocurrido con muchas dictadas en Estados Unidos contra actos de discriminación racial.

(50) Con mayor consecuencia se ha dicho que "el fundamento" de la sentencia es una *ficción*. Aunque la regla fuera ya formulada en otras sentencias, "es ahora, por primera vez formulado en la Sentencia, en la de la sentencia presente", *JSAY, Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, p. 177.

(51) No debiera olvidarse que los considerandos no forman parte esencial de la sentencia y que ha habido épocas en que estaba prohibido motivar las sentencias, p. ej., cap. 5, R. C. 13 junio 1778, Nov. 11, 16, 8 (concepción propia del despotismo ilustrado).

(52) El "habitus" del juzgador desarrolla "el ojo clínico" (saber quintaesenciado de estudios y experiencia), no la facultad de expresar clara y ordenadamente las razones.

(53) Lo que ya señalara BENTHAM: "La verdad es que en cada ocasión la regla a la que el juez da fuerza de ley, es una que él, en esa misma ocasión, se ha sacado de la cabeza; y esto no hasta que aquello por lo que se es juzgado se haya hecho; mientras que esos mismos jueces, si la misma cosa la hiciera la legislatura reconocida, la llamarían acto de flagrante injusticia, designado y reprobado en su lenguaje con el nombre de ley *ex post facto*". *Justice and Codifications petitions* (1829), *Petition for codification*, p. 2.

En Norteamérica, para evitar la injusticia de la retroacción, se pensó por algunos Tribunales (desde 1891), y esta actitud fué aprobada por eminentes juristas (Wigmore, Cozzzo, Frank, etc.), declarar la nueva regla de Derecho en la sentencia en que se le ocurra

solutista, los Jueces guardan "in scrinio pectoris" la disposición por la que habrán de decidir, cuando el caso llegue, sobre la vida, el honor y la fortuna de cada uno. Parece como si se hubiera vuelto a la época anterior a Gneo Flavio (D. 1, 2, 2, 7).

Un aspecto que se deja en la oscuridad es el de la justificación jurídica y social del poder para crear nuevas reglas, para la "interpretatio contra legem", para derogar de hecho los mandatos del legislador (Esser, págs. 260, 262). El juez es un funcionario, nombrado y pagado por el Estado, y cuyas decisiones serán ejecutadas por otros funcionarios del Estado. Su "auctoritas" descansa en el poder del Estado, que le designa, que ampara y mantiene su dignidad; no en algún "charisma" immanente y misterioso (54). La confianza secular del pueblo en sus jueces está arraigada en la firme creencia de ser verdaderas sus protestas de "fidelidad a la Ley". Los que afirman que los jueces, cuando así hablan, son hipócritas y falaces, minan gravemente la consideración social de la judicatura. La opinión pública quiere jueces veraces y honrados, custodios leales de la legalidad. Hace siglos que moralistas, juristas y el hombre de la calle coinciden en condenar los juicios de albedrío (55). Las modernas afirmaciones llevan a crear una figura de un Juez, de quien se podría decir: "quod Judici placuit, legis habet vigorem", y hasta "Judex legibus solutus est". La que fácilmente provocaría una reacción, como se produce siempre frente a la tiranía o absolutismo de una persona, clase o grupo (56). El buen juez, en el que la comunidad esperanzada confía, es el servidor fiel de la Justicia y de la Ley.

Por último, una mínima observación sobre la frase: "Es la casuística la que nos dice lo que es el Derecho" (p. 151). Afirmación plausible en lo que tiene de llamada de atención hacia el caso (57). No ha habido, ni parece pueda haber, un

al Tribunal, pero no aplicarla al caso sentenciado, sino anunciar que en adelante será aplicada a los casos futuros, dando por revocada la regla anterior: TUNC, loc. cit., p. 350-352; PUG BRUTAU, en *Prólogo* a trad. de *Una introducción*, de LOEVINGER, citada, p. 23-24.

Donosa solución. Se sentencia conforme a un criterio que se declara falso; se deniega la demanda de quien se ha dicho tiene razón y se da la razón a quien se dice que no la tiene. Se anuncia la enmienda para el futuro. Después se aplicará la regla justa. Se pretende vincular así a jueces o tribunales sucesivos. Los cuales podrán pensar y decir (aunque aplicasen la regla anunciada) que para ellos es injusta o falsa.

(54) Lo contrario piensa JSAY, que considera que en el Estado moderno el juez se ha convertido en "Führer des Volkes". Pero ese "charisma" de conductor del pueblo lo condiciona a su identificación con el pueblo, a su sentir con él ("Einführung", loc. cit., p. 115-116).

(55) Sobre la condena de los juicios de albedrío, CASTILLO DE BOVADILLA, *Política de Corregidores*, Barcelona, 1624, todo el cap. X del libro II, especialmente §§ 9 y sig.; en § 18, con Simancae, dice que los jueces que juzgan no por las leyes, sino por su propio parecer y albedrío, son "iniceus, perjuros y tiranos", I, p. 421. ALVAREZ DE VELASCO dice: "qui iudicat non voluntatis suae obtemperare debet, sed tenere quod legem est", rub. 12, § 15, p. 194; sobre el grave deber de conciencia de cumplir las leyes, rub. 9, ann. 12, § 17, p. 128, *Judex perfectus*, Lugduni, 1662. Otras citas en JUAN FRANCISCO DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, 1765, I, p. 280-284.

(56) Frente a la resistencia de ciertos jueces que, habituados a determinar la responsabilidad delictual, "se encabritan frente a las intervenciones legislativas, con el sentimiento inconfesado de una invasión en sus prerrogativas", "que llegan a afirmar que no se inclinarán sino ante una orden formal", se comenta: "pronto será necesario restablecer los *lits de justice*". CHAUVÉAU, *Responsabilité sérieuse et arrêt Lamoricière*. *Re. trim. D. comm.*, 6 (1953), p. 805, n. 3.

(57) Sobre su importancia, D'ORS, *Discurso inaugural*, Universidad de Santiago, 1955, p. 23 y sig.

buen iusprivatista que desatienda esa dimensión, la más inmediata del Derecho. Mas también resulta verdad parcial o expresión exagerada. Análisis y síntesis, inducción y deducción no son operaciones contradictorias, sino que se complementan, y ambas son necesarias para ver (teoría) la realidad jurídica. Por castística también se entiende la preferencia por la regla especial "ad hoc", individualizada o determinada por lo "unicum" del caso; respecto de ella, hay que advertir que supone una técnica poco recomendable para el legislador y para el juez (58), lleva a un "micro-nomismo" desconocedor de una de las funciones (la ejemplaridad) del Derecho (59).

§ 8. *La construcción dogmática.*

En un buen número de páginas del libro de Esser se recogen las críticas dirigidas al conceptualismo y método dogmático del positivismo. La primacía que concede a la jurisprudencia, le acerca al movimiento del "Derecho libre" y al "legal realism". Muy adelante ya en la obra hay un cambio de tono. Con motivo de recoger la reciente reacción en Norteamérica frente la dirección realista del "hunch" (desde la página 235), habla con más despaacio sobre el valor de la construcción dogmática y el sistema; cobrando así consistencia algunas indicaciones anteriores aisladas. Se dice entonces que la doctrina tiene una función en la elaboración jurídica y, en algún momento, se le concede a ella tal relieve que parece desplazar a la jurisprudencia del papel de protagonista. También en la parte final del libro se desarrollan con detalle sus afirmaciones más originales y llamativas (60).

Existen —se dice— en las instituciones unos principios immanentes, de valor universal, que se imponen necesariamente. No se abandona, sino se matiza el valor de lo volitivo. "La jurisprudencia constructiva es control jurídico del hunch desde el sistema" (p. 236). La dogmática, como "necesidad de racionalización" (página 303), queda en el primer plano. "Formalización" necesaria, que significa "la transformación del problema de Justicia en el entramado de soluciones y desarrollos ya existentes. Lo que, en la perspectiva predogmática, es problema de función y valoración, se ve por los juristas ópticamente, como cuestión de calificación dogmática. Pero esta óptica no es especulación, sino hallazgo de los

(58) AUSTIN dice que lo que le reprocha a los jueces no es que legislen (dada la negligencia o incapacidad del legislador), sino "la manera tímida, estrecha y a trozos en que han legislado". *The province of jurisprudence determined*, Lec. 5, i. f., ed. Hart, 1954, p. 191.

(59) Respecto a las "doctrinas individuales", cuenta el *Cardenal de Luca* una historia repetida en la Curia: un juez que no quería atender a los principios, aunque fueran notorios e individuales, sino a reglas singulares ("nisi habere individua"), tratándose de la venta o arrendamiento de unas vacas ("praecodis vacarum") y discutiéndose la validez o naturaleza del contrato, decía no estar satisfecho porque no se le ofrecía la doctrina especial sobre dichas vacas; como el abogado encontraba después de impropio trabajo tal doctrina especial (en una sentencia de la Rota), el juez dijo que aquello no le bastaba, porque se refería a las vacas en general ("simpliciter") y no a la especie de vacas rojas sobre las que se discutía. Añadiendo el Cardenal, "istamque miseriam pene quotidie experimus". *De reprobationibus*, t. 4, § 7, *Thesaurum veritatis et iustitiae*, Venecia, 1726, XIII, p. 9.

(60) Comparense, sin embargo, las sugerencias de PRIG BRITAN en *Estudio Preliminar* a su trad. *Las grandes tendencias del pensamiento contemporáneo* de ROBERT POUND, 1950, p. XXIX, XXXIX-XLIV.

postulados de Justicia y verdad, objetivamente condicionados, con el hilo de Ariadna del concepto" (p. 304). La dogmática es necesaria para que la jurisprudencia sea fuente jurídica; en el sistema continental no basta el "sic volo" del más alto Tribunal, sino que se requiere "la fuerza convincente de la formulación dogmática" (p. 289). Con lo que "lo ético-jurídico elemental se traduce más y más en técnica y la *ratio iuris* aparece desalojada por lo peculiar institucional, aparentemente, porque, para el enterado, cada concepto jurídico es sinónimo de conjunto de los valores que en él ha condensado la jurisprudencia" (p. 305). Así, la conexión entre la doctrina ("Doktrin") y la práctica es tan estrecha que es difícil distinguir entre dogma ("Lehre") e institución, y se concluye diciendo que "la ciencia jurídica es una disciplina *normativa*, es decir, que trabaja nomotéticamente" (p. 314).

Del modo indicado se cierra el círculo. Después de censurar al positivismo se reprueba a los que primero lo criticaron. "Fue una gran locura el que la *jurisprudencia conceptual* se pusiera en la picota" (p. 236), y se profetiza alborozadamente "un retroceso del *pensar del orden concreto* respecto al pensamiento institucional" (p. 237). Revalorada la dogmática, se pone al servicio del objetivo final propuesto: La formación de un nuevo *ius commune* apolítico, conseguible mediante "una concepción más profunda de lo fructífero de la dogmática" (p. 295).

Las afirmaciones de Esser sobre el intrínseco valor de la dogmática y sobre la posibilidad de un Derecho universal no partidista, son sugestivas y aprovechables. Desgraciadamente no pueden aceptarse tal y como las formula. No esa doctrina que crea normas y que oculta bajo sus conceptos el significado político de la regulación. Pues la doctrina que se utiliza para otros menesteres que los de ordenar y conocer mejor (teoría) la realidad, se degrada a criptopolítica. Ni siquiera ese sugestivo Derecho común, porque su neutralismo hacia los valores éticos y Derecho natural trascendentes supone la negación de éstos y revela su oculta significación política.

Para su construcción teórica, utiliza Esser dos conceptos clave: sistema e institución. El sistema o "pensamientos ordenadores que no se agotan en la materia" (p. 227). El "Derecho es siempre sistema, porque el Derecho es lo mismo que *recta ratio*. lo exprese como sea la ideología de la época, y tienen los principios objetivos y funcionales de cada materia significado universal" (pp. 226-227). "La masa jurídica deviene *sistemas* mediante el escrutinio de las instituciones en su círculo de eficacia y en sus conceptos dogmáticos designadores." El sistema es obra de la doctrina, pues los conceptos jurídicos no resultan del ciego devenir orgánico, sino de la delimitación de las instituciones y de su conexión con las categorías de los medios de ordenación positivos" (p. 223) (61). Pero de nuevo se advierte: "No son los conceptos, sino las instituciones las que *forman* el sistema" (p. 324).

Sobre la importancia de la institución se insiste repetidamente. Este concepto central de la teoría de Esser no se dibuja con claridad (62). Se nos indica que

(61) Advertirá el lector atento, que la jurisprudencia se considera suministradora de la materia bruta (como la ley se utilizara por el dogmatismo positivista) y que se reserva a la doctrina (no a la jurisprudencia) la callada y oculta (¿hipócrita?) función de mover los hilos de las marionetas.

(62) RIESSEN, en la reseña citada, dice: aunque el autor no define expresamente la institución, es claro que... ensando en fenómenos como la propiedad, el matrimonio o la

se basa en la lógica objetiva (pp. 158, 351, 353) y en "la immanente legalidad de la naturaleza de las cosas" (pp. 327, 379). De la institución dependen los principios institucionales (pp. 88, 104, 158); los que resultan necesariamente de la misma institución y, como tales, son los únicos principios con eficacia directamente vinculante; los que mediante la elaboración judicial llevan al desarrollo del Derecho material (p. 88). La misma fuerza creadora de la jurisprudencia continental (que carece de base histórico-política) reposa en una autoridad institucional, "en la fuerza conformadora, objetivamente condicionada, de la jurisprudencia como institución" (p. 281).

La fuerza immanente de la institución parece que brota de la lógica objetiva de cada una. Existe en la institución "una verdad jurídica immanente a la que ninguna ley positiva puede sustraerse" (pp. 170-171). "El contenido de los grandes problemas de ordenación se pueden contemplar como constantes y universales, por la *certidumbre material* (en sentido de Lask) de la Idea" (p. 171). Hay que separar —se añade— las facciones individuales —históricas de la figura jurídica, de los elementos universales— objetivos (p. 350, N. 83). Lo institucional requiere una cierta corporeidad o concreción (págs. 132-139); pero, también, el pensamiento constructivo exige una cierta despreocupación histórica (p. 326). Las llamadas "coincidencias" entre las instituciones de distintos sistemas, no son tales, sino que tienen valor de prueba ontológica (p. 347, N. 72). Las ideas obran teleológicamente; afirmación que no tiene nada de metafísico (63), sino que descansa en la justicia objetiva conexa al problema, la cual extrae siempre de la casuística, y al darle forma, el principio jurídico directivo (p. 349). De modo que puede concluirse diciendo: "La lógica jurídica es vinculante" (p. 353). Lo que, se añade, se comprueba en las "coincidencias" de soluciones a que se llega con medios estructurales diferentes y que no llevan el sello de una influencia cultural común; que sólo pueden explicarse por "necesidades jurídicas universales y por postulados de Justicia igualmente valorados" (p. 354).

La serie de citas que antecede podrá mostrar, con la aproximación posible, la dirección del pensamiento del autor. Después de haber rechazado la concepción iusnaturalista (64) y la del positivismo legalista, ofrece la nueva solución de los principios institucionales, immanentes a la institución (65) y necesarios según la lógica objetiva (66).

familia (p. 508). ESSER, por su parte, afirma que lo utiliza en sentido romanista (p. 321); lo que tampoco es claro, porque los pandectistas alemanes lo entienden con algunas variantes (comp. SAVIGNY, I, §§ 4-5; PUCHTA, *Institutionen*, I, § 6, ed. 1881, p. 8; DERNBURG, *Pandekten*, I, § 40, p. 88; REGELSBERGER, § 14, p. 83. Lo que más confunde son los ejemplos de instituciones señalados por ESSER: intereses moratorios, prescripción, estado de necesidad, costas procesales (p. 36, también comp. p. 158, 319).

(63) Se dice, también, que el principio racional de una institución no es un demiurgo (p. 325).

(64) La continua referencia a la Justicia objetiva no debe confundir. Se trata de Justicia en la institución (ajuste interno formal). Niega todo criterio trascendente.

(65) Comp. la teoría de ROCA SASTRE, *Prólogo a Estudios de Derecho Comparado, La doctrina de los actos propios* de PUIG BRUTAU, 1951, p. 13-16.

(66) La "jurisprudencia general" (comparativa) o "filosofía (principios) del Derecho positivo", de ARSTIN, se distingue por la total separación de la cuestión de la bondad del Derecho, sometida a la piedra de toque de la utilidad (ciencia de la legislación), *Uses of the study of jurisprudence*, ed. Hart (con *The province*), p. 305-306.

La nueva teoría concide con el iusnaturalismo racionalista (67) en el valor universal que pretende para sus principios y reglas (68), y con el positivismo legalista, en la posibilidad de extraer de las reglas positivas (para Ésser la casuística jurisprudencial) los principios jurídicos con que resolver nuevas cuestiones. Tiene, por ello, defectos coincidentes: con el primero, su utopismo; con el segundo, la estrechez (exclusión del criterio trascendente) y el artificio (pretender obtener una nueva regla con sólo la técnica).

El rasgo propio de la teoría está en la afirmación de una fuerza immanente en cada institución. No se nos dice qué sea ni de dónde viene dicha fuerza. Sólo sabemos que se le nombra lógica objetiva y naturaleza de las cosas. Esta referencia acrecienta la duda; porque, como se recordará, lógica objetiva y naturaleza de las cosas son consideradas "topoi" jurídicos, es decir, según nuestro autor, "puntos de partida *retóricos* (en sentido antiguo) para argumentar sobre un problema" (p. 44). Lo que no parece base suficiente para inducir principios de valor necesario y universal.

Cuando se dice que la lógica objetiva tiene valor vinculante (p. 353), no cabe se le considere como un "topos" o lugar común retórico. Queda abierta entonces la interrogante: ¿Qué significa esa fuerza immanente a la institución? No es probable se aluda al espíritu del pueblo, dada la dirección universalista del autor. ¿Se refiere a la immanencia del "logos", la fuerza de la evolución, la "astucia" de la razón o de la materia? Sólo se nos advierte que no se trata de algo metafísico, ni de obra de un demiurgo (69). Se trate de un solo poder o de cada uno de los que actúa en cada institución, recibe siempre el calificativo de immanente. Si, en verdad, nos encontramos ante una concepción immanentista, conducirá a la confusión entre Justicia e Historia, el futuro trae lo justo y lo mejor; con la secuela acostumbrada (aunque ilógica), de que ese futuro adivinado, necesario, para cuyo logro se exigen esfuerzos y sacrificios, se estima módulo para juzgar al pasado y al presente. Sea cual fuere la raíz filosófica de la teoría, nos queda sin explicar la naturaleza de las instituciones y de su immanencia.

§ 9. Finalidad y método del Derecho comparado.

Los comparatistas se han preocupado de señalar el propósito de su difícil trabajo. De los variados objetivos pensados, Ésser ha elegido el de la formación de un Derecho común universal, y se separa de la mayoría de los especialistas, por el objeto y por el método elegido (70). Los motivos inmediatos condescendidos resultan, en relación con lo ambicioso de su propósito bastante pobres: ser medio para superar la crisis a que la concepción estatista ha llevado a los

(67) Por completo distinto del iusnaturalismo trascendente; siguiendo la tipología de Sauter, TRUYOL, *Fundamentos de Derecho natural* (Nueva Enciclopedia Jurídica, Sers), 1949, p. 12.

(68) Reglas después recogidas en § 9.

(69) Las frases sobre "lo óntico" del Derecho (prueba ontológica, visión óntica, etc.) plantean la cuestión sobre la realidad de esos "seres" jurídicos.

(70) Citas en ZWEIFERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretations-methode*. Z. f. Ausl. u. IPR. 15 (1949), p. 5-21; CASTÁN, *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo*. Disc. apertura Trib. 1957, p. 29 y sig.

Derechos Internacional Público y Privado y para resolver las dificultades que ofrece el arbitraje internacional (págs. 297-298).

Esser muestra la mayor desconfianza hacia el procedimiento de las leyes uniformes. No cree que deba seguirse ni utilizarse a tal fin el Derecho comparado. Se equivocan, piensa, los que con ellas esperan facilitar la unificación. Será la práctica internacional la que ha de formar los conceptos comunes; no se debe comenzar por leyes comunes, sino esperar a que la unidad surja como producto de la formación del Derecho común (págs. 341, 344, N. 66).

El método para la unificación es el predicado en toda la obra: confiar en la fuerza de la lógica objetiva, comparar y destacar los resultados coincidentes de la jurisprudencia de los Tribunales de todos los países y de los Tribunales arbitrales internacionales, en cuya casuística se revelarán los principios jurídicos universales. El moderno "Derecho de los juristas" se manifestará en el acuerdo de los "pensares jurídicos", que en todo lugar llevan al mismo desarrollo judicial y su papel, como siempre fué, ha de ser ahora el de superador de la estrechez nacionalista (p. 381).

Tanto este procedimiento como la repugnancia hacia el de las leyes uniformes tienen acusado tinte utópico. La dificultad práctica de conocer la jurisprudencia de los distintos países es difícilmente superable; el mismo autor no maneja, desgraciadamente, casi otra que la de los tribunales alemanes y norteamericanos. La lentitud de los tribunales para acuñar figuras jurídicas es un hecho bien conocido (71). ¿Hasta cuándo esperar? Mientras que el movimiento inmanente de casuismo, instituciones y principios, de jurisprudencia y doctrina, queda en el "cielo de los conceptos" (72), la realidad ofrece el hecho impresionante de la eficacia creciente de las leyes uniformes y el ejemplo de la obra callada, científica y fecunda del Instituto para la unificación del Derecho privado de Roma (73).

Otra ilusión de Esser ha sido la de descubrir leyes del pensamiento jurídico y de las instituciones. La "ley de la correspondencia lógico-objetiva de las tareas ordenadoras y de las formas de ordenación, bajo las mismas condiciones" (págs. 346-347). Las leyes funcionales de las instituciones, respecto de las que señala, como único ejemplo y modelo, las de la materia contractual, a) la necesaria limitación de la consideración a la formación real de la voluntad, por medio del llamado principio de confianza; b) los límites de la libertad contractual por los principios que se cuentan como de orden público; c) el reblandecimiento del "rigor iuris" de la seguridad jurídica, por la exigencia de la buena fe (p. 373).

(71) Un par de ejemplos. No se consigue precisar concepto y efectos del contrato de suministro sino gracias a los artículos 1.559-1.570 del Código civil italiano de 1942. EULA, en *Commentario* (D'AMELIO, FINZI), *Libro delle obbligazioni* 1947, II, 1, p. 170-171.

Sobre las dificultades en el sistema angloamericano para desarrollar la figura del enriquecimiento injusto, O'CONNELL, *Unjust Enrichment*, A. J. Comp. L., 5, 1.º (1950), p. 2-17, especialmente p. 14-17. Compárese su desarrollo, como principio general del Derecho, en la práctica española.

(72) Incidentalmente, se dice de este libro que Esser "mira desde la torre de cristal de su dogmática abstracta". BARMAN, *Anspruch an die Aktiengesellschaften*, A. C. Pr. 176-20 (1957), p. 171, n. 70, a.

(73) Sobre la unificación en general, sus resultados y trabajos del Instituto, las publicaciones de UNIBROTT.

Las leyes señaladas no tienen mayor valor científico que el de otras viejas divagaciones, como las de los autores de sistemas de Derecho natural "racional" y las de los ensayistas sobre Filosofía de la Historia. Negada por el autor la trascendencia de los criterios morales y jurídicos (Derecho natural trascendente), el Derecho comparado podrá postular leyes sociológicas, y ellas sin otro alcance que el de constantes observadas y de las que no se puede predecir la continuidad o repetición (al no ser aptas para la experimentación). En todo caso, "las coincidencias" observadas no pueden considerarse significativas, mientras se limiten a estudios a fondo de sólo un par de Derechos (alemán y norteamericano) y a estudios superficiales e inexactos sobre "otros países", elegidos al azar; mientras, además, no se examinen "las diferencias" con otros sistemas distintos, como el del Derecho mahometano y el de las democracias populares. No puede, tampoco, limitarse lo estudiado a una parcela de la realidad jurídica, es decir, a la doctrina y a la jurisprudencia (74).

§ 10. La práctica del Derecho comparado.

Dada la extensión exagerada que ha ido tomando esta nota, habrá que limitar este apartado a enumerar algún que otro reparo al libro de Esser en cuanto pueda advertirnos sobre las dificultades que encierra la práctica del Derecho comparado.

a) *Inclinación a generalizar las peculiaridades del propio Derecho.*—Esser parece pensar que la concepción legalista positivista imperante en Alemania y el significado de la Codificación en este país ha sido la de todo el continente (págs. 3, 220); lo que, como es sabido, no es así en España y en otros países.

b) *Valorar el Derecho extranjero por observaciones superficiales o parciales.* Califica el Código civil francés de: ahistórico, como heredero de la Revolución; aliterario, porque rompe con la tradición conscientemente, y enemigo de la Justicia o mejor de los juristas, por considerarlos unidos al pasado (p. 144). No advierte el cambio ideológico desde Robespierre hasta el Consulado; basta hojear las actas del Consejo de Estado y los discursos en el Tribunado para apreciar la conexión de los trabajos para la Codificación con el Derecho y doctrina anterior. Las frases de Esser recogen una expresión exagerada; tan inexacta como la contraria, la de que aquel Código es la distribución en estímulos de la doctrina de Pothier. Respecto al Derecho inglés, no se puede decir, sin más, que las "Courts" no conceden el menor valor a la opinión de los autores (p. 312), porque se le da, y mucho, en las cuestiones de Derecho internacional privado.

c) *Pensar se conoce un Derecho extranjero, sin haberlo estudiado directamente.*—Esser menciona repetidamente al Derecho español y lo utiliza como prueba convincente en favor de sus teorías. Por desgracia, lo ha utilizado a través de lo dicho por dos autores extranjeros (75), las citas de autores españoles no

(74) Como se indica con detalle antes, en § 7, FRANK ha mostrado, además, la importancia de la tramitación de cada juicio, en especial la manera de probar los hechos. *La influencia del Derecho europeo continental en la "common law", Algunas reflexiones sobre el Derecho "comparado" y "contrastado"*, trad. Puig Brutau, p. 46 y sig.

(75) SABADIE, *Les sources du Droit civil espagnol*, Toulouse, 1926; HERZOG, *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne*, Toulouse, 1942.

parece las haya compulsado directamente, desconoce la literatura jurídica española moderna y no ha visto la jurisprudencia del Tribunal Supremo; esto último, especialmente de lamentar, porque hubiera podido servirle para una concepción más exacta y realista de los principios generales. Aparte de estas observaciones generales (comp. p. 258, N. 178; p. 278, N. 90; p. 280, p. 295, N. 278) y de la consiguiente impresión equivocada así obtenida sobre la interpretación y fuentes jurídicas en la doctrina y práctica españolas, se advierten algunas confusiones verdaderamente inexplicables. Se dice:

“La *doctrina legal*, que pertenece a las más antiguas tradiciones del país (!) y que se ha impuesto contra las tendencias del Código civil (?), sin que se haya recogido entre las 27 fuentes (!!) de la ley de bases del 11-5-1888” (págs. 149-150, N. 32). Fundado en este dislate, incluye a nuestro Derecho entre los que siguen la concepción pluralista de las fuentes (“27 Quellen”) (76).

Después de indicar cómo en ciertas épocas se tuvo muy en cuenta la doctrina de los autores, se pone como ejemplo de ello el reconocimiento de “las doctrinas legales” en España (págs. 244-245, N. 11); añadiéndose, “España conoce ciertamente el reconocimiento, tan singular (!), de *las doctrinas legales*, es decir, la fuerza material de las opiniones de los autores (!) recibidas judicialmente” (página 278, N. 190).

Como ejemplo de que, cuando falta la unidad de los principios jurídicos, los Códigos no pueden imponerse, dice: “Así, no pudo el Código civil español de 1889 tomar las cotas políticas de los Derechos consuetudinarios (!) regionales (fueros), ni romper la autoridad de las tradiciones jurisprudenciales (?). Por ello, se conservó un Derecho local, que por su parte obligó a la creación (!) de un Derecho común; desde 1884 (?), ciertamente sólo por el Tribunal Supremo” (!!). “La ilusión de un Código autárquico en España no pudo lograrse y la jurisprudencia siguió siendo, en este sentido pluralista, fuente jurídica” (página 297). Se observará que, aparte los errores indicados (77), piensa que hay un Derecho común que no es el del Código y que el Código civil no es considerado Derecho común.

d) *La aceptación de afirmaciones vulgares, sin comprobarlas previamente.*—Como argumento favorable a su teoría, se dice: “la universalidad del concepto del *trust* inglés, sigue una carrera triunfal alrededor del mundo” (p. 251; también p. 363, N. 135; p. 365, págs. 368-369). Se desconoce así que no hay una “institución” del *trust*; en Inglaterra—con variantes en Estados Unidos—hay una notable pluralidad de figuras, cubiertas por el mismo nombre; también se olvida que en los países en que se ha recogido o traducido la denominación inglesa, no se han introducido las figuras típicas del *trust* (78).

e) *Desconocimiento de la pluralidad de significados de un término.*—Egger dice que “no sólo los conceptos, sino también las instituciones *forman* el siste-

(76) Los errores y confusiones del autor se indican con signos de interrogación y admiración; son tan evidentes para el lector español, que parece ocioso cualquier otro comentario.

(77) Del modo señalado en la nota anterior.

(78) El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado de Roma estudia actualmente la posibilidad real de extensión de algunas figuras del “trust”, la situación verdadera en los casos de recepciones nominales y la complejidad de cuestiones que implica, así como su conexión con las normas penales, procesales y fiscales.

ma" (p. 324), y agrega, para confirmar su aserto: "Así hoy, hasta la doctrina italiana originariamente conceptualista: Barbera (debe decir Barbero), *Sistema istituzionale del Diritto privato*, 1949; Candian, *Nozioni istituzionale di Diritto privato*, 1946; Trabucchi, *Istituzioni di Diritto civile*, 1950" (p. 324, N. 411). Ha creído nuestro autor que en los libros citados se utiliza el término de institución en el sentido de "Rechtsinstitut" y no en el que verdaderamente se emplea, de estudio elemental o introducción al estudio del Derecho privado o civil (como la "Instituta" de Justiniano y los libros de los antiguos "institutas") (79).

§ 11. Conclusiones y advertencia final.

Como explicación y justificación de esta nota, debe decirse que se ha creído, primero, conveniente señalar a la atención de los estudiosos la importancia del libro de Esser y que, a la vez, se ha pensado se debía acompañar dicha recomendación de un estudio crítico, que orientase al lector que no lo pueda consultar con despacio. En especial, se ha querido destacar su significado en la doctrina jurídica, su carácter de vuelta al positivismo, aunque con importantes matices originales; por lo que podría calificarse de neo-positivismo jurisprudencialista y universalista, basado en el estudio del Derecho comparado.

También una última advertencia. La diferencia de opinión, la crítica teórica y los defectos señalados no deben estimarse como depreciativos de la importancia de la obra. Interesa, por ello, repetir que se le ha estudiado con detenimiento por estimarla de mucha entidad y muy significativa. No sólo ha de valorarse el intento laborioso —aunque resulte fallido— de encontrar un medio para la deseada unificación del Derecho, sino que, además, el libro de Esser está lleno de datos interesantes, de advertencias exactas y de ingeniosas observaciones, sugestivas y fructíferas.

F. DE C.

(79) Podrían señalarse imprecisiones e insuficiencia en los datos históricos utilizados; pero ello quizá no fuera justo, dado el poco interés del autor por lo histórico. Tampoco parece oportuno abrir aquí la cuestión de la importancia de la Historia para la comparación jurídica.