

JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN

LA JURISPRUDENCIA NO ES CIENCIA
EL CARÁCTER A-CIENTÍFICO DE LA LLAMADA CIENCIA DEL DERECHO



2015

INSTITUTO PACÍFICO

JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN

LA JURISPRUDENCIA NO ES CIENCIA

**EL CARÁCTER A-CIENTÍFICO DE LA LLAMADA
CIENCIA DEL DERECHO**



El presente texto recoge el texto original de la conferencia pronunciada en 1847 por **Julius Hermann von Kirchmann**, titulada **El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho** (*Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*). La traducción al español fue obra de Werner Goldschmidt y ha sido publicada en el volumen colectivo *La ciencia del Derecho* (Losada, Buenos Aires, 1949) y en el libro *Discusión sobre el carácter anti-científico del derecho* (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual), dirigido por José F. Palomino Manchego, donde se incluyen también estudios de Christian Courtis, Enrique Pedro Haba, Julius Hermann von Kirchmann, François Ost y Antonio-Enrique Pérez Luño (Grijley-Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, Lima, 1999).

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN: EL MENSAJE DE KIRCHMANN (Por José F. Palomino Manchego)..	9
I. Generalidades	9
II. ¿Es posible una enseñanza científica del Derecho?.....	11
III. Kirchmann y su época: el siglo XIX	14
IV. Reflexiones finales	
PRÓLOGO	19
LA JURISPRUDENCIA NO ES CIENCIA: EL CARÁCTER A-CIENTÍFICO DE LA LLAMADA CIENCIA DEL DERECHO	20

INTRODUCCIÓN

EL MENSAJE DE KIRCHMANN

(Por José F. Palomino Manchego)

I. Generalidades

Bien se puede afirmar de entrada que el tema de la Ciencia del Derecho (por razones de comodidad en adelante se utilizará ambos vocablos con mayúscula) adquiere cada día mayor atención por parte de sus cultores, a saber, los jurisfilósofos, quienes, como es natural, asumen una postura personal, y casi siempre discutible, pero al fin y al cabo respetable. Más enseguida, en el terreno académico, especialmente a nivel de Facultades de Derecho, la formación de los futuros hombres de leyes requiere de manera imprescindible el estudio del tema en cuestión. Pensando desde esa perspectiva –con el permanente recuerdo de un anhelado proyecto bosquejado en su día en el viejo claustro de San Marcos, siendo estudiante de Derecho– coordinamos con los colegas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima para llevar adelante el *Primer encuentro de profesores de ‘Introducción al Derecho’*, el mismo que se programó el día 21 de noviembre de 1991.

Y como era de esperar, el tema central giró en torno a la Ciencia del Derecho, teniendo como punto de partida la famosa conferencia pronunciada en 1847 por Kirchmann ante la Sociedad Jurídica de Berlín, rotulada: *El carácter a-científico de la Ciencia del Derecho (Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft)*. Su contenido es, por lo demás, harto citado por terceras fuentes, pero poco o casi nada leído, en especial por no tenerse a disposición el texto completo –me refiero a la versión en castellano–, constituyendo su adquisición un privilegio de los exquisitos.

A la luz de lo que venimos diciendo, recuerdo –al cabo casi de dos lustros– que los profesores Pedro Gamio Aita, Víctor García Toma y Humberto

Ponce Alberti, siempre solícitos al llamado que les formulé, defendieron en el encuentro de profesores con criterio alturado y conocimiento de causa su posición sobre el saber científico del Derecho, tema eterno por añadidura, desde luego teniendo como telón de fondo el discurso polémico de von Kirchmann. En realidad, la idea rectora era que todo el material puesto sobre la mesa se publique oportunamente en forma de libro, con el título genérico de *La Ciencia del Derecho*, para lo cual contábamos con el apoyo del entonces Director del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho, Carlos Fernández Sessarego, iusfilósofo y civilista de fuste, catalogado como pionero del Tridimensionalismo Jurídico (*concreto y específico*, como él suele sostener)¹ Empero, motivos que escapan a nuestra voluntad impidieron que se cristalizara tal empresa.

No obstante ello, recurrimos a nuestros amigos del extranjero para que nos proporcionen su colaboración, y pensamos en el profesor uruguayo que radica en Costa Rica, Enrique Pedro Haba, a quien había tratado en agosto de 1987, en San José, con ocasión de una beca que me fue concedida por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, para asistir al *V Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*. Sin pensarlo dos veces, Haba nos remitió su estudio: *Kirchmann sabía menos... ¡Pero vio mejor!*, y otro más de François Ost, actualmente codirector del Académie Européenne de Théorie du Droit, titulado *Ciencia del Derecho*, que vieron la luz por primera vez en la Revista *Ius et Praxis* (N^o. 21-22, Lima, 1993), pensando acaso en no perder la oportunidad de darlos a conocer a nuestra comunidad académica, y que no se queden inéditos, como ha sucedido en otras oportunidades. A ellos hemos agregado ahora, siempre correlacionados –sugerencia hecha por Enrique Pedro Haba– conforme es de verse en la versión final del libro, los siguientes estudios: *Delimitación conceptual del Derecho* de Antonio-Enrique Pérez Luño. De Enrique P. Haba: *Los paradigmas científicos en la Teoría del Derecho contemporánea* y *Racionalidad e irracionalidad en el Derecho* que representa a la denominada teoría crítica del Derecho. Se añade también el ensayo breve y claro de Christian Courtis: *Estrategia de nuestra araña. Una visión crítica del Derecho y del rol del abogado desde perspectivas contemporáneas*, y el capital –nervio de corte antiguo– panfleto de Kirchmann: *El*

1 En el año 2000 se cumplieron cincuenta años de la aparición de la tesis universitaria de Carlos Fernández Sessarego, *Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho* (UNMSM, Lima, 1950), publicada parcialmente con el título de *El Derecho como libertad* (dos ediciones, coordinada por David Sobrevilla Alcázar y Domingo García Belaunde: 1987 y 1994).

*carácter a-científico de la Ciencia del Derecho*², cuya traducción directa del alemán la realizó Werner Goldschmidt³.

El presente colectivo denota conjunción y armonía debido a la beneficencia de Enrique Pedro Haba, y está orientado, en lo fundamental, a hacer ver lo *a-científico* en el Derecho. El lector observará que con el título *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho* no se trata de repetir simplemente el aporte del propio Kirchmann; algo más, el contenido del libro excede en mucho la sola tesis de Kirchmann. Es decir, aborda toda una discusión sobre el tema, y no la mera afirmación de una tesis negativa al respecto; como también refleja la gran variedad de posiciones que son tomadas en consideración por los trabajos reunidos, y cuyas tesis Kirchmann no se las pudo imaginar. Resulta exacto pensar que pocas veces se han reunido en un libro colectivo trabajos que encaran la científicidad del Derecho. En suma, el título genérico de la presente obra es provocador. El lector sabrá juzgarlo.

II. ¿Es posible una enseñanza científica del Derecho?

Esta interrogante se planteaba el Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Manuel Atienza, en un interesante artículo⁴ inquiriendo, además, la falta de conciencia de la necesidad de un cambio y en el hecho de que un cambio en la enseñanza del Derecho (un auténtico cambio) no podría consistir simplemente en la introducción de nuevos métodos y técnicas

2 Dejamos estampado nuestro vivo agradecimiento a Germán J. Bidart Campos, antiguo discípulo de Werner Goldschmidt († 21.VII. 1987), por habernos permitido contactar con la esposa Dolores de Goldschmidt, quien desde Buenos Aires nos autorizó –con fines estrictamente académicos– mediante carta de fecha 5 de febrero de 1994 publicar la traducción atendida cuidadosamente por el afamado representante del *Trialismo Jurídico*.

3 El artículo apareció en el volumen colectivo *La Ciencia del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1949, pp. 247-286, que incluye además los trabajos de Savigny, Zitelmann y Kantorowicz. Antecede un Prólogo de Lorenzo Carnelli. Hay otra traducción y Estudio preliminar de Antonio Truyol Serra, 3ra. edición, con el siguiente título: *La jurisprudencia no es ciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983. La primera edición que se publicó en España, también por coincidencia, data de 1949. Además, hemos consultado la edición italiana traducida del alemán por Paolo Frezza, incluyendo un trabajo de Erik Wolf, con el siguiente título: *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Giuffrè-Editore, Milano, 1964, antecede una *Introduzione* de Giacomo Perticone. El ensayo de Kirchmann ha sido traducido con el siguiente título: *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*. La versión española que existe del estudio de Wolf lleva el siguiente título: *El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho*, traducción del alemán de Eduardo A. Vásquez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

4 Cfr. *¿Es posible una enseñanza científica del Derecho?*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Nueva época, N9 52, Madrid, 1978, p. 109. En otra oportunidad, Atienza ha sostenido que no existe una única Ciencia del Derecho, sino una pluralidad de saberes que tienen como objeto de reflexión el Derecho: la Dogmática Jurídica, la Teoría General del Derecho, el Derecho Comparado, la Sociología del Derecho, la Filosofía del Derecho, aclarando que estos distintos saberes jurídicos tienen un estatus epistemológico distinto. Cfr. su libro *Introducción al Derecho*, Editorial Barcanova, S.A., Barcelona, 1985, p. 274. Antecede Prólogo de Elías Díaz.

de enseñanza, sino que habría que plantearse también, y quizá con carácter preliminar, la cuestión de *qué es lo que se enseña, a quién y para qué*.

Como se observa, la respuesta no es fácil de responder. Y a mayor abundamiento, cuando detectamos que la palabra ‘ciencia’ -punto de partida para nuestra investigación- resulta ser ambigua, y que tiene además una carga emotiva favorable. No obstante ello, tomaremos como marco de referencia, con fines operativos, que la ciencia es entendida como un conocimiento de hechos ^{4 bis}.

Amoldada esta idea en el marco jurídico, diremos que la Ciencia del Derecho es una forma de conocimiento del Derecho, una forma de conocimiento positivo, más no abstracto, de la realidad social según normas o reglas objetivadas en el transcurso del proceso histórico^{4 ter}

Ahora bien, observamos en derredor nuestro que las Facultades de Derecho vienen reestructurando sus planes de estudios debido al nacimiento de nuevas disciplinas jurídicas (entiéndase las disciplinas que integran tradicionalmente las ramas del Derecho Público y del Derecho Privado). Sin embargo, en más de una oportunidad y sin realizar un estudio previo, olvidándose de la tradición, ciertas Facultades *manu militari* han retirado del plan curricular cursos de capital importancia. ¿Por qué? ¿Se puede pensar en la crisis que asuela a toda la Ciencia del Derecho, en cuyo contexto se desenvuelven las disciplinas jurídicas? ¿Hay “especialistas” que llevan agua para su molino, olvidándose que otras materias también son de utilidad para el futuro hombre de leyes? ¿O es que acaso el proceso de enseñanza-aprendizaje no cumple el mensaje que se ha propuesto? A decir verdad, digámoslo de paso, las clases constituyen el lugar más propicio para *verificar* o *falsear* las reflexiones que expresa un profesor. Allí radica su misión pedagógica.

Sin género de dudas, la Ciencia del Derecho (o Jurídica), la Dogmática Jurídica, es el punto central, como también es la Filosofía del Derecho, de todas estas interrogantes. Cada día se acentúa la idea de que el Derecho, más

^{4 bis}Tal es el parecer, por ejemplo, de Gregorio Klimovsky (expuesto en su libro: *Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*, 3ra. edición, A-Z editora, Buenos Aires, 1997, p. 25) cuya lectura nos ha resultado de sumo provecho. Desde la óptica jurídica, véase el excelente libro de Carlos Santiago Niño (†1993): *Introducción al análisis del Derecho*, 2da. edición ampliada y revisada, Editorial Astrea, S.A., Buenos Aires, 1980, pp. 318-320; y cuyos modelos posibles de Ciencia del Derecho que ofrece, de Hans Kelsen, Alf Ross, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin arrojan luz esclarecedora (pp. 315 y ss.)

^{4 ter}Vid. Miguel Reale: *Introducción al Derecho*, 2da. edición corregida y aumentada, traducción del portugués y adaptación de Jaime Brufau Prats, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1977, p. 32.

que teórico, es ejercicio práctico, olvidándose -craso error- los supuestos, los cimientos que lo integran, es decir, el tratamiento y el fundamento científico. En este sentido, su contenido provoca un descrédito.

Es oportuno mencionar como ejemplo la postura que asume Fernández Segado, sobre la base del método científico, para poder fundamentar el Derecho Constitucional. Concibe Fernández Segado su tesis sosteniendo que Kirchmann constatará la debilidad de las bases sobre las que asienta el conocimiento jurídico, circunscrito a comentarios y exégesis que se ocupan de los equívocos y contradicciones de las leyes positivas⁵.

De este modo, se colige que el científico del Derecho construye su tema a partir de un Derecho pre científico que no es otro que aquel que se le presenta al hombre en su vida cotidiana, o al mismo científico en cuanto hombre si pertenece a la comunidad cuyo Derecho investiga⁶.

Es menester indicar que la *vexata questio* que se discute desde la antigüedad sobre la expresión 'Ciencia del Derecho', sigue en boga. Así el término 'Ciencia Jurídica' o 'Ciencia del Derecho', ha sido utilizado a lo largo de la historia con una multiplicidad de significados. La mayoría de las teorías jurídicas ha intentado presentarse como la *auténtica Ciencia Jurídica*. Sin embargo, los epistemólogos e incluso algunos juristas han puesto siempre en cuestión no sólo su progreso, sino también su justificación⁷.

5 Cfr. Francisco Fernández Segado: *Aproximación a la Ciencia del Derecho Constitucional. Su concepto, bidimensionalidad, vertiente valorativa, contenido y método*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, p. 248. Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde.

6 Cfr. Ambrosio Gioja: *Algunas ideas para una teoría sobre la construcción jurídica*, en su libro *Ideas para una filosofía del Derecho*, T. I, editado por Sucesión de Ambrosio L. Gioja, Buenos Aires, 1963, p. 69. Dice Gioja que se llama Derecho precientífico a todas aquellas valoraciones sobre actos coercitivos aceptadas por un grupo humano, tal como se han dado en la vida cotidiana del mismo, antes de todo enfoque científico (p. 70). Mas de pronto, en ese ángulo de visión, Alvaro d'Ors (*Nueva introducción al estudio del Derecho*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 1999, pp. 18-19) sostiene la tesis de que la Ciencia del Derecho no es una ciencia "social". Todo lo humano, agrega d'Ors, es social por naturaleza, ya que el hombre no es concebible si no es en relación con otros, pero el Derecho no estudia esa conexión natural, sino lo que la conciencia humana ha pensado, y queda escrito, sobre ciertos aspectos interpersonales. Como información complementaria, consúltese, Vittorio Frosini: *La estructura del Derecho*, traducción del italiano de Antonio-Enrique Pérez Luño y Ma. J. Magaldi Paternostro, W Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, antecede Estudio preliminar de Pérez Luño. Del mismo autor: *Teoremi e problemi di Scienza Giuridica*, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1971; sobre Kirchmann, p. 19; Giuseppe Capograssi: *Il problema della Scienza del Diritto*, nuova edizione riveduta a cura di Pietro Piovani, Giuffrè-Editore, Milano, 1962, sobre Kirchmann, pp. 30 ss. Por último, mencionemos el libro de Enrique Zuleta Puceiro: *Paradigma dogmático y Ciencia del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1981.

7 Véase, Albert Calsamiglia: *Sobre la Ciencia Jurídica*, Anuario de Derechos Humanos (Número especial en homenaje a Joaquín Ruiz-Giménez), N° 4, Madrid, 1986-1987, p. 232. Los postulados de la Ciencia del Derecho como actividad científica ha dado nacimiento a una respetable producción bibliográfica. Al respecto la bibliografía es amplísima, por lo que nos remitiremos a los siguientes trabajos: Domingo García Belaunde: *La Ciencia del Derecho y la Filosofía del Derecho*, en AA.W.

III. Kirchmann y su época: el siglo XIX

Algunos autores reconocen con absoluta razón que las observaciones de Kirchmann conservan –no quepa duda alguna– una notable frescura, al punto que admiten por regla general una sugerente versión moderna⁸. Mientras que otros destacan el mérito indiscutible de Kirchmann, al haber negado el valor científico de la Jurisprudencia (entiéndase Derecho) y aparecerse como el fantasma que asustó a los cultivadores del Derecho⁹.

De otro lado, ¿cuál era la situación del pensamiento jurídico al mediar el siglo XIX? ¿Bajo qué prisma se hallaba el pensamiento de Kirchmann? Recordemos que en el terreno germánico la Escuela Histórica del Derecho tenía amplio dominio, mientras que en Francia se desarrollaba la Escuela de Exégesis, y en Inglaterra hallábase en boga *la Analytical School for Jurisprudence*. Y como si fuera poco, las diversas ideologías empiezan a tomar cuerpo en la Europa del XIX.

Al respecto, plantea Wieacker que el nacimiento de la ciencia del *Corpus iuris*, es decir, de la Ciencia del Derecho por antonomasia, no es comprensible sin las condiciones previas que procuraron a la vez a Europa la predisposición a la acogida de los libros del Derecho justinianeo y su plena transformación mediante un nuevo modo de pensar [...] Esas fundamentaciones comunes del desarrollo precientífico del Derecho son el nacimiento de Europa a la caída del Imperio romano de occidente, la subsistencia de la fe cristiana y de la Iglesia romana y el nacimiento de nuevas unidades sociales, de las que procedieron, a consecuencia de los movimientos migratorios, las culturas populares medievales¹⁰.

Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1988, pp. 205-213; del mismo autor: *Conocimiento y Derecho* (Apuntes para una Filosofía del Derecho), Fondo Editorial de la P.U.C., Lima, 1982, que incluye al final una bibliografía especializada. Entre los autores extranjeros debe recordarse a Julio Luis Moreno: Los supuestos filosóficos de la Ciencia Jurídica, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1963. También, Martín Laclau: *Las bases filosóficas de la Ciencia Jurídica*, Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 13, Buenos Aires, 1993, pp. 9-27, número dedicado a la Ciencia del Derecho ante el pensamiento filosófico actual. Son de utilidad las lecturas de Agostino Carrino: *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1987, con bibliografía especializada, pp. 139-155; y de Pier Luigi Zampetti: *Metafisica e scienza del Diritto nel Kelsen*, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1956.

8 Cfr. Esteban Imaz: *La actualidad del alegato del Fiscal von Kirchmann*, La Ley, t. 65, Enero-Marzo, Buenos Aires, 1952, p. 798.

9 Tal es el caso de Enrique Flores Valeriano: *Refutación de la tesis de Kirchmann*, Revista de la Facultad de Derecho, Año I, N° 2, Tegucigalpa-Honduras, 1961, p. 227.

10 Cfr. Franz Wieacker: *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, traducción del alemán por Francisco Fernández Jardón, Aguilar, S.A. de Ediciones, Madrid, 1957, p. 10. Sobre la mentada y lapidaria frase de Kirchmann: "Tres palabras rectificatorias del legislador...", Wieacker estima que esta

En la década de los cincuenta José Luis Estévez afirmaba que a pesar del tiempo transcurrido desde entonces, los defensores de la concepción del Derecho como Arte, no han encontrado ningún argumento más sólido, ni tampoco los que insisten en el valor científico de la Jurisprudencia han justificado su criterio a satisfacción de cualquiera. En general, los juristas, siempre reacios a doblarse por completo a la Lógica, no han tratado el problema de la científicidad del Derecho dentro de los cánones en que hay que situarse para resolverlo. Los tratadistas de nuestros días –añade Estévez– olvidan, por ejemplo, que la Epistemología se ha constituido como Ciencia autónoma y que es absurdo, por ende, afrontar un problema epistemológico a espaldas de los resultados obtenidos por la investigación en este terreno¹¹.

IV. Reflexiones finales¹²

A todo lo que dejamos dicho debe agregarse finalmente que el legado impercedero de Kirchmann continuará siendo, entrando al tercer milenio, comentario de viva actualidad, acaso también hasta paradigmático.

El debate fructífero que se aprecia, verdadero contenido argumental de cada uno de los autores en el presente libro, debe servir para poner en alerta al jurista, más en concreto al hombre de Derecho, cuyo campo de acción es precisamente el mundo jurídico, manifestación y producto de la cultura que debemos encauzar por la senda del bien y de la seguridad jurídica.

Teniendo como norte la problematicidad del Derecho, el famoso y discutido panfleto de Kirchmann sale una vez más de los anaqueles, de donde seguramente muchas obras o tratados quisieran salir a flote –¡qué ironía!–, pero su contenido no se lo permite. Suerte la de Kirchmann. El haber puesto con

breve conclusión de una presunta sana razón sólo se hace posible y se convierte en una admonición seriamente amenazadora, cuando el pensamiento jurídico pierde su autoridad (p. 366). Sobre la evolución de la Ciencia del Derecho, en especial el desarrollo de su génesis en la antigua Roma, vid. Rolando Tamayo y Salmorán: *La Ciencia del Derecho y la formación del ideal político*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1989; y Carlo Augusto Cannatta: *Historia de la Ciencia Jurídica europea*, traducción del francés de Laura Gutiérrez-Masson, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1996.

11 Cfr. *Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia Jurídica*, Secretariado de Publicaciones, Intercambio Científico y Extensión Universitaria, Santiago de Compostela, 1954, pp. 11-12. Al cabo de unos años Estévez ha vuelto a ocuparse del tema: “La Ciencia del Derecho ante la crisis de las formas políticas”, en su libro *Nueva versión sobre el Derecho y otros estudios*, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1977, pp. 201-225.

12 Cúmpleme reconocer mi aprecio y gratitud a Manuel Segura Ortega, del Área de Filosofía del Derecho, y a Carlos Ruiz Miguel y Joaquín Brage Camazano, del Área de Derecho Constitucional, de la Universidad de Santiago de Compostela, por las conversaciones y el intercambio de ideas que tuvimos sobre la Ciencia del Derecho, durante mi estancia en la vieja Universidad compostelana en estos cuatro últimos años. Les doy, pues, mi rendido agradecimiento a cada uno de ellos.

su discurso en guardia a los juristas y filósofos es el factor decisivo y el secreto para que prosiga, y proseguirá, en pie su forma de pensar. En suma, Kirchmann sigue siendo atraído por el canto de la sirena jurídica (*de iure*). Generación tras generación seguirá leyendo y releendo las mordaces objeciones, del texto sin par, de Kirchmann, que ha calado muy hondo en el pensamiento jurídico.

En aras de una mejor comprensión, ¿qué actitud debemos asumir? Desde nuestra concepción estrictamente personal, entendemos que hasta ahora en pleno apogeo de la globalización, no se ha podido cruzar la línea divisoria entre el conocimiento iusfilosófico y la Ciencia del Derecho. Simplemente porque no hay una respuesta acabada a la interrogante: ¿El Derecho es una ciencia? En consecuencia, el *status quaestionis* sigue preso en las mallas del mundo jurídico.

Para terminar estas consideraciones, añadamos la siguiente interrogante: ¿qué debe saber un jurista para cumplir con las funciones que la sociedad le demanda? González Amuchástegui ha intentado dar la respuesta de la siguiente manera: debe conocer bien el Derecho Positivo de su país, saber interpretarlo y aplicarlo; debe saber criticar el Derecho Positivo y debe saber hacer leyes¹³.

Bien ha escrito Theodor Sternberg refiriéndose a Kirchmann que, adelantándose a la época que escribió, y siendo incomprendido en la época subsiguiente, opinaba que el hecho de elevar a ley la Ciencia significaba la ruina del Derecho y de la Ciencia del Derecho¹⁴.

Desde que en 1847 von Kirchmann puso en entredicho el valor de la jurisprudencia como ciencia, éste ha sido uno de los temas que más polémica ha desatado en el ámbito de la literatura jurídica. El enjuiciamiento negativo de la Ciencia del Derecho ha venido exigido por una especial concepción acerca de las características propias del conocimiento científico¹⁵.

13 Jesús González Amuchástegui: *La crisis de la dogmática jurídica y las nuevas perspectivas que esta crisis va a abrir en el campo de la Ciencia Jurídica*, en José F. Palomino Manchego y Ricardo Velásquez Ramírez (Coordinadores), *Modernas tendencias del Derecho en América Latina*, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 1997, pp. 135-136.

14 En su libro *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 2da. edición, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1940, p. 171. De Sternberg no he podido consultar su trabajo, también citado por los que se han ocupado del tema: *J. H. von Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft*, Berlín y Leipzig, 1908.

15 Vid. Francesca Puigpelat Martí: "Sobre la Ciencia del Derecho y el discurso racional", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, tomo III, Madrid, 1986, p. 232.

Demostremosle pues al fiscal berlinés todo lo contrario, reafirmando nuestro compromiso con la Ciencia del Derecho, dándole un nuevo enfoque a efectos de refutar su sentir pesimista. Para lo cual, hemos de procurar ganar crédito como hombres de Derecho con el propósito de combatir el dogmatismo y el legalismo, conforme concretan las últimas tendencias doctrinales¹⁶.

Lima, 20 de diciembre de 1999.

¹⁶ Entre otros, Imer B. Flores: *El porvenir de la Ciencia Jurídica. Reflexión sobre la Ciencia y el Derecho*, en AA. W., *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 1998, p. 1027; y Valentín Petev: *Metodología y Ciencia Jurídica en el umbral del Siglo XXI*, traducción del alemán e Introducción de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996. Carl Schmitt († 1985), guiado por el descubrimiento de la decisión, ha escrito lo siguiente: "Todo jurista que adopta en su trabajo consciente o inconsciente, un concepto del Derecho, lo concibe bien como regla, bien como decisión o bien como un orden o configuración concretos". Cfr. *Sobre los tres modos de pensar la Ciencia Jurídica*, Estudio Preliminar, traducción del alemán y notas de Montserrat Herrero, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1996, p. 5. El texto original data de 1934.

PRÓLOGO

El deseo de varias personas conocidas es la primera razón por la que publico las siguientes páginas. Además, me inclina a ello la consideración de que dicha publicación constituye el mejor medio para evitar malentendidos y desinterpretaciones inevitables, cuando en una conferencia se exponen pensamientos musitados.

¡Que el lector perdone la forma oratoria de la expresión! Un discurso oral y dictado, en gran parte, sin base escrita la hace imprescindible e inevitable.

Berlín, 1848.

LA JURISPRUDENCIA NO ES CIENCIA EL CARÁCTER A-CIENTÍFICO DE LA LLAMADA CIENCIA DEL DERECHO

El tema de mi actual conferencia provoca fácilmente la sospecha de que sólo lo paradójico de la tesis me haya interesado sin que me hubiese preocupado la verdad profunda de la realidad.

Tengo que refutar tal suposición. Tamaña empresa puede tener su recompensa y puede inclusive divertir, si el orador posee la necesaria habilidad. Yo, desde luego tenía que renunciar a tal tratamiento de mi tema por el debido respeto que me merece el carácter de la sociedad y la seriedad de sus miembros.

Afirmo, por ello, de antemano, que todo lo que me permito exponerles es mi firme convicción; y que la verdad fue al menos mi meta, aunque no la hubiese alcanzado.

El tema, establecido por mí, padece de una ambigüedad. El carácter científico de la jurisprudencia como ciencia puede significar, por un lado, “que la jurisprudencia, si bien constituye una ciencia, carece de aquella influencia en la realidad y la vida de los pueblos que cualquier ciencia posee y debe tener”; por el otro lado, mi tema puede mentar “que la jurisprudencia carece de valor como ciencia teórica, que no constituye una ciencia con arreglo al auténtico concepto de la misma”.

No rechazo esta ambigüedad, aunque se introdujo en mi tema de contrabando. Ambos sentidos del tema contienen lo que yo deseo exponerles.

Es cierto que semejantes afirmaciones son inusitadas. Todavía siguen en pie la santidad y la grandeza de la jurisprudencia incólumes y generalmente reconocidas. No obstante, inclusive la experiencia diaria abarca algunas obser-

vaciones susceptibles de originar dudas y objeciones contra aquel axioma. ¿A quién de los juristas prácticos no sobreviene algunas veces el sentimiento evidente del vacío y de la insuficiencia de su ocupación? ¿Qué otra clase de literatura posee, al lado de obras buenas, un semejante cúmulo de libros carentes de espíritu y de gusto, como lo posee la literatura jurídica? La Santa Justicia es aún hoy día en el pueblo objeto de burla. Inclusive el hombre culto, aunque defendiese la justa causa, teme a entregarse en sus manos.

En vano intenta orientarse entre sus formas y procedimientos. ¡Qué cantidad de leyes y, no obstante, cuántas lagunas! ¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, qué lentitud de la justicia! ¡Qué cuantioso empleo de estudios y erudición y, no obstante, qué incertidumbre en teoría y práctica! ¡Un Estado que proclama como su suprema misión la realización del Derecho y que, no obstante, se hace pagar cada aplicación del mismo en dinero contante y sonante!

La fuerza embrutecedora de la costumbre consigue que inclusive la mejor parte de los juristas pase con indiferencia por semejantes fenómenos; y si el hombre profano se atreve a abrir la boca, los juristas le acallan advirtiéndole con condescendencia que no entiende nada del asunto. Pero lo mencionados fenómenos son demasiado constantes para no poder ser considerados como síntoma seguro de que hay mar de fondo; a la par son tan significativos que un ensayo de investigar las razones más profundas de dichos fenómenos puede contar con cierto interés de parte de los estimados asistentes.

La jurisprudencia, como cualquier otra ciencia, se ocupa de un objeto que existe libre e independientemente, sin preocuparse de si la ciencia existe, si le entiende o si no le comprende. Este objeto es el Derecho conforme vive en el pueblo y se realiza en el círculo de cada cual: se podría hablar de Derecho natural. La misma relación existe en todas las demás ciencias. La naturaleza es el objeto de las ciencias naturales: la flor florece, el animal vive sin tener en consideración de si la fisiología conoce o desconoce su esencia y sus fuerzas. El alma es de este modo objeto de la psicología; el espíritu en su actividad sencilla del pensar es así objeto de la lógica. Los hombres sentían y pensaban de idéntica manera antes como después de la elaboración de estas ciencias. Tampoco la matemática se ocupa de objetos creados por ella misma. Si bien es cierto que las relaciones del espacio y de los números son abstractas, siempre han sido abstraídas de la realidad: el teorema pitagórico existía ya en su verdad antes de que Pitágoras lo descu-

briera. Inclusive la filosofía tiene por objeto algo real, absoluto y eterno, que la ciencia debe comprender.

La filosofía moderna ha intentado suprimir esta diferencia entre objeto y ciencia. No obstante, podemos en este lugar prescindir de tal ensayo. En efecto, la presunta identidad del ser y saber fue colocada, inclusive por aquellos grandes pensadores, sólo a la cabeza de sus sistemas. En sus posteriores desenvolvimientos vuelve aquella oposición a aparecer. Es cierto que no se habla de ellos de la naturaleza como tal “naturaleza”, sino como “idea en la forma de la enajenación y exteriorización”; pero no lo es menos que con ello no se suprime dicha oposición sino que se la traslada sencillamente del sustantivo al adjetivo.

El objeto de la jurisprudencia es, por tanto, el Derecho, y, más concretamente, las instituciones abundantes del matrimonio, de la familia, de la propiedad, de los contratos, de la herencia, las diferencia entre los estamentos, la relación del Gobierno con el pueblo y de las naciones entre sí. La sustantividad del Derecho respecto a la ciencia jurídica implica una idea de suma importancia. Varias veces se ha intentado ponerla en duda o limitarla. Pero consideraciones sencillas son suficientes para demostrar su indudable acierto. Un pueblo puede vivir muy bien sin ciencia jurídica, pero nunca sin Derecho. Es más: el Derecho debe haber alcanzado ya un desenvolvimiento bastante alto, para que sea posible pensar en una ciencia jurídica e iniciarla. La historia nos evidencia lo dicho. En Grecia había progresado ya la vida pública y familiar de modo importante, y, no obstante, la ciencia jurídica había apenas comenzado a actuar. Encontramos análoga situación en Roma hasta la caída de la República, y entre los pueblos germánicos y románicos en la Edad Media hasta la época de los glosadores.

Tal vez surjan dudas respecto a una diferencia que reviste el Derecho en comparación con los objetos de otras ciencias: nos referimos al saber que es inherente al Derecho inclusive como objeto de la ciencia.

Esta diferencia existe realmente. Un pueblo tiene un saber de su Derecho, inclusive sin ciencia jurídica. Pero tal saber no es ciencia, sino que descansa en las regiones oscuras del sentimiento y del tacto natural. Dicho saber constituye sólo un saber del Derecho en el caso concreto. Es cierto que también posee principios abstractos en los adagios jurídicos; pero no lo es menos que tales brocados, lejos de revestir sentido científico, algunas ve-

ces se aplican y otras no se aplican. Lo decisivo es la particularidad del caso dado y no aquel refrán.

La filología nos brinda otro ejemplo de lo expuesto. También el objeto fisiológico implica un saber: el particular conoce, al hablar, los casos y tiempos y los aplica acertadamente; y, no obstante, conoce muchas veces la gramática, la ciencia del lenguaje, apenas de nombre.

La misión de la jurisprudencia es, por ende, la misma que la de todas las demás ciencias. Debe comprender su objeto, hallar sus leyes, desarrollar a este fin los conceptos, darse cuenta del parentesco y de la conexión de las diversas instituciones y, por fin, exponer sus conocimientos en un sistema sencillo. Mi tema se reduce, por consiguiente, al siguiente interrogante: ¿Cómo ha resuelto la jurisprudencia su tarea? ¿Cómo lo ha hecho en comparación con las demás ciencias? ¿Les lleva la jurisprudencia ventaja o se queda atrás?

Se podría creer que el mencionado saber, inherente a su objeto mismo, constituiría para la jurisprudencia una gran ventaja respecto a las demás ciencias. La historia, no obstante, nos enseña lo contrario. Cuando en Grecia todas las ciencias habían hecho ya grandes progresos, la jurisprudencia sola, excepto el Derecho Público, no había ni siquiera empezado su actividad. Los juristas romanos del Imperio recuperaron el tiempo perdido en lo que atañe al Derecho Criminal y Derecho Privado, y por sus esfuerzos logró en aquella época la ciencia jurídica ventaja respecto a las demás. En la Edad Media en que los autores podían apoyarse sobre aquellos estudios se mantenía largo tiempo esta relación, pero a partir del período de Bacon se lleva a cabo un cambio completo. Ahora se aceptaba por todas las ciencias el principio de la observación, del sometimiento de la especulación a la experiencia, al que en el fondo también la jurisprudencia de los clásicos romanos debe su excelencia. Los resultados de este nuevo método rayaban pronto en lo milagroso. Descubrimientos seguían a descubrimientos. Si antes cada siglo derribaba lo que el anterior estimaba comprobado por especulaciones fantásticas por otras de no mejor clase, ahora se había conquistado terreno firme: los trabajos y descubrimientos de un siglo quedaban también en los siguientes la base firme, sobre la que se construía el edificio, que ya ahora ha alcanzado alturas tan asombrosas. La jurisprudencia, en cambio, no ha hecho progresos al menos desde los tiempos de Bacon. Sus reglas y sus conceptos no han mejorado desde entonces, adquiriendo más nítidos contornos. Las controversias no han disminuido sino que han aumentado;

inclusive donde la investigación más laboriosa creía haber logrado un resultado seguro e inquebrantable, vuelve la lucha a empezar apenas que haya transcurrido una década. Los trabajos de un Cujatius, Donellus, Hottomann y Duaren se consideran aún hoy día como obras modelo y no podemos ofrecer estudios mejores, conforme lo reconocen inclusive las lumbreras de nuestra ciencia.

Con estas consideraciones extrínsecas, no obstante, no quiero dar el problema por terminado y la tarea por resuelta. Una prueba directa de mi tema exigiría que estatuyera una definición de la ciencia en general y que la pusiera en parangón con los trabajos de la jurisprudencia. Pero tal método tendría ya de por sí sus grandes dificultades y sería, además, dado el tiempo limitado de mi conferencia, completamente irrealizable. Además, el resultado sería solo superficial dejando ignoradas las causas intrínsecas de la diferencia. Intentaré por tanto otro camino. En efecto, si mi afirmación acerca del carácter acientífico de la jurisprudencia como ciencia es verdadera, se deduce de ella que la culpa no puede recaer sobre las personas o sea los cultivadores de la ciencia. Si bien es cierto que durante ciertas épocas el retroceso de una ciencia ha sido la culpa de sus cultivadores y estudiosos, también lo es que tal situación no puede darse respecto a los millares de años que existe una ciencia entera: ello estaría en contradicción con la naturaleza del espíritu humano, siempre igualmente vigoroso cualquiera que sea su objeto. Supuesto, por tanto, que la jurisprudencia fuese realmente a la zaga de las demás ciencias, la causa debe radicar en su mismo objeto, en fuerzas impeditivas secretas inherentes al objeto, que obstaculicen en esta región los esfuerzos del espíritu humano. El mejor camino para la indagación de mi tema será por tanto el de empezar con una comparación del objeto de la jurisprudencia con los objetos de otras materias. Esta materia de tratar el tema ofrece, caso que se logre, la doble ventaja de crear la demostración del tema y de hacer comprensibles las causas de la misma.

Si ahora aplicamos este método comparativo, se nos ofrecen varias determinaciones distintivas que, peculiares del Derecho, no se hallan en los objetos de otras ciencias.

La primera particularidad que destaca, es la mutabilidad del Derecho natural como objeto de la jurisprudencia. El sol, la luna y las estrellas brillan hoy como desde hace millares de años. La rosa florece aún hoy día igual que en el paraíso. Pero el Derecho ha cambiado. El matrimonio, la familia, el Estado y la propiedad han atravesado las formas más múltiples. El nombre más co-

nocido para esta mudabilidad de la materia es el desenvolvimiento progresivo de las diferentes instituciones del Derecho. Se suele aducir este progreso como ventaja, elevándose inclusive este movimiento, con prescindencia de su contenido y dirección, a su verdadera esencia. Tales afirmaciones son, al menos extrañas. No cabe duda que la humanidad tenía ventajas indecibles por verse dotada desde el principio del mejor organismo posible. ¿Por qué no habría sido también mucho más feliz, si se la hubiesen adjudicado en el acto las instituciones jurídicas que hubiesen sido las más excelentes para cada estado de su desarrollo? ¿Cómo puede ser una ventaja y dicha que los pueblos tuvieran que luchar durante siglos con fatiga y dolores para obtener los bienes ansiados? Pero no nos ocupemos de estas objeciones. Bástenos que existe progreso, sea la misma ventaja o defecto. El problema consiste en conocer los efectos de esta mutabilidad del objeto sobre la ciencia. La contestación a esta pregunta no puede ser dudosa. El efecto ha de ser muy perjudicial. Pertenece a la misma naturaleza de toda ciencia que su verdad puede madurar sólo lentamente. La ciencia tiene que atravesar errores de toda clase. Sus leyes no son sino el resultado de esfuerzos seculares comunes de sus cultivadores. Para las demás ciencias este ir con pies de plomo no es nocivo. La tierra gira todavía hoy día en torno del sol como hace mil años. Los árboles crecen y los animales viven como en tiempos de Plinio. Aunque por tanto se han descubierto las leyes de su naturaleza y de sus fuerzas después de largos y fatigosos trabajos, las mismas son hoy tan verdaderas como en tiempos antiguos y seguirán verdaderas para todo lo porvenir. La situación en la ciencia jurídica es diferente. Si ésta encuentra, por último, después de esfuerzos de muchos largos años el auténtico concepto, la verdadera ley de una de sus instituciones, el objeto entretanto ya ha cambiado: la ciencia llega siempre tarde dado el progresivo desenvolvimiento. Nunca pueda ella captar lo presente. La ciencia jurídica se asemeja al caminante en el desierto. Delante de sí tiene cármenes florecientes, lagos con movido oleaje; pero a pesar de que camino todo el día, todos ellos se hallan por la noche aún tan distantes de él como por la mañana. Desde los tiempos de Goethe muchas tentativas de mejora se han llevado a cabo. Sin embargo, la burla del Mefistófeles en su *Fausto* es todavía acertada, sobre todo para el Derecho Público. No se comprendió al Estado griego sino después de su decadencia. La ciencia de los severos *Instituta* del Derecho Romano sólo se encontraba acabada, cuando el *Ius gentium* ya los había sustituido. No se dieron cuenta del espíritu y de las excelencias de la Constitución Imperial alemana sino después de que Napoleón había aniquilado sus últimas huellas. He aquí el primer mal fundamental del que nuestra ciencia padece y del cual emanan múltiples consecuencias que la obstaculizan.

La primera de ellas consiste en que la ciencia jurídica en general tiende a oponerse a todo progreso en el Derecho. Es demasiado cómodo quedarse en el antiguo edificio, bien instalado y bien conocido, en lugar de tener que abandonarlo año por año y haber de establecerse y de orientarse de nuevo. Y si la ciencia cede al progreso, mantiene, sin embargo, su inclinación predilecta de forzar las instituciones de la actualidad en las bien conocidas categorías de instituciones fenecidas. Ya los juristas romanos dan ejemplos de dicha tendencia.

Ejemplos en este sentido con sus *actiones útiles*, sus *quasi delicta*, *quasi-contractus*, "*quasi possessio*": en general, su adaptación de las instituciones libres de la época moderna al modelo del período antiguo severo.

Los juristas alemanes se comportaban aún peor. Forzaban el matrimonio alemán, la patria potestad, las servidumbres germánicas y las concepciones alemanas de los estamentos para enmarcarlos dentro de los conceptos del Derecho Romano, con los cuales apenas tienen más de común que el nombre. Y si el objeto ofrecía demasiada resistencia a este procedimiento, los juristas carecían en tal grado de una libre y científica concepción del mismo, que la añadían a los *Instituta* como *usus modernus*. Es cierto que ahora todo el mundo tacha el procedimiento de los juristas alemanes de defectuoso; pero una falta cometida durante siglos por todos debe tener su causa en una particularidad del objeto mismo.

Entre los juristas romanos se estatuye aún hoy día este mismo procedimiento como modelo. Este hecho causa asombro, puesto que en todas partes consiste el mejor método en enfocar cada nueva formación sin prejuicios de ningún género haciendo dimanar de ella misma nuevos conceptos y leyes. No toda institución jurídica que se ha producido después de otra, procede forzosamente de ella. El Derecho Privado en los primeros tiempos del Estado romano era evidentemente el producto de la peor despotía, que la nobleza y los sacerdotes ejercían sobre el pueblo: formas y fórmulas rígidas obstaculizaban el tráfico y la persecución del derecho; el pueblo ignoraba inclusive los días en que se le concedía ésta última. Todo el desenvolvimiento del Derecho Privado durante la época republicana e imperial no es sino la progresiva liberación del Derecho de estas cadenas. En contra de esta dirección conservaban los juristas romanos, con testaruda pedantería, las antiguas instituciones tiránicas, estableciéndolas como la forma principal de las instituciones del período posterior. He aquí la escisión que se encuentra

en todo el sistema del Derecho romano: aquella brusca oposición de formas rígidas y de libre movilidad, de rigor literal y de equidad independiente.

Este peligro, inherente al objeto mismo y amenazador para la ciencia la ha seducido con frecuencia hasta olvidar por completo la actualidad dedicándose al pasado y a abandonar el Derecho vigente al despreciado “artesano” de los prácticos. Es demasiado seductor cultivar un campo al que la gran masa no tiene acceso, donde el brillo de la erudición adquiere su máxima luminosidad y donde hay seguridad de que inclusive los resultados más absurdos no pueden ser puestos en evidencia por el sentido común. La Escuela Histórica nos brinda bastantes ejemplos. Las lumbreras de ella apenas han sabido escoger un camino intermedio.

De todas maneras arrastra la ciencia jurídica un enorme lastre consigo: el estudio del pasado, producido por la movilidad de su objeto. *Pero sólo la actualidad posee valor.* El pasado ha muerto y sirve únicamente en cuanto constituye un medio de comprender y dominar lo actual. Si la naturaleza del objeto requiriera el rodeo histórico, comparable a unas gafas empañadas, la ciencia debe resignarse; pero no se trata de una dicha. Cuánto mejor se encontraría la ciencia jurídica, si pudiese, cual las ciencias naturales, ponerse en contacto directo con su objeto. Este lastre de instituciones pasadas absorbe una gran cantidad de las mejores fuerzas. El mal es tanto mayor, cuanto las fuentes del Derecho pasado son tan escasas y defectuosas. Lo que la diligencia y las dotes adivinatorias de siglos han construido, puede derrumbarse hasta los mismos cimientos cualquier día por un antiguo pergamino recién encontrado. La filología únicamente nos ofrece un panorama semejante, puesto que también su objeto se desenvuelve progresivamente. Pero por el otro lado la filología lleva ventajas respecto a la jurisprudencia, ya que posee el pasado de su objeto en toda su riqueza y fácilmente asequible en antiguos documentos y libros.

Si se continúa la comparación, se descubre una nueva particularidad del objeto de la jurisprudencia en el hecho de que el Derecho no sólo consiste en el saber sino también en el sentir: la sede de su objeto no se halla sólo en la cabeza sino también en el pecho de los hombres. Los objetos de otras ciencias son libres de semejante aditamento. Si la luz constituye un movimiento ondulatorio del éter o el movimiento rectilíneo de corpúsculos finos; si la razón y el intelecto son una sola cosa o diferentes entes; si las ecuaciones del cuarto grado pueden o no ser resueltas directamente –todos estos problemas son muy interesantes, pero respecto a ninguno de ellos

existe un prejuicio sentimental. Una u otra contestación son igualmente bien recibidas: lo único que se exige es la verdad. Pensemos, en cambio, en el Derecho: ¡qué apasionamiento, cuántas pasiones, cuántos partidos se introducen de contrabando en la búsqueda de la verdad! Todas las cuestiones del Derecho Público están empapadas de ello. Constitución o ausencia de la misma, libertad o censura de prensa, sistema bicameral o un diverso régimen, emancipación de los judíos, conservación de la pena corporal o su abolición –el mero enunciado de estos problemas es suficiente para que el corazón de cada uno lata más de prisa. Lo mismo ocurre en el Derecho Privado. Piénsese en si el matrimonio entre judíos y cristianos debe ser admisible; qué causas de divorcio deben estatuirse; si se admite o no los mayorazgos, la redención del derecho de caza. En estos, como en casi todos los problemas jurídicos, ha contestado ya el sentimiento, antes de que principie la investigación científica.

No juzgamos acerca de esta particularidad del Derecho con carácter peyorativo; al contrario: tal vez consista en ella su supremo valor. Pero el problema de mi investigación es sólo si dicha particularidad facilita o dificulta la ciencia del Derecho. Y en este aspecto es evidente que lo que ocurre es lo último. El sentimiento nunca y en ninguna parte es un criterio de la verdad: es el producto de la educación, de la costumbre, de la actividad, del temperamento, en una palabra, del azar. Lo que en un pueblo indigna, se aplaude en otro. Para que por tanto la investigación de la verdad no se desviara, nos encontramos con su primer supuesto: que se libere de semejante precipitado compañero. Y no obstante, casi nadie es capaz de ello al llevar a cabo investigaciones jurídicas. Inclusive la voluntad más fuerte no puede sustraerse por completo de las poderosísimas influencias de la educación y de la costumbre. Hallamos en todas partes los resultados de esta situación. Todos los magnos problemas del día se han convertido en luchas partidistas. En vano espera la verdad a un investigador limpio de prejuicios. Los maestros de la ciencia o no se ocupan de dichas cuestiones o lo hacen formando ya parte de un partido. Inclusive si se hubiese encontrado la verdad, la pasión no le permitiría levantar la voz. Por ello es menester en el Derecho que el tiempo con su poder tranquilizador pase por los problemas antes de que la ciencia pueda actuar y encontrar libremente la verdad. Y entonces es casi siempre tarde.

¡Qué diferencia existe en este particular entre la jurisprudencia y las ciencias de la naturaleza! ¡Qué concordia, qué pacífica compenetración reina en las últimas! Lo que el uno encuentra, agradecido lo recoge otro. Todos colabo-

ran en la edificación de la obra. Si hallamos una pasión, sólo se trata de la vanidad; y ésta, por no arraigar en el objeto mismo, pronto desaparece.

Hemos de referirnos en este contexto a una institución extraña: la censura, que tiene su base natural en la unión del Derecho con el sentimiento. Sólo por ello sobrevive la censura todas las convincentes demostraciones de la ciencia. El ataque contra una costumbre arraigada y bien querida, contra lo que se estima Derecho sagrado, subleva a los sentimientos. La ciencia jurídica se encuentra así con nuevas cadenas; y sólo a ella ocurre así, puesto que las ciencias naturales y todas las demás ciencias poseen el hermoso privilegio de protegerse a sí mismas. Bien es verdad que se afirma la libertad de la investigación científica inclusive para el Derecho, queriéndose obstaculizar sólo su llegada al pueblo; pero no lo es menos que este distinguo es como si se dijera a un arquitecto: “Vd. puede dibujar y pintar sus casas, pero no le es permitido edificarlas”.

La comparación de los objetos de las ciencias entre sí nos conduce a otra particularidad del Derecho, cuyas consecuencias son mucho más importantes que las de las particularidades hasta ahora mencionadas. Nos referimos a la figura de ley positiva, forma híbrida de ser y saber que se introduce de contrabando entre el Derecho y la ciencia y que produce consecuencias nocivas para ambos.

Todas las ciencias poseen leyes y estas leyes constituyen su suprema meta. Todas las ciencias tienen en todos los tiempos al lado de las leyes verdaderas también leyes falsas. Pero la inexactitud de las últimas no tiene repercusiones sobre el objeto científico. La tierra gira sin cesar en torno del sol, aunque Ptolomeo estableció una ley que afirmaba lo contrario. El alma permanece simple, si bien Wolf y Kant la descompusieron en innumerables fuerzas. El trigo toma su alimento principal del aire y no del suelo, aunque hasta Liebig se establecía lo contrario como ley en la economía.

Las leyes positivas del Derecho nos enseñan una situación diferente. Provistas de poder y de sanciones se imponen a su objeto, no importa si fuese verdadero o falso. El Derecho natural debe entregar su verdad y capitular ante ellas. Mientras que en todas las demás regiones el saber deja incólume al ser y lleno de respeto cede ante éste, se consigue por la fuerza en la esfera del Derecho lo contrario por medio de la ley positiva. El saber, inclusive el saber equivocado y defectuoso, vence al ser.

No queremos negar el progreso necesario que conduce del Derecho natural a la ley positiva. La cultura desarrollada, la división del trabajo, la complejidad de la vida, la necesidad de situaciones fijas y definidas, produjeron en todos los pueblos leyes positivas. Pero no todo lo que crece con naturalidad y rigor lógico, por ello constituye ya una dicha. La humanidad puede en su camino extraviarse y entonces sea tal vez aconsejable que dé marcha atrás, con tal que ello resulte realizable.

Las desventajas de la ley positiva para el Derecho Natural son archiconocidas.

Cualquier ley positiva es condicionada por el grado del conocimiento del Derecho Natural. Una gran parte de las mismas procede de épocas en las cuales la ciencia apenas había iniciado aún su camino. Otra gran parte despreciaba el auxilio de la ciencia. Por consiguiente nos encontramos con la inevitable consecuencia de que el contenido de la ley positiva abarca, al lado de ideas verdaderas, bastantes desaciertos. Otra consecuencia consiste en la lucha del Derecho Natural contra la ley positiva.

Pero inclusive respecto a una ley con contenido verdadero, hay que tener en cuenta que su forma, su expresión es muchas veces defectuosa. He aquí el origen de las lagunas, de las contradicciones, de las oscuridades y de las dudas.

La ley positiva es rígida, el Derecho es progresivo. Por tanto, se convierte inclusive la verdad de aquélla con el tiempo en falsedad. La derogación de una ley por otra nueva no es nunca realizable sin violencia, puesto que la sucesión carece del paulatino y suave desenvolvimiento del Derecho Natural.

La ley positiva es abstracta y su necesaria simplicidad destruye la riqueza de las formaciones individuales. Tal es la causa de los conceptos híbridos de la equidad y del arbitrio judicial.

Las determinaciones definitivas de la ley positiva arraigan en el puro arbitrio. ¿Quién puede deducir de la esencia misma del objeto si la mayoría de edad comenzará con veinticuatro o con veinticinco años, si el plazo de la prescripción comportará treinta años o treinta y un años, seis semanas y tres días, si la forma escrita de los contratos será establecida a partir de un interés de cincuenta táleros y cuál será la exacta duración de las penas?

La ley positiva es, por último, el arma inerte y siempre dispuesta, tanto para la sabiduría del legislador como para la pasión del tirano.

Consideraciones semejantes conmovieron a Savigny a negar la vocación de nuestra época para la legislación. Se ha reprochado a su afirmación su excesiva amplitud. Opino que el error de Savigny no consistía en que se fue demasiado lejos, sino en que se quedó corto. No sólo nuestra época carece de vocación legislativa en el sentido indicado: *ninguna la posee*. La creencia de que la ciencia alcanzaría y comprendería la actualidad, con tal que se la dejase tiempo suficiente, constituía una equivocación ingenua. La ciencia va eternamente a la zaga del Derecho. Ninguna legislación positiva, aunque dedicara a su preparación mil años, evitará los defectos mencionados. La máxima alabanza que tributamos por ello a este magno representante de la ciencia que es Savigny, consiste en su abstención de legislar inclusive cuando el Estado delegó en él el poder legislativo.

Si bien el Derecho Natural sufre gravemente por la ley positiva, más aún padece la ciencia. De una sacerdotisa de la verdad se convierte en una sirvienta del azar, del error, de la pasión y de la impremeditación. Su objeto ya no es lo eterno y lo absoluto, sino lo fortuito, lo defectuoso, el éter celeste desciende al fango de la tierra.

Lejos de mí la afirmación de que la ley positiva sólo contenga el desacierto: gran parte de ella es verdadera y tal vez sea sólo la parte menor falsa. Pero en cuanto la ley positiva contiene, respecto a contenido y forma, la verdadera expresión del Derecho Natural, acaba de hacer y conseguir lo que constituye actividad y aspiración de la ciencia, cuya meta es igualmente sólo el hallazgo de las leyes verdaderas del Derecho. En este aspecto queda, por tanto, a la ciencia sólo una labor explicativa y aclaratoria, en una palabra: el oficio del maestro de escuela. Y no nos causa asombro que la ciencia no se sienta atraída por tamaña tarea. Muchas veces expresan los autores su sorpresa de que las codificaciones suprimen en todas partes a la ciencia por determinado tiempo, buscando las causas de este fenómeno allí y allá, enrostrándolo sobre todo gravamen a la misma codificación. Pero la verdad consiste en todo lo contrario. Cuanto más excelente resulte el Código, cuanto más se acerque a la verdad, tanto más contiene ciencia pura redactada con máxima precisión, o sea exactamente lo que la ciencia podría ofrecer. Lo natural es, por consiguiente, que en cuanto a la buena parte del Código la ciencia no entra en acción sino cuando en el decurso del desarrollo del Derecho la misma ha quedado anticuada.

Careciendo la ciencia de una misión respecto a la parte verdadera de la ley positiva, sí que la tiene en lo que atañe a lo falso de la ley, y en todos los tiempos se abalanzó sobre ello celosa y ávidamente.

¿Cuán es el contenido de todos aquellos comentarios, exégesis, monografías, cuestiones, meditaciones, tratados y casos jurídicos? Sólo una pequeña parte de esta literatura se ocupa del Derecho Natural: más que nueve diezavos tratan de las lagunas, ambigüedades, contradicciones, de lo falso, anticuado y arbitrario de las leyes positivas. Su objeto lo es la ignorancia, el descuido y la pasión del legislador. El genio inclusive no se niega de servir a la impremeditación y de desarrollar para justificarla, todo su ingenio y toda su erudición. Por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de madera podrida. Abandonando la madera sana, anidan y tejen en la carcomida. La ciencia, al hacer del azar su objeto, se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles.

Una crítica tan dura requiere una prueba detallada. Unos ejemplos tal vez ofrezcan óptima utilidad.

¿En qué estriba el *interés jurídico* en el proceso llamado “causa polaca”? Meramente en la defectuosa definición de la alta traición dada en el Derecho Prusiano. No cabe la menor duda de que la separación de provincias enteras del Estado equivale en el Derecho Natural al derrumbamiento de la constitución. Pero como la ley positiva no ha previsto este caso, las autoridades se ven obligadas a erigir un edificio artificioso con el auxilio de diccionarios, la historia y las constituciones de otros países, edificio destruido todos los días por la defensa con justamente las mismas armas. Tres palabras complementarias del legislador, conforme las promete el nuevo proyecto, y nadie se ocupará ya de todos aquellos trabajos pese a su alto valor científico.

¿En qué descansan las concienzudas e interesantes consideraciones en los procesos de prensa de los últimos años acerca del problema de sí el permiso de impresión del censor de otro de los Estados federales también protege al autor en Prusia? Pues, arraigan en la redacción ambigua del art. 7 de la Ley de la Dieta del 20 de Septiembre de 1819. Todos aquellos trabajos sólo poseen valor duradero en cuanto se ocupan de la esencia del objeto, del Derecho Natural. Todo lo demás no deja de ser ciencia; pero nadie lo estudia desde que se ha publicado una Declaración en este mismo año.

Durante siglos era manzana de discordia entre los juristas el problema de si la culpa tiene dos o tres grados. En el ámbito del Derecho Natural reinaba desde hace tiempo completo acuerdo. En efecto, el Derecho Natural no conoce tales números y compartimentos estancos en una materia continúa según su misma esencia. Höpfner confiesa que la práctica no cuestiona por el grado sino que sólo investiga si existe “culpa” en general. Pero en la esfera del Derecho romano bastaban algunos pasajes redactados con insuficiente claridad y devenidos ambiguos por haber sido desglosados de su contexto, para ocupar a los sabios por completo.

Bibliotecas enteras han sido producidas sobre la preferencia de la hija como heredera; y, no obstante, un pequeño apartado más en el *liber feudorum* habría evitado toda aquella erudición.

Para evitar la apariencia como si mis ejemplos hubiesen sido elegidos desde determinado punto de vista, me he hecho con el último tomo de las sentencias del “Tribunal Supremo Secreto”. No haré ninguna selección y empezaré con la primera resolución plenaria, examinándolas una tras otra. Los considerandos descuellan por su erudición y su agudeza y son, al menos, equivalentes a los de anteriores volúmenes. ¿Pero cuál es el objeto de tales consideraciones científicas verdaderamente excelente? ¿Ocúpanse de lo absoluto, de lo verdadero, de lo necesario? ¿Poseen aquellos trabajos científicos una duración imperecedera y una ilimitada utilidad conforme la ciencia lo exige?

La primera resolución plenaria trata de la cuestión de si las formas para atestiguar las firmas de partes analfabetas son para el juez las mismas en contratos que en controversias procesales. Este problema da lugar a un enjuiciamiento de las leyes positivas que abarca nueve páginas. Y no obstante, la duda ha sido provocada meramente por una redacción defectuosa del Apéndice del “Ordenamiento General de los Tribunales”. Si se hubiese dado al Decreto Circular del 30 de Diciembre de 1798 un lugar más adecuado, con arreglo al cual el mismo se habría referido por sí mismo a ambos casos, nunca habría sido necesario dictar la mencionada resolución plenaria y sus considerandos. El objeto de la resolución es un defecto, y una pequeña rectificación de la colocación del Apéndice hace desaparecer su importancia científica.

La próxima resolución plenaria trata del problema de si el usufructuario está obligado, no sólo frente al propietario sino también al acreedor hipotecario,

a pagar los intereses de las deudas que gravitan sobre la cosa. Tal problema es objeto de una investigación, muy concienzuda y aguda, de veinticuatro páginas.

Ya antes trataron del problema seis autores, entre ellos Bornemann y Koch. Para el Derecho Natural la pregunta no suscita dudas. La naturaleza del derecho real desconoce a deudores personales, conforme al mismo Bornemann reconoce. Todas las dudas dimanan meramente de la redacción del art. 70, título 21, parte primera del *Derecho Territorial General Prusiano*, en el cual se estatuye: “El usufructuario pagará los intereses de las deudas que gravan la cosa”.

Si se hubiese redactado esta disposición conforme la fórmula el *Tribunal Supremo Secreto Real*, habrían sobrado todas aquellas investigaciones agudas, que desde luego pierden todo su valor así que el legislador se resuelva a corregir su falta.

La resolución plenaria siguiente determina que el consentimiento del marido para un préstamo de la mujer no tendrá que emitirse necesariamente por escrito, aunque se tratara de una cantidad superior a cincuenta táleros. La interpretación recta de la ley conduce evidentemente a la solución opuesta, puesto que, por un lado, establece el art. 133, título 52, parte 1- del *Derecho Territorial General Prusiano* que inclusive declaraciones unilaterales referentes a objetos de más valor que cincuenta táleros deberán redactarse por escrito, si sus consecuencias se extienden al futuro, y ya que, por el otro lado, no se decreta ninguna excepción en el Derecho que reglamenta el régimen de bienes en el matrimonio. Pero la equidad, el Derecho Natural, exigen con evidencia la disposición opuesta, conforme se indica al final en los considerandos de la resolución. Para destruir el error, no formal, sino material, se busca un rincón en la ley positiva a fin de introducir de contrabando y de hacer eficaz el Derecho Natural. Este rincón se encuentra, de modo por cierto audaz, al no enmarcarse en las declaraciones de voluntad los consentimientos.

La resolución plenaria siguiente constituye una extraña oposición a la anterior. Casi se podría creer en una ironía del azar. En dicha resolución se estatuye que el consentimiento de la mujer a la enajenación de inmuebles de la comunidad de bienes, hecha por el marido, habrá de emitirse por escrito. Parece a primera vista que se trata en esta resolución del mismo problema que en la anterior y que se resuelve el mismo una vez en sentido afirmativo y

otra en sentido negativo. En efecto, el Tribunal necesita 16 páginas basadas sobre la historia de la ley y del Derecho común para encontrar una diferencia. La verdadera causa por la cual no se había desprendido la resolución sencillamente de las palabras del art. 133; título 59, Parte 1- del *Derecho Territorial General Prusiano* radica sencillamente en el deseo de salvar la consecuencia de la interpretación de dicho precepto dada en la anterior resolución.

La resolución plenaria siguiente se ocupa de nuevo exclusivamente de la mala redacción de la ley. Se trata del problema frecuentemente comentado por los tribunales, el Ministerio y los intérpretes de qué se ha de comprender por los capitales asignados a los hijos para su especial seguridad y de los cuales el padre, con arreglo al art. 169 del título 2º, parte 2ª del *Derecho Territorial General Prusiano* no puede disponer con plena libertad. El motivo de todas estas disquisiciones consiste sólo en que la ley establece una categoría mediante las palabras: “capitales asignados para su especial seguridad”, la cual no vuelve a aparecer en el Código y que tampoco ha sido desenvuelta en el indicado lugar, siendo inclusive incompatible con los principios del régimen hipotecario prusiano. Por este motivo nos encontramos con tantas dudas y eruditas elucubraciones para disiparlas.

La resolución plenaria siguiente intenta de nuevo una transacción y mediación entre la ley positiva y el Derecho Natural. Como es sabido existe en la mayor parte de las provincias del Estado la costumbre entre los campesinos de que el campesino anciano transmita la finca a uno de sus hijos, imponiéndole la obligación de que pague determinadas cantidades del precio a sus hermanos cuando se casan o comienzan a establecerse por su propia cuenta. Entre el pueblo no se alberga duda alguna de que los hermanos puedan ejercer su derecho ante los tribunales, aunque no hubiesen formado parte del contrato, con tal que el padre no se opusiese.

El *Derecho Territorial General Prusiano* desgraciadamente pasó en silencio esta institución: y así hay que acudir a las disposiciones generales del art. 75, título 5º parte 1ª del mismo cuerpo legal, con arreglo a las cuales un tercero puede sólo ejercer judicialmente los derechos que un contrato hecho entre otras personas le atribuye, si los aceptó con su consentimiento, en otras palabras, si se adhirió al contrato. Sin embargo, la aplicación de esta disposición conduce en nuestro caso a un resultado de insoportable dureza y, por consiguiente, se busca desde ya hace mucho tiempo un remedio para sustraer la institución al efecto destructivo del mencionado art. 75. Se em-

pleaba ficciones, conversiones, sucesiones anticipadas y otros artificios por el estilo para dar flexibilidad a la ley positiva. El “Tribunal Supremo Secreto” demuestra concienzudamente que todos estos remedios no son aplicables al *Derecho Territorial General Prusiano*. En cambio, ensaya el Supremo Tribunal un nuevo método para salvar la institución de indudable raigambre histórica. No sé si se trata de un método muy feliz. Se concibe al padre como apoderado que acepta en nombre de sus hijos. Dejando aparte que los mencionados contratos normalmente no aluden con ninguna palabra a esta construcción, milita en contra de la teoría que, contrariamente a la naturaleza de las cosas, la misma persona hace la oferta y la acepta, y que según ella se robustecen los derechos de los hermanos más allá del Derecho Natural, ya que el mismo padre perdería con arreglo a dicha concepción, todo derecho sobre el precio, consecuencia incompatible con la institución. La causa de todos estos múltiples ensayos de la ciencia es meramente un defecto de la ley; y resulta deplorable que tanta agudeza y erudición se esfuerce en vano en remediar este defecto.

Permítanme Vds. que aquí interrumpa. Creo que he aportado bastantes demostraciones de la tesis de que sólo los errores y los defectos de todas clases constituyen el objeto del que la jurisprudencia casi exclusivamente se ocupa y desgraciadamente ha de ocuparse. He aquí un asunto tan repugnante que causa asombro a cuantas personas están aún dispuestas a dedicarse a él. Puede ser que dicha tarea sea necesaria, pero no es por ello un objeto digno de la ciencia.

¡Qué altura de miras encontramos, en cambio, en las ciencias de la naturaleza! Su objeto es sólo natural, lo eterno, lo necesario. La más pequeña matita de césped lleva este sello. Toda criatura es verdadera, concorde consigo misma; y la arbitrariedad con sus falsificaciones no alcanza a la ciencia.

También aquellas ciencias contienen errores y leyes falsas. Pero una sola mirada luminosa del genio es suficiente para que el error desaparezca como la noche ante el sol. Únicamente la ciencia jurídica sufre la deshonra de servir al error durante siglos enteros y de haber de rendir homenaje y pleitesía a la impremeditación.

No hemos agotado todavía los sufrimientos de nuestra ciencia. El esquematismo, la rigidez de forma de la ley positiva penetra en la ciencia del Derecho, la cual repudiará la riqueza individual inclusive si la sabe apreciar. La ley positiva se asemeja a un sastre testarudo que dispone únicamente de

tres figurines para toda su parroquia. La ciencia se parece al alma de casa, buena como un pedazo de pan, que se da cuenta dónde el traje molesta y no sienta; pero el respeto que tiene a su marido, no le permite, sino solapadamente abrir aquí y allí un poco las costureras o añadir un trocico de tela.

La arbitrariedad en las últimas determinaciones de la ley positiva penetra también en la ciencia. Lo arbitrario en estas determinaciones limitativas de formas, plazos, etc., quedará según su propia naturaleza y pese a la más cuidadosa redacción de una fuente inagotable de dudas. La ciencia se encuentra con la ingrata misión de resolver estas dudas, de sistematizar lo arbitrario. Todos los comentarios donde se trata de semejantes formalidades son extensísimos. ¡Qué pozos de erudición han llegado a ser las discusiones sobre las solemnidades de los testamentos en el Derecho Romano o la admonición de las mujeres con ocasión de las fianzas en el Derecho Prusiano! Otro botón de muestra espléndido es la novísima ley de 1845 sobre la forma de los instrumentos notariales. No cabe duda alguna que se ha aplicado el máximo cuidado en la redacción de esta ley; y, no obstante, qué cantidad de dudas han surgido durante estos dos años. Si se examina detalladamente la manera de ser de estas dudas, la ciencia baja los ojos avergonzadamente.

¿Es necesario escribir todo el instrumento desde el principio hasta el final o pueden emplearse y rellenarse impresos?

¿Es inadmisibles como testigo sólo el amanuense del notario actuante o también el de cualquier otro notario de la monarquía?

¿Tiene que atestiguar la firma de las partes analfabetas el notario actuante u otro notario?

¿Firmará el notario sólo con su nombre, apellido y domicilio o también con su título oficial? Y así siguen las controversias, todo ello so pena de la nulidad de todo el instrumento. Me remito al Boletín Ministerial de este año.

Tales temas han llegado a ser los objetos más importantes de la ciencia. Su misión consiste en resolverlos. ¡Cuán altas se hallan, también en este aspecto, todas las demás ciencias! Pese a la suprema legalidad de su objeto encontramos un riquísimo desenvolvimiento y multiplicidad “de lo individual. Pese a la máxima determinación de su objeto, no hallamos en ninguna parte arbitrariedad, sino absoluta necesidad.

Hasta aquí partió nuestra investigación de un parangón del objeto de la jurisprudencia con el de otras ciencias. Al perseguir mi empresa, llego a otro obstáculo. Hasta aquí había procedido la fuerza impeditiva del objeto. Pero ahora ejerce la misma ciencia un efecto destructivo al enmarcar el objeto en su forma, como si quisiera castigar la resistencia pertinaz del objeto con el aniquilamiento de su propia esencia.

El Derecho no puede existir sin las características del saber y del sentir. Un pueblo debe saber lo que el Derecho requiere en el caso dado; y debe consagrarse con amor a éste su Derecho. Si se despoja al Derecho de estas características, continúa siendo una gran obra de arte, pero una obra muerta y, desde luego, ningún Derecho. Al acercarse la ciencia al Derecho como su objeto, la destrucción de estos elementos es inevitable. El pueblo pierde el conocimiento de su Derecho y su devoción al mismo: se convierte en el patrimonio exclusivo de una clase especial. Así lo enseñan la lógica de los sucesos y la historia. La ciencia se contradice a sí misma: desea captar el objeto y lo aplasta. Las consecuencias de este hecho son extraordinarias.

La ciencia carece por ello de su terreno natural y se desvía con suma facilidad hacia la sofisticación y las elucubraciones estériles.

Otra consecuencia consiste en los titubeos de la legislación. El legislador condesciende inclusive a hacer experimentos. La legislación procesal prusiana desde 1833 ofrece un buen ejemplo en este aspecto, sobre todo su reglamentación de los recursos.

No obstante, los mayores inconvenientes se producen en la aplicación del Derecho al caso dado. Inclusive los actos de la jurisdicción voluntaria son desfigurados por impresos y artificios de todas clases. Pero más aún lo son los procesos. No me refiero a aquellos procesos en los que sólo se trata de la ejecución y en los que sólo se ha de vencer la indolencia y la mala voluntad del deudor: no constituyen controversias auténticas y no necesitan ni jurisprudencia, ni jueces. Pero los verdaderos procesos en los que el Derecho se halla controvertido se rebajan por el efecto destructivo de la ciencia a una mera operación como otra cualquiera. No se encuentra ya ni huella de una auténtica realización del Derecho.

Ninguna de las partes sabe quién lleva la razón. La voz de la conciencia queda muda. Se consulta a los abogados. Y la resolución depende exclusivamente de consideraciones externas como la probabilidad de la victoria, el

costo del ensayo y la duración del proceso. Si se gana, la especulación era exitosa. Si se pierde, se consuela al hombre razonable exactamente igual que al mercader que acaba de perder un rico cargamento por la tempestad o igual que al bolsista cuyos cálculos resultaron frustrados por acontecimientos políticos. En ninguno de estos casos aparece aún sólo la sombra del Derecho: ni indignación sobre un entuerto sufrido ni orgullosa satisfacción sobre la victoria del Derecho.

La apariencia del proceso apoya este parecer. Inclusive el Juez y el hombre de ciencia ignoran lo que procede en un caso dado. Se ven obligados a consultar voluminosos códigos, comentarios polvorientos: inician un cálculo artificial para hallar lo que en el pecho de cada cual debiera encontrarse escrito en letras bien claras. En primera instancia se prueba con agudeza y erudición y de manera artificial la verdad de una tesis, cuya falsedad se demuestra en la segunda con igual agudeza e idéntica erudición. ¡Y qué dicha si en la tercera instancia no se cambia de nuevo la verdad!

¡Cómo puede la Nación conocer el Derecho a través de estos cálculos artificiales, deducciones y tesis titubeantes, el Derecho, nacido y crecido con ella, cuyos decretos paladinos debieran hallarse en cada corazón como algo sagrado e inquebrantable! Pero ello es imposible: la Justicia se ha convertido por la ciencia en un juego de azar. Además desencadenan bajas pasiones una pequeña guerra en vista del hecho de que la paz le hace imposible llevar otra mayor.

El lenguaje del hombre de la calle posee términos significativos para este estado de cosas. Si se pregunta a un campesino cómo avanza un proceso, nos contesta que el mismo “pende todavía”. ¡Qué palabra más excelente para el lentísimo progreso del juicio y su completa incomprendibilidad para la parte! Si el campesino pierde el proceso, no dice que le faltaba la razón, sino que afirma: he perdido el juego. La pérdida del proceso y la devastación de su agro por granizadas constituyen para él acontecimientos de análoga naturaleza: mala suerte, pero no injusticia.

He aquí el resultado triunfal de la ciencia jurídica: un Derecho ignorado por el Pueblo, que no reside ya en su corazón y que él equipara a las fuerzas salvajes de la Naturaleza.

Tales males son demasiado grandes para que no produjesen reacciones a medida que las naciones llegan a ser más independientes. A través de todos los tiempos encontramos huellas en este sentido.

Mencionamos la prohibición de Justiniano de que se comentara su Código. Por mucho que los sabios se han sonreído, esta prohibición se basa en el deseo muy estimable de conservar el Derecho para el Pueblo y de protegerlo ante la desintegración llevada a cabo por la ciencia. Después de casi trece siglos volvemos a encontrar la misma prohibición en la Patente de publicación del *Derecho Territorial General Prusiano*, art. 18 y en la Introducción, art. 47.

El intento de Federico el Grande de abolir la abogacía estriba en las mismas ideas. La empresa estaba condenada al fracaso, puesto que se paraba en mitad del camino. No bastaba descartar a los abogados; también se tenía que apartar a los jueces de carrera.

Su obra, el *Ordenamiento General de los Tribunales*, está imbuido del mismo espíritu reacio a la jurisprudencia. Su principio consiste en el libre arbitrio de un juez honrado que se atiene a la equidad y no a la regla científica basada en las más finas abstracciones y cálculos.

La mencionada contradicción intrínseca entre el fin y el resultado de la jurisprudencia explica también la extraña recomendación y el fomento de las transacciones. El Pueblo y el Gobierno están de acuerdo, y asimismo lo están, por cierto ingenuamente, los juristas. Y no obstante, desde el punto de vista científico constituye la sugerencia de una transacción una deshonra: el más evidente *testimonium paupertatis*. ¿Qué se diría de un matemático que aconsejara a dos personas que le ruegan que resuelva sus problemas matemáticos que hiciesen una transacción por ser el cálculo demasiado lento e inseguro? Otro símil: Un hombre rico alquila a un cochero, le da dinero y le manda comprar un coche cómodo, bridas sólidas y caballos resistentes; así se hace y el hombre pudiente ordena al cochero que prepare el coche para salir; pero en lugar de obedecer se presenta el cochero y aconseja al señor que vaya a pie, ya que el viaje en coche es demasiado complicado e inseguro. ¿No despedirá el señor al cochero en el acto mismo? ¿Qué debe hacer la Nación con sus juristas que la proponen acudir a transacciones?

¿Qué significa aquella pasión en favor de amigables componedores, la tendencia de todas las provincias de robustecer y de extender su campo de ac-

ción, sino el impreciso barrunto del mal estado de cosas y el afán de sustraer la jurisprudencia de las manos de los jueces de carrera y devolvérsela a la Nación: en una palabra, de restablecer el derecho del Decreto? Sólo así se explica la contradicción de que se castiga a los curanderos en la medicina, mientras que se privilegia a los curanderos en la jurisprudencia.

Por los mismos motivos se aboga a favor de tribunales comerciales sin asesores eruditos, a favor de tribunales fabriles, de jueces de paz, etc. Inclusive los tribunales patrimoniales son defendibles únicamente desde este punto de vista contra los ataques de la ciencia, por lo demás irresistibles: un juez patrimonial que ejerce su cargo durante algún tiempo residiendo en un pueblo o en una pequeña ciudad, llega muy pronto al feliz estado, tan deseado por sus conciudadanos, en que olvida todo el lastre de erudiciones y desprende sus decisiones principalmente de su sentimiento jurídico igual al de aquéllos. El campesino y el ciudadano no temen a nadie como juez, a no ser al joven licenciado que emplea todo el fárrago de su erudición y conocimiento legal para resolver agudamente los diversos casos.

El deseo de establecer jurados estriba en el mismo fundamento. Bien es verdad que la ciencia no quiere concederlo por nada del mundo y que despliega toda su agudeza para encontrar la ventaja del jurado en otro terreno; pero no lo es menos que le sentir sencillo e inconsciente del pueblo, del que el deseo procede, ignorante de sutilezas, quiere librarse de la ciencia erudita por medio de los jurados.

Todos los fenómenos poseen, por ende, el mismo fundamento. La nación repudia a los juristas científicos. La sospecha, el sentimiento oscuro de la contradicción entre Derecho y ciencia existen. Lo único que todavía falta es la clara comprensión del pueblo. Todavía la gente no se atreve a pensar este hecho con claridad. Por ello se justifican aquellos fenómenos superficial y equivocadamente. Pero tan pronto que se haya conseguido un conocimiento preciso, difícilmente la gente se contentará con medios aislados e incompletos para remediar la situación; y el Gobierno, al que los juristas también molestan, prestará gustosamente su ayuda. Se devolverá la jurisdicción al Pueblo no sólo respecto a la cuestión de hecho sino también en cuanto a la cuestión de derecho, no sólo en asuntos criminales sino también en procesos civiles. Otra consecuencia bienhechora consistirá en una merma de las leyes positivas. El Estado se contentará con estatuir los principios fundamentales, abandonando al sano sentir del pueblo su aplicación en todas sus ramificaciones sin necesidad de una ponderación exacta.

Realmente no creo que redunde en ello una gran desgracia. Los procesos desde luego no durarían entonces tantos días como hoy meses y años. Los gastos no serían para nadie un obstáculo a perseguir su buen derecho. Puede ser que las decisiones coincidiesen en aquel supuesto poco con la ley positiva, artificialmente establecida, y con los resultados eruditos de la ciencia; pero tanto más estarán de acuerdo con el Derecho viviente en el pueblo. En la esfera en la cual este último Derecho reina, se realizará el mismo pura y verdaderamente. Y fuera de esta órbita, cuando la complejidad del caso es demasiado grande, el objeto principal consiste en encontrar cualquier resolución rápida y barata. No se puede hablar de Derecho Natural en todas estas ramificaciones finas. De ninguna manera puede quejarse la jurisprudencia si no la preguntan por su verdad, que, construida artificialmente después de larga espera de cien libros, ni siquiera sobrevive la segunda instancia del mismo proceso.

Una semejante jurisdicción no es un mero juego de la fantasía. Naciones enteras han vivido y se han engrandecido sin juristas eruditos, sin aquel edificio artificial de leyes positivas, sobre todo en el Derecho Privado. Los griegos desconocían tales instituciones inclusive en sus tiempos más brillantes. Jueces del Pueblo resolvían con arreglo al Derecho que la costumbre había consagrado y que en su corazón levantaba su voz. Sus grandes pensadores como Platón y Aristóteles no sospechaban ni siquiera que la interpretación de la ley positiva aquella lucha quisquillosa sobre las dudas y oscuridades en la misma, pudiese reclamar la dignidad de una ciencia. Consideran tales asuntos de tan poco monta que no se paran en ellos en sus escritos, por lo demás tan prácticos. También entre los romanos, inclusive una larga época durante el Imperio, en la cual no se negará la complejidad de la vida y bastante comercio y tráfico, la jurisdicción se hallaba sólo en las manos de jueces profanos. El pretor era normalmente un funcionario sin erudición como lo demuestra su obra, el edicto, cuyas disposiciones proceden todas del Derecho Natural. También los *judices* eran hombres del pueblo que resolvían la cuestión de hecho según su simple concepción; e inclusive en la cuestión jurídica no habrán observado tan escrupulosamente la *formula praescripta* del pretor como lo afirman nuestros libros de texto.

En mis puestos oficiales he inspeccionado poco a poco más de doscientos tribunales. He presenciado varios casos en los cuales la pereza y la ligereza del Juez habían alcanzado tal grado que la jurisdicción se había parado por completo. Ninguna demanda era despachada, no se legalizaban los contratos, el Registro de Hipotecas no existía: en lugar de legajos, nada sino

hojas sueltas dispersas por todas partes. A pesar de que dicha situación se había prolongado durante años, la gente no era en tales partidos más pobre ni la comarca más devastada que en otro lugar. La gente había acudido a transacciones: habían hecho uso del maestro de escuela y del alcalde, en lugar de acudir al Juez.

Una situación semejante es en Inglaterra, gracias a su abundancia de Actas del Parlamento, la regla y no sólo la excepción. La jurisdicción constituye en aquel país un artículo de lujo gente rica. El juez de paz que es de suma importancia, no es un jurista de carrera. Y no obstante, ha llegado a ser esta nación la mayor y más poderosa de la tierra.

Hemos puesto de relieve las fuerzas impeditivas contenidas en la jurisprudencia. Acabamos de destacar la contradicción entre el principio y el resultado de la misma. Pero aún nos queda la siguiente pregunta: ¿Qué instrumentos, qué instituciones ha creado la jurisprudencia para hacer más asequible su objeto a la humanidad, para mitigar la pesadez y el dolor de su desarrollo?

Todas las demás ciencias prestaron en este aspecto a la humanidad los más brillantes servicios: sus creaciones rayan en lo milagroso. Las ciencias de la naturaleza y la matemática se hallan en primera plana. Conducen a los hombres por encima de las olas del océano y a las profundidades de la tierra. Canales, ferrocarriles y telégrafos han hecho desaparecer casi por completo las distancias. Los microscopios nos han llevado a los milagros de la naturaleza minúscula, mientras que los telescopios abrieron los espacios celestes. La fotografía dibújanos rostros amados. Tampoco las demás ciencias se han quedado atrás. La psicología respalda básicamente el arte de la enseñanza y corrige el método de la enseñanza, la mnemotécnica y la frenología ofrecen sus servicios.

¿Qué significan, en cambio, los servicios de la jurisprudencia? Busco ávidamente en todas direcciones y lo que encuentro son impresos para contratos y juicios: un cúmulo de admoniciones, enseñanzas, formas y cláusulas, que pretenden frenar la precipitación y proteger contra la chicana. Por último, me encuentro con todo el sistema del proceso común, repleto de detalles y erudición. En una palabra: todo, menos el camino de conseguir durante la vida su bien derecho. Tal es, en grandes rasgos, lo que en este aspecto se debe a los eruditos. Al contrario, vanamente se busca un auxilio, una dirección científica donde realmente lo necesitamos, o sea en el desenvolvimiento general del Derecho.

Cada época posee sus problemas jurídicos que conmueven a la nación en sus mismas entrañas, sea que se refieran a la familia, sea que conciernan a la relación entre Iglesia y Estado, sea que atañan a la Constitución del último, sea que afecten los privilegios de alguna clase, sea que se relacionen con los diferentes pueblos entre sí. En torno de estos problemas gira la lucha y se agrupan los partidos. He aquí los puntos neurálgicos donde fenece la cultura antigua y el Derecho se precipita hacia una nueva forma. La gran masa de la nación es siempre prudente al principio del desarrollo. Carente de una comprensión clara del problema se dirige con su interrogante a la ciencia para que disipe la duda y la dirija por el oscuro camino de la evolución. Pero la ciencia se mostró desde siempre impotente para esta tarea. Nunca comprende el presente. Los pueblos tenían que ayudarse a sí mismos. No es de extrañar que cayeran en las manos de los partidos y que tuvieran que recorrer en lugar del camino recto del desenvolvimiento continuo, las desviaciones de la pasión y del error antes de llegar a la meta.

La historia nos enseña este hecho entre todos los pueblos. Los juristas romanos, ocupados del Derecho Privado, eran los servidores obedientes de la tiranía. Con la misma tranquilidad e idéntico espíritu concienzudo comentaban la constitución despótica del Imperio que la ley de la República empapada en la doctrina de la libertad. La seguridad del tráfico en aquel gran Imperio exigía urgentemente la protección de la buena fe y un derecho pignoraticio flexible y fácilmente visible. En lugar de ello mantuvieron los juristas romanos la rigurosa *reivindicatio*; y construyeron un derecho pignoraticio con tales privilegios que ellos mismos aconsejaban a los tutores que más valía que enterrasen el dinero de sus pupilos a que lo diesen en préstamo con garantía hipotecaria. Los juristas romanos no captaron la enorme transformación que el Cristianismo había llevado a cabo en el Derecho Privado. Justiniano, el legislador acientífico, se encuentra a más altura que todos ellos. Sólo él y más tarde los Papas abrieron camino en el Derecho Privado a este espíritu nuevo. Les recuerdo la *bona fides* en la prescripción y el *possessorium summarissimum*.

La historia alemana no puede relatar cosas mejores de sus juristas. Los príncipes y los pueblos tenían que auxiliarse a sí mismos con su propio sentido común en todas las crisis y respecto a todas las instituciones nuevas. No fueron los juristas quienes aconsejaron la lucha de los emperadores de Franconia contra los grandes Ducados para vigorizar el poder imperial. Cuando la Reforma había destruido la antigua constitución eclesiástica y se trataba de encontrar y moldear la nueva y auténtica relación del Príncipe con

la Iglesia Protestante, del Poder eclesiástico con la parroquia, no aparece en ningún sitio la ciencia jurídica para destacar la verdadera situación, la institución más conveniente. Dejó que los príncipes y reformadores fuesen a ciegas y buscasen el buen camino; y aún hoy día sufrimos por aquel abandono de la ciencia.

El tráfico más vivo de nuestro siglo, la creciente parcelación del suelo requiere urgentemente una forma más sencilla del Registro Hipotecario. La nueva legislación prusiana es en este aspecto insatisfactoria. El conocido impreso para agros transmisible es defectuoso, puesto que es sólo utilizable en las antiguas provincias que poseen un gran número de funcionarios; además obliga al juez a realizar transcripciones mecánicas larguísimas, y la menor equivocación es peligrosa para el público y el juez. Todavía hasta hoy día no ha establecido la ciencia nada mejor de lo que el sentido sencillo de funcionarios profanos ideó después de la abolición de los tribunales populares: los libros de comercio y consentimiento. Tal es la forma francesa del Registro Hipotecario, la cual, prescindiendo de los defectos materiales del Derecho hipotecario francés, ha podido realizarse hasta la actualidad con pocas fuerzas y ha dado buen resultado, si bien la desintegración del suelo en Francia alcanza ya el número de 125 millones de fincas.

No se objete contra estos ataques que tamaños asuntos no pertenecen a la jurisprudencia, sino a la política y arte de la legislación. He aquí precisamente lo deplorable de la jurisprudencia que se desgaja de la política, que se declara ella misma impotente de dominar la materia y el camino de las nuevas instituciones o inclusive de dirigir las, mientras que todas las demás ciencias lo consideran como su parte más esencial, su suprema misión.

La tan decantada evolución del Derecho por medio de los juristas, de la cual nos hablan ahora todos los libros de texto, se refiere meramente al juego de los ínfimos detalles. Los juristas son, en cambio, impotentes para poner los cimientos y para erigir la estructura misma de un edificio sólido. Sólo después de terminada la construcción, si la sostienen pivotes, aparecen los juristas a millares como los cuervos y anidan en todos los rincones, miden los límites y dimensiones hasta el último centímetro y desdibujan y desfiguran el edificio noble de tal suerte que príncipe y pueblo apenas vuelvan a conocer su propia obra.

He llegado aquí al final de mi misión. El resultado que les ofrezco, es deprimente y desconsolador. Por ello me parece natural terminar con algunas palabras de consuelo.

Quien comparte mi convicción ahora, o más tarde después de ulterior examen, tendrá su consuelo como hombre en la comprensión de que lo substancial no está contenido en una sola clase sino en la nación entera.

Quien, al contrario, por mis explicaciones no se siente convencido, a quien sólo han sacudido sus convicciones y prejuicios sin derrumbarlos, el consuelo sobra. El buen humor inquebrantable de semejantes personas basta para imponer la alegría de la persona a la seriedad del tema.