

El movimiento del *derecho libre*: una fuente de ideas que perviven hasta hoy en distintas teorías del derecho, incluso en el constituconalismo contemporáneo*

The *Freirechtsbewegung*: a source of ideas that survives to this day in various theories of law, even in the contemporary constitutionalism

DOI: <http://dx.doi.org/10.14482/dere.42.5734>

José Ignacio Núñez Leiva*
Universidad Finis Terrae (Chile)

* Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad Católica del Uruguay. Postgraduado en Derecho: especialista en Constitucionalismo y Garantismo (2009) y especialista en Justicia Constitucional (2012) por la Universidad de Castilla La Mancha (España). Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile. DEA (Diploma de Estudios Avanzados) en Interpretación de los Derechos y Libertades constitucionalmente reconocidos y Doctor © en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha. Docente e Investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Chile. jinunez@uft.cl; jinunez@uc.cl

Resumen

Este trabajo analiza el Movimiento del Derecho Libre o Freirechtsbewegung. Revisa y sistematiza sus principales postulados, todo con la intención de revelar las semejanzas que existen entre ellos y teorías del Derecho contemporáneas, especialmente aquellas surgidas al amparo del constitucionalismo contemporáneo.

Palabras clave: derecho libre, lagunas jurídicas, fuentes del derecho, interpretación jurídica, ciencia jurídica, actividad judicial, constitucionalismo contemporáneo.

Abstract

This paper analyzes the Freirechtsbewegung . Review and outlines its main tenets, all with the intention of revealing the similarities between them and contemporary theories of law, especially those arising under contemporary constitutionalism..

Keywords: Freirechtsbewegung , Loopholes, sources of law, legal interpretation, legal science, legal activity, contemporary constitutionalism.

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2013

Fecha de aceptación: 23 de enero de 2014

1. PÓRTICO

A finales del siglo IX y principios del XX surgió en Alemania una fuerte oposición al positivismo dominante. Esta corriente -que se suele agrupar bajo la rúbrica de *Movimiento del Derecho Libre* (*Freirechtswegung*)- emerge principalmente como una reacción práctica contra el método de interpretación positivista ampliamente difundido, que fue objeto de censura por ser considerado una jurisprudencia conceptual y constructiva (la jurisprudencia de conceptos) ajena a la vida, un culto a la letra de la ley: un fetichismo legal (Ross, 2007, p. 242). Se criticaba tanto su concepción ideal del juez como la construcción de una Ciencia Jurídica (y del jurista) teñida por la pretensión de erigirse como un sistema completo, capaz de resolver cualquier controversia a partir de las normas predefinidas por el derecho positivo vigente (Segura, 1993a, p. 425). Abundante en ironías -pero no por aquello menos precisa-, la retórica del *Derecho Libre* caracterizó al juez modelo de la época como un autómatas.

Como certeramente relata García Amado (1997), el Movimiento del Derecho Libre fue acusado de querer disolver el principio de legalidad, de propugnar un incontrolado activismo judicial y de bregar por el desvanecimiento de la seguridad jurídica (p. 804)¹. Es más, algunos como Calamandrei (2009) han llegado a afirmar que el Derecho Libre es una doctrina despreocupada y romántica, cautivante para los juristas que carecen de buen sentido y que equivale a la ausencia de todo Derecho (p.89). Todo debido al empleo -tergiversado, por cierto- que de sus ideas hicieron el nazismo y el régimen revolucionario de la Rusia soviética. Este último apelando a (su interpretación de) los postulados del Derecho Libre justificó la abolición de la codificación zarista, suprimió la judicatura, reemplazándola por tribunales populares, y declaró como Derecho válido a las normas derivadas de la “conciencia proletaria”.

¹ “Pecados” que en los anales del siglo XXI se imputarán también a prestigiosas y difundidas variantes ideológicas y metodológicas del paradigma (neo) constitucio-
nalista.

Con todo, pareciera ser que el *Freirechtsbewegung* es en definitiva -pese a su temprana disolución- uno de los movimientos de mayor influencia en la más reciente historia del pensamiento iusfilosófico (Recasens, 1956, p.142). Conspiró contra su consolidación el estallido de la Primera Guerra Mundial en 1914, momento en que sus referentes intelectuales recién delineaban sus perfiles. De su influencia dan cuenta afirmaciones como las de Hans Kelsen, en orden a que la *Teoría Pura del Derecho*, en cuanto a la consideración del ordenamiento jurídico como sistema dinámico, recoge algunas tesis del *Derecho libre*, particularmente la que sugiere que la aplicación de la ley por parte de los tribunales y de la administración es auténtica creación de Derecho. O la de Alf Ross, quien en *On Law and Justice* -a propósito de la misma idea- señala que las teorías del Derecho Libre se encontrarían más cerca de la verdad que las teorías positivistas (De Prada, 2001, p.15). No en vano el mismo Kelsen en una recensión publicada en 1915 dedica extensas e intensas páginas a criticar el pensamiento de uno de los principales autores del movimiento. Incluso, García Amado (1997) en un trabajo del fines del siglo XX afirmó reiteradamente la existencia de coincidencias entre este movimiento y algunos de los postulados de la teoría del derecho surgida con el constitucionalismo contemporáneo (pp. 803-825).

En atención a lo anterior, el propósito de este trabajo será revisar -a grandes rasgos- los principales perfiles del Movimiento del Derecho Libre, destacando de entre sus ideas las que han resultado más trascendentes. Este ejercicio resulta interesante -a nuestro juicio-, pues dentro de ellos un lector atento encontrará numerosas semejanzas con varios postulados que hoy son protagonistas de importantes y difundidas teorías del derecho contemporáneas, especialmente aquellas surgidas al amparo del Estado Constitucional de Derecho.

2. ANTECEDENTES Y ALBORES DEL MOVIMIENTO

Como lo afirma Segura Ortega, para explicar las causas de la aparición del Movimiento del Derecho Libre es necesario situarlo en su contexto histórico.

Durante el siglo XIX la ciencia jurídica alemana se había esforzado por construir un sistema de conceptos pretendidamente completo, con la intención de que fuese empleado como instrumento para la resolución de los diferentes casos reales. Con dicha impronta, en 1900 se dictó el Código Civil alemán. Ello, en opinión de autores como Ernst Fuchs, implicó un retroceso para el desarrollo jurídico: mientras la vida social evolucionaba, mientras se transformaban radicalmente las condiciones económicas, la técnica, la industria y el comercio -sostuvo el autor-, la ciencia jurídica, por el contrario, permanecía estática, como en la Edad Media, utilizando un método arcaico.

En Francia, la Ciencia Jurídica de la época mostraba una fuerte influencia de la *Escuela de la Exégesis*. Ella -según expresan Gèny y Ross- se fundaba en dos ideas principales. Primero, que en el ámbito de una legislación codificada toda decisión jurídica debe apoyarse directa o indirectamente en una ley escrita, pues aquella es la única fuente del Derecho, y segundo, la conversión de reglas jurídicas en decisiones jurídicas tiene lugar bajo la aplicación de una lógica deductiva formal, que parte de ciertos conceptos jurídico -sustantivos de carácter abstracto- como insumos para tal operación. De estas premisas se derivaban necesariamente ciertas consecuencias prácticas.

En tal contexto, el punto de partida para la aplicación del Derecho es una interpretación *stricto sensu* del texto legal. Si el texto es claro, la interpretación se circunscribe a su tenor gramatical. Si, en cambio, el texto es oscuro o solo de manera indirecta concierne al caso, procederá una interpretación lógica con base en inferencias formales (*a contrario, a pari, a majori ad minus y a minori ad majus*) y consultando, eventualmente, los trabajos preparatorios del texto a fin de aportar en la definición de la "voluntad del legislador". Consideraciones de la equidad, la costumbre o la naturaleza de las cosas quedan completamente al margen. Allí donde la ley no pueda aplicarse directamente o mediante una interpretación lógica, la decisión debería adoptarse mediante una construcción jurídica realizada a partir de la ley y los conceptos jurídicos. Con todo -según afirma Ross- algunos juristas son más radicales, e incluso sugieren que los casos en los que no se pueda aplicar una ley resultan extremadamente excepcionales, y ante ellos correspondería

rechazar la pretensión, dado que no encuentra apoyo en la ley. En síntesis, para esta concepción el Derecho es la ley; el jurista, un geómetra, y la sentencia, un silogismo (Ross, 2007, p. 96).

En Alemania, la llamada Jurisprudencia de Conceptos influía profundamente en la Ciencia Jurídica con una teoría de la aplicación sustentada en la existencia prejudicial del Derecho, conforme a lo cual, al juez le correspondía exclusivamente localizar y aplicar la regla jurídica adecuada para el caso. Si aquella regla no existía en forma expresa, entonces la Ciencia Jurídica debía hallar la solución requerida a través de la analogía, por la vía de un razonamiento lógico a partir del material jurídico ya existente. Por el contrario, se rechazaba cualquier interpretación basada en la finalidad de la ley, en el valor intrínseco de la decisión, en la naturaleza de la cosa o en la equidad. La pieza clave de esta construcción metodológica era la idea del concepto jurídico, entendido como un contenido jurídico - positivo postulado *a priori* en forma de concepto. A partir de él se pretendía desarrollar la construcción de complejas moléculas conceptuales que alimentasen la labor jurisdiccional. Se buscaba -al igual que la Escuela de la Exégesis- erigir un sistema de interpretación con pretensiones de lógica, objetividad (Ross, 2007, p. 235) y perfección.

En opinión de Alf Ross (2007, p. 236), se puede apreciar cierto paralelismo en la evolución de la ciencia jurídica en Francia y Alemania, al menos durante los últimos años del siglo XIX y comienzos del XX. Aunque aquella procedió de orígenes diversos, según se verá a continuación.

Los orígenes de este método axiomático -de carácter lógico-deductivo- se remontan a la época del predominio del paradigma del derecho natural racionalista. La Edad Moderna -nos cuenta Gregorio Robles Morchón- tuvo a la geometría como la ciencia modelo y esquema epistemológico, el cual debió ser imitado por toda forma de conocimiento que aspirase al predicado de ciencia. Por otra parte, durante aquel periodo la influencia metafísica hizo del dato ideal el objeto central de toda reflexión (Robles, 1985, p. 968). En este contexto, la ciencia del Derecho (natural) pretendía la construcción de un sistema a partir de axiomas o verdades ético-jurídicas evidentes, de las cuales por deriva-

ción lógica se obtenían principios cada vez más particulares, hasta llegar a las soluciones concretas que requerían los conflictos cotidianos. Su resultado fue la elaboración de grandes cuerpos sistemáticos, imponentes por su grandeza y su coherencia, pero alejados de la realidad. Esto último, en caso alguno representaba un defecto, según el talante de la ciencia geométrico - metafísica. Por el contrario, su afinidad por el “verdadero” ser de las cosas estimaba a la realidad como algo cambiante, en constante transformación y, por tanto, contingente. Si la realidad no se adecuaba a las exigencias del Derecho natural, el problema era de la primera, no de este último (Robles, 1985, p.969).

El ideal revolucionario francés no suprimió completamente esta lógica, sino que se nutrió de ella. De la misma manera en que la institucionalidad política post-revolución no suprimió el poder absoluto de la monarquía, sino solo la corona, transfiriendo la soberanía plena a la voluntad general, la Ciencia Jurídica alimentada por la Revolución francesa depositó el Derecho en los códigos, obra de los grupos triunfantes, pero conservó el método de aplicación lógico - deductivo. La autoridad del Derecho no provenía ya de su derivación metafísica, sino de su condición de declaración de la voluntad soberana manifestada por intermedio de un legislador omnipotente y omnisciente: el nuevo monarca, abstracto, pero no ultraterreno.

Este diseño teórico e institucional -por razones lógicas y políticas- necesariamente repercutió en el rol de la judicatura. Mientras los grupos triunfantes de la revolución poblaron las asambleas legislativas y monopolizaron la creación del Derecho mediante la ley, el estrato judicial permanecía inmune a su influjo, puesto que en él se refugiaban los herederos del antiguo régimen y los representantes de las clases nobles. Ello justifica la desconfianza y la asimetría en cuanto a potestades. La creación del Derecho era obra del legislador y de nadie más. Los jueces, en cambio, debían ser meros aplicadores de la ley, que en el lenguaje de la época significaba ser aplicadores del Derecho (Robles, 1985, p. 970).

Esta mentalidad devino en el plano doctrinal en la Escuela de la Exégesis, que influyó en Francia durante todo el siglo XIX, y desde ahí se

extendió al resto del continente europeo y América del Sur (Robles, 1985, p. 970). Su método era simple: el silogismo. Dicha figura -de filiación aristotélica- se aplicó a la labor judicial de la siguiente manera: la premisa mayor está constituida por la norma jurídica general, es decir, la ley. La premisa menor corresponde al caso concreto. La conclusión se expresa en el fallo. El juez -entonces- solo debe subsumir el caso de la vida real en la norma general (legal) que contempla el caso (Robles, 1985, p. 971).

En Alemania, no obstante existir un escenario diverso, las consecuencias terminaron siendo similares. Así siglo XIX su sistema de fuentes del Derecho no contemplaba un orden o jerarquía. Estaba integrado por elementos del derecho romano de pandectas, de derecho histórico germánico, de derecho consuetudinario, etc. Pluralidad que resultó perfectamente compatible con la aplicación del método geométrico -metafísico empleado por la Ciencia del Derecho Natural. En efecto, se consideraba que el elemento unificador del sistema jurídico estaba constituido por categorías de naturaleza ideal. El derecho positivo y la costumbre -en este esquema- representaban únicamente la superficie del sistema, una mera aproximación al verdadero Derecho. La Jurisprudencia de Conceptos se encargó de proporcionar un patrón de identificación del Derecho con estructura piramidal y lógica subsuntiva. Para ella, el sistema jurídico forma una pirámide de conceptos o esencias jurídicas, en cuya cúspide se encuentra el concepto más general y que contiene en los sucesivos peldaños sus formulaciones más específicas aplicables a ámbitos más concretos. Aquel sistema informado por conceptos y esencias es perfecto y no reserva espacio alguno a la discrecionalidad judicial (García, 2010, p. 86).

En síntesis -siguiendo a García Amado (2010, p. 87)-, el formalismo exegético y conceptual que campeó en la Ciencia Jurídica del siglo XIX ostentó las siguientes características comunes:

- a. Afirma que el sistema jurídico es completo y perfecto, y que proporciona siempre una única solución correcta para cada caso concreto que al juez corresponda decidir, ya sea por la vía

del derecho codificado en Francia o por intermedio de esencias prepositivas en Alemania.

- b. Comprende a la actividad judicial como un procedimiento meramente subsuntivo de índole mecánica.
- c. Describe (y prescribe) al razonamiento jurisdiccional como un silogismo simple, del que la premisa mayor es la regla jurídica y la premisa menor los hechos, sin que estén presentes en él ulteriores presupuestos. Por tanto, solo de aquellas dos premisas o factores se deriva con necesidad lógica el fallo a modo de conclusión.
- d. Concibe a la labor del juez como una operación meramente cognoscitiva abstracta. Ello implica que el sentenciador no es propiamente alguien que decide, sino que conoce lo que para un caso dispone como solución necesaria el sistema jurídico. Su labor se circunscribe a extraer las consecuencias del sistema para ese caso, pero sin acudir a insumos morales, políticos o de cualquier otra índole que imprima un talante valorativo.
- e. El juez es –entonces– un científico. Su labor se aparta remotamente de la actividad decisoria legislativa.

3. EL MOVIMIENTO DEL DERECHO LIBRE

En perspectiva histórica, una conferencia pronunciada por Eugen Ehrlich el 4 de marzo de 1903 en Viena constituiría el punto de partida del Movimiento del Derecho Libre (Segura, 1993a, p. 425). Contendría la base de aquellas ideas que posteriormente fueron desarrollados por los juristas del *Freirechtsbewegung* (Del Vecchio, 1991, p. 205). Postulados que comparten una génesis de talante crítico y rupturista, pero que tienden a divergir en su faceta propositiva, la que en algunos casos incluso se omite. Esto último -lamentablemente- dio pie para posteriores

tergiversaciones del movimiento y aprovechamientos ideológicos por parte de regímenes totalitarios (Squella, 2000, p. 440).²

Los autores del Movimiento del Derecho Libre suelen indicar como origen doctrinario mediato de su pensamiento a las ideas de Françoise Gèny, específicamente a su obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, de 1899. Sus comentaristas (Segura, 1993a, p. 426) -a propósito de su génesis- aluden también a la obra de Oskar Bülow titulada *Gestz und Richterant*, de 1885 (Ehrlich, 2005a, p.57)³. Con todo, el listado de los responsables de su bibliografía representativa quedaría incompleto sin incluir a Ernst Fuchs y Herman Kantorowicz, conocido también bajo un seudónimo no escogido al azar: *Gneus Flavius* (Pacheco, 2004, p.775), quien siendo escriba del sistematizador de las "Acciones de la Ley" romanas -tradicionalmente conocidas solo por el Colegio de Pontífices- las sustrajo y posteriormente puso a disposición del pueblo (De Prada, 2001, p. 33)⁴.

² Las ideas jurídicas de Kantorowicz, como lo ponen de manifiesto algunos de sus comentaristas, fueron adoptadas y alabadas por el régimen nacionalsocialista alemán. Desde luego, la intención de su autor no fue apuntar en aquella dirección. Más aun, el autor fue posteriormente perseguido por dicho régimen en virtud de sus drásticas opiniones en contra de él. Con todo, puede resultar evidente el interés de los ideólogos del nazismo en una doctrina que apelaba a un Derecho implícito en las convicciones o sentimiento del pueblo y a una judicatura fuerte que pudiese aplicarlo.

³ Aunque Eugen Ehrlich en el prólogo de su obra *Libre Investigación del Derecho y Ciencia del Derecho Libre*, de 1903, afirmó que "un malentendido hace figurar a Bülow entre los partidarios del libre descubrimiento del Derecho". Expresa Ehrlich que la cercanía de Von Bülow con el movimiento se debería únicamente a su tesis de que la actividad judicial es creativa y no meramente aplicadora del Derecho.

⁴ Sobre el particular Aurelio De Prada expresa: "No procede, desde luego, hacer hincapié en la trascendencia histórica de Gnaeus Flavius, en su papel en el paso de la Jurisprudencia arcaica a la preclásica, de la jurisprudencia pontifical a la laica... trayendo a la memoria el texto de Pomponio recogido en el Digesto o los magníficos análisis al respecto de Ihering, de Fustel o de Coulanges. Pero sí resulta obligado concluir que la reivindicación, de esa forma, utilizando como seudónimo el nombre de quien robó las fórmulas de las acciones entregándolas al pueblo..., de quien asimismo divulgó publicándolo cerca del foro, el calendario pontifical, con indicación de los días hábiles para impartir justicia, no es ciertamente inocente".

Desde sus albores la faceta crítica del *Freirechtsbewegung* al momento de referirse a la Ciencia del Derecho combinó ingenio, ironía y un cierto tono beligerante. Al jurista modelo de la época -por ejemplo- Fuchs lo caracteriza como el criado al que en invierno se ordena que encienda diariamente la calefacción y que en verano sigue encendiéndola porque no se le ha revocado el mandato, o con un cocinero que siempre utiliza recetas acabadas, maquinalmente, cuando, más bien, debería dar su toque, su orientación a los casos difíciles (García, 1997, p. 808). Kantorowicz (1949), por su parte, arengaba a sus lectores en búsqueda no solo de beneplácito intelectual, sino también de militancia. Así expresaba: “Esperamos que nuestro trabajo haga que se alisten nuevos combatientes para la lucha de liberación de la Ciencia del Derecho, para el asalto del último baluarte de la Escolástica” (p. 328). Se buscaba, entonces, emancipar la ciencia jurídica, hasta el momento subyugada por el formalismo (Flores, 1998, p. 1009).

Sin embargo, la descripción más famosa del modelo de jurista cuestionado por el *Freirechtsbewegung* resulta ser la de Kantorowicz (1949) en *La lucha por la Ciencia del Derecho*, obra que en el primer párrafo de su introducción contiene la conocida alegoría del “Jurista de la mesa verde”:

un alto funcionario estatal, con formación académica, que se sienta en su celda, armado tan solo de una máquina de pensar, aunque, ciertamente, muy refinada. En esta celda se halla sólo una mesa verde sobre la cual está delante de él un código del Estado. Se le entrega un caso cualquiera, real o ficticio, y en cumplimiento de su deber, con ayuda de operaciones puramente lógicas y de una técnica secreta sólo por él conocida, es capaz de demostrar, con absoluta exactitud, la decisión predeterminedada por el legislador en el código. (Kantorowicz, 1949, p. 329)

Tal como lo afirma De Prada (2001), esta descripción es justamente famosa no solo por su fuerza visual, sino porque en muy pocas líneas se esbozan, además, casi todos los presupuestos de ese modelo. En efecto, hay alusiones expresas a un «legislador» y a un “código”, donde aquel ha predeterminedado la solución de cualquier caso real o meramente supuesto. Referencias de las que puede deducirse una consiguiente

organización jurídico-política que distinga claramente entre creador (el Estado) y aplicadores del Derecho (los jueces), obligando a estos, mediante un “deber”, también expresamente aludido, a resolver cualquier caso posible ateniéndose a las disposiciones de aquél (De Prada, 2001, p. 20).

Emergen de ella también referencias a un “funcionario” y su “formación académica”, menciones que permiten suponer la existencia de un sistema institucionalizado de entrenamiento que aquellos verdaderos operadores de la ley en donde se les transmite, por medio de una herencia selectiva, aquella técnica compleja y secreta que les permite extraer -mediante operaciones lógicas absolutamente precisas- el único contenido y sentido predefinido por el legislador en el texto de la ley:

El paralelismo que hoy por hoy existe entre la ciencia jurídica dogmática y la teología ortodoxa (hablemos sólo de ésta última) salta a la vista. Por un lado se habla de Dios, por el otro del legislador, ambos seres inasequibles a la experiencia. La masa profana desconoce sus intenciones o las conoce sólo de modo confuso. Una casta privilegiada de teólogos o de juristas es mediadora de las revelaciones. Ambas castas pretenden exponer la voluntad de aquellos seres, mientras que en realidad afirman como la voluntad de ellos lo que teólogos o juristas desean que sea religión o Derecho. La situación es necesariamente así, ya que la construcción de la voluntad se basa en meros fragmentos: sagrada escritura, leyes. No obstante, la tarea consiste en responder con su auxilio claramente a todas las cuestiones. El jurista debe ser capaz de demostrar que toda acción es derecho o entuerto: el teólogo que es agradable u odiosa para Dios... (Kantorowicz, 1949, p. 357)

Se distingue también en la alegoría de la mesa verde la prohibición del *non liquet*. El jurista cuestionado por Kantorowicz puede y debe resolver cualquier asunto sometido a su decisión, pero siempre extrayendo la solución de la ley, sin crear Derecho. Lo cual es posible conciliar, en términos lógicos, solo en tanto no se acepte la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico. Tal como lo afirma el alter ego de *Gneus Flavius*:

La prohibición de crear Derecho y la de negarse a fallar sólo pueden conciliarse entre sí arrancando de un tercer supuesto, a saber: que la ley carece de lagunas, no encierra contradicciones, es completa y clara o, por lo menos, que, partiendo de una ley llena de lagunas, contradictoria y oscura, cabe llegar a una decisión unívoca de cualquier problema jurídico, por medios puramente intelectuales. Es el postulado o la ficción consistente en afirmar que la ley o, por lo menos, el orden jurídico forma una unidad cerrada y completa. (Kantorowicz, 1949)

En *La lucha por la Ciencia del Derecho*, el mismo Kantorowicz (1949) completa esta impresión:

Sólo la jurisprudencia se atreve a causa de su supuesta plenitud hermética a poder resolver cualquier problema real o imaginable y exige esta capacidad inclusive del último de sus novatos. Y sin embargo la jurisprudencia no se encuentra completamente sola. El curandero que aún en el caso más oscuro encuentra la diagnosis y aún en la diagnosis más desesperada la terapéutica; el sacerdote que imperturbablemente calcula la penitencia de sus feligreses que Dios exige respecto a cada uno de sus pecados, forman la fatídica compañía con la cual el jurista dogmático recorre su camino... (p. 340)

Y posteriormente define el talante del *Freirechtsbewegung*:

Mientras que en la teología el espíritu de la Reforma llega a su bella culminación, la Ciencia del Derecho, que no se despertó a tiempo para emprender su Reforma, tiene casi todo por hacer. Bien es verdad que los ideales de nuestro movimiento encarnan claramente el espíritu de la Reforma alemana que superó la letra, liberó al individuo, dio al sentimiento carta de naturaleza y enseñónos a escuchar la voz de la conciencia; pero no lo es menos que hasta hoy sigue esperando en vano la ciencia jurídica al hombre que siente en sí la fuerza de devenir su Lutero. (p. 361)

4. PRINCIPALES TESIS DEL MOVIMIENTO DEL DERECHO LIBRE

Según hemos indagado, el pensamiento del *Freirechtsbewegung* se articula con base en 5 tesis principales: una sobre las fuentes del Derecho, otra sobre las lagunas (jurídicas) legales, una tercera acerca de la derrotabilidad de la ley y las lagunas axiológicas, una cuarta referida a la reconstrucción de la Ciencia Jurídica y una quinta acerca del rol del juez y la enseñanza del Derecho. A todas ellas pasaremos revista a continuación.

4.1 El Derecho no es solo estatal: es libre y vivo

Como ya se ha expresado, durante el siglo XIX la mayoría de las corrientes jurídicas (menos la histórica) afirmaba categóricamente que el Derecho era (y únicamente debía ser) un producto de la voluntad del Estado. El proceso codificador elevó tal impresión al nivel de dogma.

Desde esa perspectiva, el Estado -personificado en sus poderes tripartitamente distinguidos- habría de monopolizar la producción de normas jurídicas. La interferencia de cualquier otra fuente de producción resultaría ilegítima y perniciosa (Segura, 1993a, p. 427).

El movimiento del Derecho Libre, en cambio, se esforzará por demostrar que además del derecho de procedencia estatal existe otro Derecho, absolutamente independiente de aquel, con vigencia efectiva en el seno de las distintas sociedades, caracterizado por su ausencia de formalización (Segura, 1993b, p. 115).

Freies Recht lo llamarán Kantorowicz y Fuchs. *Lebendes Recht* lo denominará Ehrlich. Dificultosamente definido, los contornos de este Derecho no estatal fueron dibujados atribuyéndole una primacía cronológica: las leyes promulgadas solo vendrían a formalizarlo, no a crearlo, se dijo. El *alter ego* de *Gneus Flavius* lo comparó con el Derecho Natural. Así, señaló que

El Derecho Natural es un Derecho que pretende regir independientemente del poder estatal. Denominamos todo Derecho de esta índole Derecho Libre y caracterizamos, por ende, el Derecho Natural enseguida y provisionalmente como una clase especial de Derecho Libre. (Kantorowicz, 1949, p. 332)

Para Ehrlich, por su parte, será “las reglas que los propios hombres en su vida común tienen por obligatorias” (citado en: De Prada, 2001, p.35).

Analizando su esencia, De Prada (2001) propone que la diferencia básica entre el Derecho Estatal y el Derecho Libre radicaría en su grado de conocimiento. Para sostener tal hipótesis acude a las siguientes palabras de Kantorowicz en *La lucha por la Ciencia del Derecho*:

Y este Derecho libre, vuelto inesperadamente del olvido a la teoría jurídica, en el acto se muestra por lo menos de igual condición de poder o influencia que el Derecho estatal. Sobre todo le aventaja por el hecho sencillo de que se conoce el Derecho Libre, mientras que se desconoce el Derecho estatal, a no ser que el último coincida con el primero... lo que afortunadamente ocurre con frecuencia. En esta ocasión nos encontramos con la primera de esas ficciones, lugartenientes de ideas más adecuadas, sobre las cuales descansa el edificio de nuestra concepción del Derecho: la ficción de que todo el mundo conozca el Derecho estatal. (De Prada, 2001, p.36)

Por su parte, Segura Ortega (1993b, p. 116) -también acudiendo a Kantorowicz- señala que la diferencia entre ambos se encontraría en que el derecho no estatal (el Derecho Libre) no está formalizado, en la medida que no ha completado el proceso para su establecimiento.

El propio Kantorowicz ensayó un inventario de los componentes principales del Derecho Libre. En él incluyó: (1) las reglas de los trabajos preparatorios de la legislación, tales como sus fundamentación y debates legislativos, así como las leyes que habiendo sido publicadas aún no entran en vigor, lo que llamó *Werdendes Recht*, (2) las reglas de interpretación que no pueden ser obtenidas inmediatamente de la ley

y aquellas normas -como la del artículo primero del Código Civil suizo de la época- que ubican al juez en la posición del legislador cuando ni el derecho positivo ni la costumbre pueden dar respuesta a un determinado caso, lo que denominó *Begehrtes Gesetzes*, (3) las reglas que pertenecen a las prácticas negociales y comerciales y las que aluden a nociones tales como “buenas costumbres”, “buena fe”, “equidad”, etc, que nombró *Werdendes Gewohnheitsrecht*, y (4) el resto de las reglas de interpretación y aquellas que se van conformando en la práctica de los tribunales, que identificó como *Begehrtes Gewohnheitsrecht*.

Por su parte, Eugen Ehrlich, principalmente durante la polémica que sostuvo con Hans Kelsen a raíz de la obra del primero titulada *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, pero también en otras de sus obras, se esforzó en desarrollar de forma más persuasiva y convincente la tesis de la negación de la estatalidad del Derecho. Su propuesta articula una especial relación entre tres elementos: Estado, Derecho y Coacción.

Para Ehrlich, el Estado nacional moderno se caracteriza por su poder militar y policial, y por la pretensión de monopolizar la administración de justicia a través de sus órganos empleando la imposición coactiva. Según el mencionado autor, el Derecho es un fenómeno social. El Estado aparece solo en una época avanzada de la civilización. El Derecho sería -por tanto- un fenómeno previo al Estado, debido a que existe desde que surgió la sociedad (Robles, 2002, p.64).

El Derecho, a su juicio, tanto por su origen histórico como por su contenido, debe ser distinguido de la ley. La ley puede recoger el Derecho Vivo (o Libre), que se desarrolla en los hechos del Derecho. Para explicar esto último se vale de un ejemplo dado por la aplicación de la patria potestad en Bukovina (antigua provincia del Imperio Austro-húngaro, donde se ubica su ciudad natal), lugar en que regía el Código Civil austriaco, cuerpo normativo de talante individualista en materia de familia y según el cual el hijo podía disponer de su patrimonio con total libertad. En los hechos -llama la atención el autor- la patria potestad se toma profundamente en serio en Bukovina, de forma que si un hijo de familia trabaja, el padre o la madre se presentan sagradamente cada mes al patrono para retirar su salario (Ehrlich, 2005b, p. 92). Con

este caso anuncia el contenido y origen del derecho vivo: reglas del deber ser jurídicas que no permanecen tan solo como normas de decisión, sino que regulan realmente el comportamiento humano, que se averiguan por medio de la percepción del acontecer fáctico. Se manifiesta en el comportamiento humano, no en proposiciones dirigidas a la autoridad (Robles, 1982, p. 35).

Nosotros los juristas -escribió Ehrlich- estamos siempre dispuestos a sostener que la norma de decisión da cumplida cuenta de la relación de la vida, que la regla jurídica expresa adecuadamente la regla que rige la vida; pero, en realidad, son cosas muy diferentes. En la realidad la vida se regula y se determina a sí misma en primer lugar. Cuán reducido es el influjo que ejerce el derecho de familia fijado en reglas jurídicas (positivas) sobre la organización fáctica de la familia en la vida, de qué manera tan distinta se interpretan y se cumplen los contratos en el tráfico comercial a como sucede en aquellos pocos casos en los que recae una sentencia (Ehrlich, 2005a, p.85)

El Derecho Vivo no se desvirtúa cuando resulta reconocido por la ley. No se convierte en derecho estatal. Tal caso solo constituye un acto de reconocimiento de un conglomerado de reglas que se manifiestan cotidianamente y con normalidad. En su esquema -entonces- el derecho estatal es subsidiario al derecho libre (Robles, 1982, p.39). Esto último se vería confirmado porque el derecho libre se contrapone al estatal solo ante el juez y las autoridades, mientras que el primero rige sin contrapeso la vida real de los hombres en sus relaciones recíprocas. Así, el Derecho no sería -como sugiere la concepción tradicional- un conjunto de proposiciones según las cuales las autoridades han de dirimir los conflictos. No es un conjunto de normas de decisión, sino más bien de organización. Es un orden constituido principalmente por reglas del obrar (Robles, 1982, p. 31). El Derecho -dijo- existe también para cumplir fines muy diferentes que decidir las controversias jurídicas. Constituye el fundamento del orden social. Aunque las normas que deciden conflicto sean las más visibles para los juristas, no son las únicas ni las menos importantes (Ehrlich, 2005a, p. 64).

Para el jurista de Bukovina, en cada sociedad existen grupos. Dentro de ellos ocurren relaciones que resultan relevantes para el Derecho y otras que no lo son. Las primeras se encuentran disciplinadas por normas que constituyen el núcleo de las relaciones en el interior del grupo y le proveen tanto orden como estructura. Así, este orden u ordenamiento interno es lo que forma la organización. Las normas -entonces- indican en primer lugar a los miembros del grupo su posición dentro de este (relaciones de supra y subordinación) y sus tareas. Tales reglas tienen su origen en los hechos del Derecho, en la práctica social. Son expresiones de aquella (Robles, 2002, p. 53). Junto a dichas normas *de organización* (posteriormente, en realidad, pues serían consecuencias de aquellas) aparecerían las que nuestro autor denominó *reglas de decisión*, cuya función consiste en proveer la solución a eventuales conflictos. En su esquema, estas normas son secundarias respecto de las normas de organización, pues son estas últimas las que confieren coherencia interna a los grupos sociales. Mientras las normas de organización van dirigidas a todo el grupo, las de decisión, que proveen mecanismos de resolución de conflictos, van dirigidas únicamente a aquellos que desempeñan tal función en el grupo: los tribunales (Robles, 2002, p. 54).

Bajo el convencimiento de que el Derecho es un conjunto de normas de decisión -expresa Ehrlich- se lo ha ligado inseparablemente a la función de los jueces y demás autoridades del Estado, definiendo la actividad jurídica como un fenómeno estatal. Tal afirmación constituye, a su juicio, no solo un error en la apreciación general del Derecho, sino también una equivocación histórica. Si el Derecho es preestatal, y está compuesto por normas de organización y decisión, la aplicación de estas últimas no tiene un vínculo esencial con el órgano estatal que denominamos tribunal. Además, por la misma causa y debido a la esencia del Estado, se ha considerado a la coacción como parte del Derecho. Ello hace creer a los juristas que la coactividad es esencial en el Derecho. Empero, bastaría con observar aquello que los hombres hacen u omiten para convencerse de que en general no piensan en la coacción de un tribunal, sino en motivaciones de la más diversa índole, puesto que el ordenamiento de una sociedad humana reposa sobre la general

observancia de los deberes jurídicos (contenidos en el Derecho Vivo) no sobre su accionabilidad (Robles, 1982, p. 39).

Como puede apreciarse, la conceptualización del Derecho Libre o derecho no estatal dista de ser exacta y acabada. Kantorowicz se excusaba de aquello aduciendo que no se puede exigir altos niveles de precisión a un movimiento joven como el *Freirechtsbewegung*. Con todo, pese a lo inasible del concepto, su sola proposición -y firme defensa- impacta de lleno en principios básicos de la Ciencia Jurídica de la época, entre ellos, el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico, la autoridad de la soberanía expresada en la ley y la definición de cuál es la verdadera Ciencia del Derecho. Cuestiones que abordaremos a continuación.

4.2 La crítica al dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico y el reconocimiento de las lagunas jurídicas: “la ley es siempre demasiado ancha y demasiado estrecha”

Los autores del Derecho Libre ponen especial énfasis en demostrar que la ley (no necesariamente el Derecho) es incapaz de dar respuesta expresa a todos los casos posibles y que es quimérica toda invocación de la capacidad del sistema legal para autointegrarse (García, 1997, p. 804). No en vano Segura Ortega afirma que se trata de uno de los temas favoritos y centrales de todo el movimiento. Ello, puesto que, aunque en la actualidad la existencia de lagunas en el Derecho es aceptada casi de forma unánime, en aquella época podría considerarse hasta una excentricidad realizar una afirmación como esta (Segura, 1993a, p. 429).

Las denominadas “lagunas jurídicas” (o lagunas en sentido propio) son aquellos espacios de falta de integridad o de plenitud del ordenamiento jurídico, detectados a raíz de la existencia de un caso que no puede ser correlacionado con ninguna calificación jurídica disponible en el ordenamiento, esto es, cuando aquel no lo declara ni prohibido u ordenado, ni permitido (Prieto, 2008, p.123).

En la época gran parte de las doctrinas afirmaban que el Derecho era perfecto, o casi perfecto. Especialmente el positivismo ingenuo y pretencioso de la Jurisprudencia de Conceptos y la Escuela de la Exége-

sis, arraigado en Francia y Alemania. Espacios donde tal mentalidad se vincula a las circunstancias históricas: el esfuerzo codificador había supuesto una clarificación importante en el mundo jurídico, proporcionando elementos idóneos para la resolución de un considerable conjunto de problemas (Segura, 1993b, p.118). Asimismo, el postulado de la plenitud aparece como necesario a fin de hacerlo compatible con las exigencias del Derecho moderno, íntimamente ligado al proceso de monopolización jurídica del Estado Legislativo (Prieto, 2008, p. 123) y profundamente respetuoso del dogma de separación de poderes.

La relación antagónica entre plenitud del Derecho y lagunas jurídicas admite distintas formulaciones. Ellas dependen de respecto de quien se predique (o pretenda) la plenitud o integridad: del Derecho o de ciertas fuentes preexistentes. Si la plenitud se declara respecto de ciertas fuentes formales establecidas con anterioridad al juzgamiento de los asuntos, como la ley u otra reconocida, y estamos ante un caso no resuelto por ellas, entonces hay lagunas jurídicas. En cambio, si la plenitud se expresa respecto del Derecho, entendiéndolo como un sistema integrado por diversas fuentes, no necesariamente positivas -como la costumbre- ni siempre promulgadas oficialmente con anterioridad a los hechos juzgados -como las decisiones judiciales-, el problema de las lagunas se diluye, pues todo caso podría ser resuelto con base en este sistema de fuentes múltiples. Así lo afirma -entre otros- el maestro Prieto Sanchís (2004), quien expresa que si admitimos que del Derecho forman parte también las decisiones judiciales y que estas deben decidir todo caso con arreglo a las fuentes o de cualquier otra manera, entonces el problema desaparece: siempre tendremos respuesta.

En una de sus primeras obras Ehrlich se preguntaba acerca del éxito del famoso artículo 4 del Código Civil francés que prescribía a los jueces la obligación de fallar todos los casos, asumiendo que el Código resolvía todas las cuestiones jurídicas. Su respuesta era negativa. Ni tan siquiera el código prusiano, elaborado con base en la casuística -afirmaba-, se podría aproximar a tan ambiciosa meta. El motivo es evidente: resulta imposible (Segura, 1993a, p. 429).

En palabras de Fuchs, “la ley es siempre demasiado ancha y demasiado estrecha”, y “más de siete octavos de las decisiones del Tribunal del Reich son colmado de lagunas”. Esto no puede ser de otro modo, ya que la ley se expresa en palabras y las palabras nunca pueden abarcar plenamente la realidad. Es cierto que el Derecho y el lenguaje se dan juntos, pero debido a esa insuficiencia del lenguaje para aprehender la compleja realidad, el arte del Derecho no puede ser una pura cuestión de palabras. Si las palabras de la ley retrataran exactamente toda realidad, la decisión jurídica sería inequívoca e indiscutible, y no se necesitaría ni un sistema de recursos ni una legión de abogados (García, 1997, p. 805).

Para Kantorowicz, por su parte, la existencia de lagunas no es una excepción, sino la regla general. En su opinión, puede afirmarse que en la ley hay tantas lagunas como palabras. Ningún concepto se halla analizado hasta en sus últimas características, solo pocos han sido definidos, y esos pocos solo por medio de conceptos indefinidos (Segura, 1993a, p. 430).

En esencia, esta crítica consta de dos aristas: una en cuya virtud se denuncia la incapacidad irremontable de las disposiciones legales -generales y abstractas- para disciplinar el inconmensurable ámbito de las relaciones humanas; la otra cuestiona directamente el método de aplicación del Derecho a partir del cual se afirmaría su plenitud.

Tanto el sinfín de nuevos conflictos que se producen en la sociedad como la generalidad y abstracción de las normas conspiran contra la plenitud del ordenamiento legal. Si el legislador elabora normas a partir de hipótesis, la introducción de los matices propios de cada caso perturbará el proceso silogístico deductivo. Incluso, en muchos casos -la mayoría según el *Freirechtsbewegung*- la subsunción será imposible, debido a lo remoto del supuesto de hecho respecto de la premisa mayor. Cuando ello ocurra, los métodos de regeneración de la ley dispuestos por el mismo ordenamiento -la analogía especialmente-, a ojos del Movimiento del Derecho Libre, son igualmente insuficientes e incluso falaces.

En efecto, la crítica a la negación de las lagunas apunta no solo al aspecto formal de esta idea insostenible, sino, más bien, al discurso endémico de la Ciencia Jurídica exegética (y/o conceptual) que afirma que frente a los casos en los que la simple deducción no es posible, la actividad regenerativa de la ley, desarrollada por intermedio de la analogía, no implica creación judicial de Derecho. Para el *Freirechtsbewegung*, tanto la analogía como el resto de las técnicas de “autointegración” de la ley no aportan al ordenamiento jurídico la elasticidad suficiente para evitar las lagunas, sino que las colman, pero mediante la aplicación de otro Derecho: el *Derecho Libre*. Las lagunas, entonces, no son espacios de reproducción de la ley sino de origen de otras fuentes formales del Derecho. Es aquí donde el Derecho Libre hace su aparición, sostiene Segura Ortega. Un Derecho que surge espontáneamente del seno de la sociedad, que es obtenido por los jueces en su actividad cotidiana, impregnado de valores y que supera la rigidez de la ley (Segura, 1993a, p.431). Por eso, para los autores del movimiento será causa de admiración el artículo 1 del Código Civil suizo de la época, que rezaba: “En los casos no previstos por la ley el juez decidirá según la costumbre y, en defecto de esta, según las reglas que él adoptaría como legislador”⁵.

Considerando lo anterior, la denuncia de la existencia de lagunas por parte del movimiento del Derecho Libre es relativa. No afirman que existan segmentos carentes de regulación (lo que constituiría una concepción fuerte o radical de las lagunas jurídicas). Sostienen que la identificación de ley con Derecho edifica un ordenamiento jurídico incapaz de cumplir con los fines que le son propios. Sugieren, en su lugar, el reconocimiento de otras fuentes del Derecho, originadas bajo un paradigma diametralmente opuesto: mediante lógica inductiva y con intermediación judicial. Para el *Freirechtsbewegung*, un Derecho identificado con la ley tendrá siempre lagunas, en cambio, un Derecho integrado por el Derecho Libre no las tendrá.

⁵ Traducción libre.

4.3 La primacía de la equidad y la justicia: “El juez puede y debe prescindir de la ley”

El movimiento del Derecho Libre no solo sentó las bases para la superación del dogma de la plenitud de la ley; también anticipó el reconocimiento de lo que más tarde ordinariamente denominaríamos “lagunas ideológicas o axiológicas”. Esto es -siguiendo a Guastini-, aquellas situaciones en las cuales un cierto supuesto de hecho si se encuentra regulado por una norma, pero que, según la opinión del intérprete, se haya reglado de forma axiológicamente inadecuada, porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta (Guastini, 2006, p. 278), o no consideró -empleando lenguaje de Alchourrón y Bulygin (1975, p. 154)- una propiedad relevante del caso.

Fuchs -relata García Amado- comparó continuamente la labor jurídica, especialmente la judicial, con la práctica de la medicina o con el trabajo artístico. Una buena sentencia -dijo- se diferencia de la labor de una máquina en dos cosas. Por un lado, no es mera obra de una técnica de disección de conceptos sino que es como una obra arquitectónica que se adapta bien a las peculiares condiciones espaciales, y, al mismo tiempo, es sobre todo una obra de arte inspirada por un sentimiento jurídico. Y, simultáneamente, en todos los casos límite -que son los más- es una obra guiada por convicciones (García, 1997, p. 809).

Para Fuchs, toda regla jurídica ha sido elaborada para un caso “normal” (de hecho distingue reiteradamente entre lo que hoy llamaríamos “casos fáciles” y “difíciles”), pero las “circunstancias especiales” del caso siempre pueden requerir una respuesta especial. Y la esencia del arte jurídico consistiría, específicamente, en reconocer esas circunstancias especiales (García, 1997, p. 805). Para dicho autor, lo importante al momento de convertir un caso en especial, de modo que este se sustraiga del criterio abstracto de la ley, es un elemento valorativo, un cierto sentimiento de justicia o equidad que lleva a concluir que es injusta la aplicación de la ley. Lo diferente de las circunstancias del nuevo caso se pondera a la luz de la justicia o equidad de atribuirle a ese caso la solución genérica de la ley. Para Fuchs, lo que genera esta laguna no es el tenor literal o las palabras que la ley emplea, sino que el sentido

común o la experiencia sugieran categóricamente que la ley no puede aplicarse al caso que se enjuicia. Aunque los términos de la ley sean claros, hay laguna, y no procede, por tanto, su aplicación, sino la decisión libre, cuando el caso no se inserte con equidad y justicia bajo ella. Habría laguna cuando el encaje de un caso bajo la ley resulte contraiutitivo, inadecuado o injusto. Todo esto lo sintetiza Fuchs en la idea de que para todo código y toda ley rige como primer artículo tácito lo siguiente: "Esta ley, como toda ley, tiene lagunas. Cada uno de sus párrafos tiene su límite allí donde su aplicación literal resulte inadecuada o irrazonable" (García, 1997, p. 805).

En suma, concluye García Amado -para el autor de marras-, el juez aprecia el concreto caso que conoce con el propósito de revisar si sus perfiles admiten la aplicación de una solución legal preestablecida con resultado justo. Cuando la conclusión sea negativa, del imperativo de justicia emergerá la especialidad del caso que evidencia la injusticia de aplicarle -sin más- la ley. Serán aquellas peculiaridades provistas por los hechos las que han de sustraer al caso del supuesto legal abstracto. Se generará así una laguna, respecto a la cual el juez deberá decidir ya no propiamente *contra legem*, sino *praeter legem* (García, 1997, p. 807). Ponderando los bienes en conflicto y considerando el interés general, como lo haría el legislador (García, 1997, p. 809).

Kantorowicz (1949) -por su parte- en el mismo sentido afirmó que

El juez puede y debe prescindir de la ley, en primer lugar, si le parece que la ley no le ofrece una decisión carente de dudas; en segundo lugar, si no le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el Poder estatal existente en el momento de fallo habría dictado la resolución que la ley reclama. En ambos casos dictará el juez la sentencia que según su convicción el actual Poder del Estado habría decretado si hubiese pensado en el caso de autos. Si el juez no fuese capaz de formarse tamaña convicción, se inspirará en el Derecho libre. (p. 363)

En general, el *Freirechtsbewegung* se esforzó en dejar claro que sus tesis (especialmente esta) no promueven una desvinculación del juez

respecto del Derecho. El Movimiento del Derecho Libre no pretendía conceder una mayor libertad al juez, sino reconocerle la que inevitablemente tiene cuando realiza su función (Segura, 1993, p.448). Participaba en ese sentido lo que se dio en llamar la “epidemia de sinceridad” de la Ciencia Jurídica de comienzos del siglo XX. Pero también justificaba aquello sosteniendo que cuando el juez colmaba las lagunas de la ley, lo hacía aplicando Derecho. Un Derecho no contenido solo en la Ley, sino uno superior a aquel, no formalizado ni explicitado positivamente, alcanzado a través de principios plasmados en las normas (García, 1997, p. 816) y extraído de las reglas de obrar con vigencia efectiva en la sociedad (Robles, 1982, p. 35) : el Derecho Libre.

Como se adelantó, se aprecia en estas ideas un sistema de propuestas acerca de las lagunas, especialmente en torno a las axiológicas. Hay un llamado a aplicar el Derecho Libre -que como ya vimos, se yuxtapone a la ley- no solo en los casos sin solución, sino, más bien, en los casos con una mala solución según el aplicador del Derecho. Y esta es justamente la caracterización que Rodríguez y Navarro (2000, p. 76) hacen de la ya mencionada clase de lagunas. En palabras de Guastini (2006), este tipo de laguna no consiste en una falta de norma sin más. Lo que falta no es una norma que regule el supuesto en cuestión, porque ese supuesto, en efecto, está reglado (de no ser así habría una laguna normativa). Falta, en verdad, en el enunciado normativo cuestionado una norma satisfactoria o “justa” y, más precisamente, una norma diferenciadora, es decir, una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto (Guastini, 2006, p. 278). Las lagunas axiológicas no son propiedades objetivas del sistema, dependen de las valoraciones del intérprete (Guastini, 2006, p. 289).

Y aquella tesis del Derecho Libre sobre las lagunas axiológicas va -desde luego- en conjunto con su contrapartida necesaria: una propuesta sobre la derrotabilidad de la ley, pues las lagunas axiológicas y la derrotabilidad de las normas son las dos caras de una misma moneda (Guastini, 2006, p. 284).

Una norma es derrotable cuando está sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano, de ma-

nera que no es posible para precisar por anticipado las circunstancias que operan como genuina condición suficiente de su aplicación (Guastini, 2006, p. 279), sin que aquello obste su validez. Pues bien, cuando el *Freirechtsbewegung* sostiene que la aplicación de toda norma legal puede ser suspendida en consideración a la especialidad del caso, a la justicia o equidad de los resultados y -en fin- al Derecho Libre, aquello no es otra cosa que una afirmación de que la ley no solo contiene lagunas jurídicas, sino también es susceptible de lagunas axiológicas originadas en el respeto de normas preponderantes (contenidas en el Derecho Libre) capaces de derrotar en su vigencia concreta al derecho legal.

Reconocer que la tesis completa del Movimiento del Derecho Libre sobre las lagunas se edifica sobre la existencia de lagunas jurídicas y axiológicas es relevante por varias razones, que analizaremos más adelante. Desde luego, no se trata de ideas neutras en materia institucional ni ideológica. Es más, a través de la reformulación del sistema de fuentes el Movimiento sienta las bases para su propio concepto de Derecho y para su proyecto de redefinición de la Ciencia Jurídica, en cuya contra reaccionaría enérgicamente Kelsen. Con todo, pareciera ser que la denuncia de la existencia de lagunas jurídicas y axiológicas, y la atribución de un deber de resolverlas a la judicatura, constituyen su forma de combate más decidido en contra del formalismo geométrico de las estirpes más radicales de la Escuela de la Exégesis y de la Jurisprudencia de Conceptos.

En efecto, mediante el reconocimiento de que la ley puede ser incompleta (lagunas jurídicas) y materialmente incorrecta (lagunas axiológicas) se dota al sentenciador de diversas alternativas para controlar tanto la oportunidad como la justicia de su aplicación. Tal metodología implica un giro copernicano respecto de los planteamientos teóricos en uso durante aquella época.

En un esquema como este, la ley no solo puede resultar descartada de su aplicación a un caso concreto al ser contrastada un derecho superior (como el Derecho Libre) debido a sus déficit axiológicos. También puede serlo mediante la construcción de una laguna normativa con base

en una interpretación restrictiva de la norma. Tal como lo describe el maestro Prieto Sanchís (1993, p. 88), el primer paso de la actividad de aplicación del Derecho consiste en calificar provisionalmente los hechos que activarán el ordenamiento jurídico, seleccionando al mismo tiempo que se individualiza la norma o se segmenta el sector normativo relevante, al cual posteriormente se atribuirá significado. El “jurista de la mesa verde” prácticamente agotará la actividad jurisdiccional con la mera identificación del segmento normativo aplicable, pues la lógica formal subsuntiva -o en el peor de los casos la analogía- harán el resto. En cambio, el *Freirechtsbewegung* permite al juez concluir que, simplemente, no hay norma en la ley que pueda ser aplicable al caso. Y dada la amplia libertad concedida (o reconocida) al Juez, aquel podrá estimar que la ley contiene una laguna normativa objetiva (se trata realmente de un caso no reglado), o bien podrá incluso construir la laguna mediante una interpretación mínima de las reglas legales vigentes. En un sistema en que la justicia, la equidad y el Derecho Vivo son los principales agentes de racionalización de la ley, la mera subsunción es descartada y la interpretación de la normas es tan importante como la de los hechos, lleva la razón aquella afirmación de Guastini en orden a que incluso las lagunas normativas son variables dependientes de la interpretación: según una interpretación determinada, hay una laguna normativa, mientras que según otra interpretación, esta laguna milagrosamente puede desaparecer, incluso transformarse en laguna axiológica (Guastini, 2006, p. 286).

4.4 Libre descubrimiento del Derecho: menos Sherlock Holmes y más jueces Holmes⁶

Como ya se ha dicho, los principales destinatarios de las críticas del *Freirechtsbewegung* fueron la Ciencia Jurídica de la época y -especial-

⁶**Nota metodológica:** De conformidad con el uso de la época, los autores analizados emplean el término *Jurisprudencia* en el sentido del concepto alemán *Jurisprudenz*, que alude a la Ciencia del Derecho. No se refiere -entonces- a los que hoy ordinariamente designamos con tal vocablo, esto es, la doctrina establecida por los tribunales en sus sentencias. A efectos de guardar fidelidad a las ideas de los autores cuyo pensamiento se estudia en este trabajo, hemos respetado el sentido con que utilizan este concepto.

mente- su método. Según Fuchs, la teoría jurídica formalista y conceptual habría sido construida sobre la base del método *Bovigistich*; afirmación rebotante de ironía a través de la cual comparó el método deductivo y la comprensión del Derecho como sistema lógico, completo y cerrado con la excéntrica figura del *Bovigus*, animal completamente desconocido por la zoología cuya existencia concluyó el historiador del Derecho Philipp Eduard Huschke a partir de las fuentes del Derecho romano.

En efecto, según relata Ihering en *Bromas y veras en la jurisprudencia*, Huschke por vía meramente deductiva enriqueció la zoología con este animal "desaparecido" del cual no existen fósiles, pero que tiene que haber existido, porque la razón nos lo dice. En su obra *Constitución de Servio Tulio*, el mencionado historiador alemán llegó a la convicción de que a las cinco clases de censos deben haberles correspondido cinco clases de animales pertenecientes a la *res mancipi*, de modo que cada clase debió haber tenido su animal. Lo cierto es que los romanos solo conocen cuatro, pero Huschke no se arredra por eso y le halla el remedio inventando el animal faltante, al que introduce en el mundo de las criaturas reales tras haber fundamentado (en el Derecho) la necesidad lógica de su existencia (Ihering, 1974, p. 197). Y no solo esto, sino que además hace una descripción de las características morfológicas del nuevo animal (Segura, 1993a, p. 437).

Con esta crítica el propósito de Fuchs (y del Movimiento del Derecho Libre) fue poner de manifiesto que la concepción del Derecho como un sistema es -a sus ojos- absolutamente falsa y que insistir en ella, empleando un método abstracto y deductivo, puede conducir en no pocas ocasiones a conclusiones tan absurdas y alejadas de la realidad como ocurrió con Huschke y su *Bovigus*. La auténtica Ciencia Jurídica -dirían Fuchs y Kantorowicz- debe alejarse del modelo de la Teología (García, 1997, p. 818). Este último incluso afirmó que

Sólo la jurisprudencia se atreve a causa de su supuesta plenitud heremética a poder resolver cualquier problema real o imaginable y exige esta capacidad inclusive del último de sus novatos. Y sin embargo la jurisprudencia no se encuentra completamente sola. El curandero que

aún en el caso más oscuro encuentra la diagnosis y aún en la diagnosis más desesperada la terapéutica; el sacerdote que imperturbablemente calcula la penitencia de sus feligreses que Dios exige respecto a cada uno de sus pecados, forman la fatídica compañía con la cual el jurista dogmático recorre su camino... (Kantorowicz, 1949, p. 340).

Aquella impresión tan crítica encuentra fundamento para su justicia en la estima que a la jurisprudencia manifestaban los juristas de la época. En este sentido, son elocuentes las palabras de Portalis (1778) en su discurso preliminar al Código Civil francés:

En el estado de nuestras sociedades, harta fortuna es que la Jurisprudencia constituya una ciencia que pueda atraer al talento, lisonjear al amor propio y despertar la emulación. Por todo ello, una clase entera de hombres se dedica a tal ciencia, y esta clase, consagrada al estudio de las leyes, ofrece consejos y defensores a los ciudadanos que no pueden dirigirse y defenderse por sí mismos, y se convierte en algo así como el seminario de la magistratura. (p.38)

En *La lucha por la Ciencia del Derecho* Kantorowicz (1949) comparó insistentemente la ciencia jurídica y el derecho con la religión y la teología. Así escribió que

El paralelismo que hoy por hoy existe entre la ciencia jurídica dogmática y la teología ortodoxa (hablemos sólo de ésta última) salta a la vista. Por un lado se habla de Dios, por el otro del legislador, ambos seres inasequibles a la experiencia. La masa profana desconoce sus intenciones o las conoce sólo de modo confuso. Una casta privilegiada de teólogos o de juristas es mediadora de las relevaciones. Ambas castas pretenden exponer la voluntad de aquellos seres, mientras que en realidad afirman como la voluntad de ellos lo que teólogos o juristas desean que sea religión o Derecho. La situación es necesariamente así, ya que la construcción de la voluntad se basa en meros fragmentos: sagrada escritura, leyes. No obstante, la tarea consiste en responder con su auxilio claramente a todas las cuestiones. El jurista debe ser capaz de demostrar que toda acción es derecho o entuerto: el teólogo que es agradable u odiosa para Dios. (p. 357)

Incluso -el mismo autor- encuentra similitudes entre las campañas antiformalistas religiosas y jurídicas; así señala:

Ni qué decir tiene que el movimiento de la religión libre es esencialmente idéntico a nuestra dirección del Derecho libre. No obstante, queda entre ambos una diferencia: Mientras que en la teología el espíritu de la Reforma llega a su bella culminación, la Ciencia del Derecho, que no se despertó a tiempo para emprender su Reforma, tiene casi todo por hacer. Bien es verdad que los ideales de nuestro movimiento encarnan claramente el espíritu de la Reforma alemana que superó la letra, liberó al individuo, dio al sentimiento carta de naturaleza y enseñó a escuchar la voz de la consciencia; pero no lo es menos que hasta hoy sigue esperando en vano la ciencia jurídica al hombre que siente en sí la fuerza de devenir su Lutero. (p. 361)

En lugar de la Ciencia Jurídica tradicional, el Movimiento del Derecho Libre propone la utilización de un método individual, concreto, inductivo, basado en la observación y que promueva el uso de la voluntad -no solo de la razón- para la comprensión y aplicación del Derecho (Segura, 1993a, p.438). No cuestiona necesariamente la posibilidad de crear un sistema de proposiciones jurídicas abstractas. Lo que niega de plano es que un orden con dicha característica pueda ser aplicado. Todos los principios, normas y proposiciones establecidas por la Ciencia Jurídica tradicional resultan -a sus ojos- inútiles para la vida jurídica práctica. En consecuencia -como afirma Manuel Segura-, la necesidad de modificar el método o los métodos jurídicos implicará para el *Freirechtsbewegung* un cambio sustancial en cuanto a la propia concepción de la Ciencia Jurídica. Su construcción, su objeto y su método deben ser revisados profundamente (Segura, 1993, p.438).

Sin embargo y pese a la coincidencia en el juicio crítico sobre la Ciencia Jurídica, es posible apreciar importantes divergencias en torno al modelo de reemplazo sugerido por los autores más representativos del Movimiento del Derecho Libre. Así, mientras que para Ehrlich (Robles, 1982, p.30) y Fuchs la sociología es la auténtica Ciencia Jurídica, Kantorowicz no declarará completamente muerta a la jurisprudencia, sino

que verá en ella un carácter mixto: normativo y fáctico (Segura, 1993a, p.439).

Para Kantorowicz, la Ciencia Jurídica tradicional trabaja con un objeto y un método errados. Su objeto no puede ser únicamente el derecho estatal. No puede desconocer el Derecho Libre. Soslayarlo o preterirlo conduce a un reduccionismo que torna imprecisa la descripción del fenómeno jurídico y transforma en estéril cualquier esfuerzo de operarlo correctamente. Reconocer un objeto más amplio implica necesariamente modificar el método con el cual se aborda, al menos en dos sentidos: primero, de una forma que permita reportar y explotar aquel objeto en constante cambio, pues la evolución es una condición del Derecho (Libre), y segundo, de manera tal que su estilo de operación sea de índole cognitiva.

Por otra parte, según el mismo autor:

...si la ciencia jurídica reconoce al Derecho Libre, la actividad de los tribunales, no puede fundarse exclusivamente en el derecho estatal. Si la ciencia jurídica posee fuerza creadora, la jurisprudencia no puede ser por más tiempo servidora de la ley... Si la teoría admite un espacio de valores sentimentales no pueden exigir fallos fundados exclusivamente en razones. Si la teoría misma se hace antidogmática, la jurisprudencia no puede ser por más tiempo científica... En suma, los ideales de la legalidad, de la pasividad, de la fundamentación racional, de la científicidad, de la seguridad jurídica y de la objetividad parecen incompatibles con el nuevo movimiento. Pero, afortunadamente, se puede mostrar que estos postulados, en parte, no se han realizado hasta ahora y, en parte, no merece la pena que se realicen. (Citado en: Segura, 1993 a, p. 125)

De este pasaje -entre otras cosas- puede desprenderse que para el autor de *La Lucha por la Ciencia del Derecho* el objeto de la Ciencia Jurídica está constituido por normas. Pero la proyección de tales normas no puede ser comprendida sin considerar sus consecuencias en la vida. Por eso, para él, la dogmática sin la sociología está vacía, y la sociología sin dogmática está ciega. El Derecho, por tanto, no puede ser entendido ni

aplicado sin el estudio sociológico de la realidad social (Segura, 1993a, p. 442). Lo anterior no implica reemplazar la jurisprudencia por la sociología. De hecho, nuestro autor fue abiertamente crítico respecto de las principales tesis del *Realismo Jurídico* de los Estados Unidos, que propugnaba una concepción del Derecho como un conjunto de hechos y de la Ciencia Jurídica como ciencia empírica. Afirmó que es un error pasar por alto las normas para solo prestar atención a las decisiones de los tribunales. El jurista trabaja también con hechos, pero lo importante de aquellos es su significado, y tal significado tiene un correlato normativo que no puede ser explicado a través de la mera observación, pues la mayoría de las relaciones jurídicas no son perceptibles empíricamente (Segura, 1993a, p.442).

Además, afirmó que la Ciencia Jurídica no puede ser de índole empírica, pues su propósito no es la predicción de acontecimientos futuros. Su tarea principal es la justificación a través de razones. Por ello, con su fina retórica expresó: *La tarea de las Facultades de Derecho no es educar a gente como Sherlock Holmes, sino como el Juez Holmes* (Segura, 1993a, p. 443).

Aunque Kantorowicz destaca el papel de la voluntad en la aplicación del Derecho, aquello no implica una propuesta de reemplazo o supresión de la razón. El sentido de tal idea no es otro que reforzar lo que en páginas anteriores de este trabajo denominamos la *epidemia de sinceridad del Movimiento del Derecho Libre*, esto es, un reconocimiento a que -en la práctica- la aplicación del Derecho no es, ni ha sido nunca, un mero proceso lógico subsuntivo, ni la judicatura un poder subordinado al legislador. La eficacia del Derecho es (ha sido y será) un resultado intermediado por la subjetividad del juez. Por eso, en el esquema de Kantorowicz la Ciencia Jurídica se amplía desde la mera descripción hacia la prescripción, eludiendo la distinción entre ser y deber ser. Se convierte en fuente del Derecho (Segura, 1993a, p. 441).

Ehrlich (2005b), por su parte, en su ensayo “Sociología y Jurisprudencia” destaca que junto al enfoque puramente jurídico, en el Derecho existe otro social. Afirma que el primero busca, ante todo, interpretar la regla jurídica en su sentido y espíritu. Se asemeja -en este sentido-

los estudios históricos que buscan apreciar la regla en el sentido y espíritu con que se aplicó en la época en la que fue creada. El punto de vista (Científico) Social, en cambio, se cuestiona cómo un enunciado jurídico es válido, qué grado y forma de fuerza tiene. Desde luego, el significado atribuido a la norma por su creador no puede ser completamente desatendido, pues la potestad legislativa expresa una fuerza social, pero aquella converge junto a otras y de ninguna forma es la decisiva. La actividad del juez -dirá en otra de sus obras- es siempre resultante de diversas fuerzas que actúan sobre él. El tenor literal y sentido de una norma jurídica son dos de aquellas fuerzas, no las únicas. Toda decisión expresa una corriente social fácticamente existente: incluso la más abstrusa escolástica, hasta el error más evidente y la prevaricación consciente tienen un valor cognositivo, al menos como coeficientes de aspiraciones sociales (Ehrlich, 2005a, p. 84). Para este autor -entonces- está claro que las perspectivas puramente jurídicas e histórico - jurídicas no son ni científicas ni pedagógicas. Son acientíficas por unilaterales (universalidad y acientificidad son polos opuestos) y son apedagógicas, pues resulta necio aprender únicamente lo que debería estar vigente y pasar por alto aquello que realmente está en vigor (Ehrlich, 2005b, p. 102).

Para Ehrlich, la disposición jurídica no debe ser manejada como dogma rígido, sino como fuerza viva. Es cometido de la Ciencia Jurídica presentar el Derecho tal como rige. A quien nunca vaya más allá de la intención del legislador le faltará mucho para conocer el Derecho realmente vigente. En este sentido, a la tradicional concepción dogmática del Derecho se puede contraponer la concepción dinámica, para la cual no solo es relevante saber lo que significa una disposición jurídica, sino también cómo se vive, cómo actúa, cómo se quiebra en ciertas relaciones, cómo estas se desvían de ella y cómo aquella las persigue. Aquel que acepta sin más que la ley actúa de con lealtad a la voluntad del legislador desconoce el largo camino separa el medio del hecho y el hecho de sus consecuencias (Ehrlich, 2005a, p. 83).

El mismo autor se pregunta: ¿cómo se relaciona la Ciencia del Derecho con las otras ciencias y qué lugar ocupa dentro de ellas? Acudiendo a un esquema propuesto por Augusto Comte, es tajante en concluir

que no hay duda de que la Jurisprudencia es ante todo una disciplina práctica: enseña la aplicación práctica del Derecho. Como tal subsiste hace milenios. Pero este contenido, como se ha demostrado, solo puede ser cumplido a cabalidad cuando proporciona una morfología de la sociedad humana y de las fuerzas que en ella actúan, cuando investiga sobre su naturaleza y límites. De esa forma, la Jurisprudencia se convierte en Ciencia del Derecho, en doctrina del Derecho, entendiéndolo como fenómeno social. Y como tal, es una rama (Ehrlich, 2005b, p. 104)⁷ de la Sociología (Ehrlich, 2005b, p.104). A la Filosofía del Derecho corresponderá -en cambio- ocuparse no del Derecho que es, sino del Derecho como debe ser. De ella ha de ocuparse *el fundador de religiones, el profeta o el predicador moral, pero no el científico* (Robles, 2002, p.30).

Siguiendo a Robles Morchón, el pensamiento de Ehrlich en este ámbito pareciera estar concentrado en el prólogo de su famosa obra *Fundamentación de la Sociología del Derecho*, en el que señala:

Se afirma con frecuencia que un libro ha de ser de tal forma que su contenido pueda resumirse en una sola frase. Si esta obra se sometiera a semejante prueba, la frase diría así: la clave de la evolución del Derecho, tanto en nuestra época como en todas las demás, no está ni en la legislación, ni en la dogmática jurídica ni en las sentencias de los tribunales, sino en la sociedad misma. (Citado en: Robles, 2002, p.33)

En fin, aunque Ehrlich resulte más radical que Kantorowicz en su propuesta de reformulación de la Ciencia jurídica, coinciden en que a ella le corresponde el rol de fuente del Derecho. En efecto, el Jurista de Czernowitz escribió que

⁷ El propio Ehrlich se apresura en aclarar que se refiere a la Sociología como una disciplina cuyo único propósito es investigar y explicar las organizaciones sociales. Las corrientes y aspiraciones sociales le incumben solo como objeto de investigación, su cometido, no reverenciarlas ni favorecerlas. Esto supondría -a su juicio- separarla estrictamente de la Política Social y de la Economía Política, así como de cualquier otra forma de política.

Todo aquel que desee una jurisprudencia creadora, es lógico que haya de desear también una ciencia creadora, por lo que es evidente que las tareas del autor y las del jurista práctico se hallan muy cercanas. El cometido del jurista moderno no puede ser en esencia distinto al de los juristas de cualquier tiempo, especialmente del de los juristas romanos: en lo fundamental, dicho cometido se interpreta erróneamente cuando se cree que las polémicas doctrinales de los romanos se referían a la cuestión de cuál era el Derecho tradicional; los romanos debatían más bien acerca de qué decisión era la más justa, la más ajustada a su finalidad. Ya Savigny y sus discípulos directos hablan de la ciencia como fuente del Derecho, y desde el célebre artículo de Ihering sobre "Unsere Aufgabe" nunca han faltado voces que clamen por una jurisprudencia creativa. (Ehrlich, 2005a, p. 83)

Ernst Fuchs -por último- consideraba que la verdadera Ciencia Jurídica es una ciencia de la experiencia, de la observación, con carácter real- inductivo. Se trataría de una ciencia natural en sentido amplio, no de normas. De hechos y valores, según corresponde a sus dos objetos: correcta identificación de la verdad y apropiada valoración y ponderación de intereses. No descarta la elaboración de conceptos, sino que la reubica en el proceso de identificación del Derecho. La indagación metódica de la realidad no excluye sino que exige la síntesis sistematizadora, la clasificación, la ordenación del conocimiento. Una mera observación, sin espíritu penetrante, conduce a un saber inorgánico. La observación de la realidad ha de preceder a la formación de conceptos; ellos constituirán meros indicadores no condicionantes pseudoobjetivos preconstituidos. En tal sentido, compara a la Ciencia del Derecho con la medicina, en tanto disciplina orientada a la acción (García, 1997, p. 819).

Para quien fuere conocido como más radical autor del *Freirechtsbewegung*, la Ciencia Jurídica estaría integrada por dos ámbitos: el primero es el de lo psicológico, orientado a la investigación de la verdad, y el segundo es el ámbito de tráfico social, destinado propiamente a la indagación del Derecho. El jurista debe emplear la psicología para la adecuada apreciación de los hechos del caso y la sociología para la acertada incardinación del conflicto en las circunstancias y necesidades

sociales. El que utilice este método perseguirá realmente el resultado justo. Tal solución -a su juicio- solo es posible a partir del conocimiento de la realidad social, pues aquello permite ponderar correctamente los intereses contrapuestos en cada caso. Tal ponderación ha de ser socio-lógica y debe tener como norte inmediato el hallazgo de la proposición jurídica correcta para resolver la disputa (García, 1997, p. 820).

4.5 La labor del juez en el *Freirechtsbewegung*: no hay más garantía de justicia que la personalidad del juez

Como resulta natural, las tesis del Movimiento del Derecho Libre revisadas hasta el momento influyen también en una última esfera: el rol del juez. En un modelo en el que la aplicación del Derecho no depende de procedimientos lógicos de aplicación automática y en el cual corresponde al sentenciador la búsqueda del Derecho no solo en las normas de procedencia estatal -orientado permanentemente por la consideración y ponderación de los intereses sociales-, el rol de la judicatura no puede ser concebido simplemente como el de un ejecutor de las prescripciones genéricas contenidas en las normas emanadas del legislador (Segura, 1993a, p.417). Aunque tal resultado equivalga a una consecuencia institucional de ideas presentadas inicialmente con talante descriptivo, no resulta fácil prescindir de su significado político. En este sentido coincidimos con Segura Ortega (1993a, p. 449) cuando afirma que las exigencias del Derecho Libre no se centran en exclusivamente en la renovación de la metodología jurídica clásica sino que también tienen una finalidad política que se proyecta en la legislación y la propia organización de la judicatura.

La labor del Juez -según Fuchs- comenzará por conocer los intereses reales que se enfrentan en el litigio que ha de decidir, y sopesarlos a la luz de la justicia. Debe proceder como lo haría el legislador si tuviere que decidir la cuestión (García, 1997, p. 809). En tal sentido, una sentencia correcta lo será cuando sea aprobada por ciudadanos legos del correspondiente círculo vital que sean justos, informados y razonables (García, 1997, p. 810). Al momento de la decisión debe prescindir del enmascaramiento de las valoraciones inherentes a la actividad jurisdiccional bajo el manto de una técnica pretendidamente objetiva. Las

valoraciones y ponderaciones del juez deben ser explícitas y susceptibles de revisión pública. Con este doble acercamiento de la actividad judicial al sentir social (en la ponderación y en la decisión transparente), nos dice el mismo autor, la actividad del juez adquirirá mayor legitimidad democrática. Mientras el formalismo abstracto, el conceptualismo y los métodos intemporales son afines al absolutismo estatalista, este método -a su juicio- se identificaría con un régimen propiamente democrático.

Para que este sistema funcione resultan determinantes la personalidad de juez y su formación. Fuchs y Ehrlich lo dijeron con firmeza: no hay más garantía de la justicia que la personalidad del juez. Su actividad, para el *Freirechtsbewegung* presupone una talla espiritual y moral que no está al alcance del tipo medio de persona. Debido a la central relevancia de las valoraciones del juez, su personalidad y su carácter son esenciales, si hemos de confiar en sus decisiones (García, 1997, p. 814).

Tanta fe en los jueces fue objeto de crítica. Se dijo del Movimiento del Derecho Libre que proponía suprimir la seguridad jurídica y que dicho valor resultaría indisponible, incluso si de su sacrificio se obtuviese un resultado más justo. Se le acusó además de promover la erradicación de la objetividad. Ante ello Kantorowicz replicó que la seguridad no puede ser entendida como la previsibilidad de las decisiones futuras. Una sentencia previsible (dijo con curiosa lógica) constituye un bello ideal irrealizable. Si las sentencias fueren previsibles, no existirían procesos, y sin procesos no habrían sentencias. Empero -ahora con mayor razón- destacó que la seguridad jurídica por la que se reclamaba era un ideal que nunca fue satisfecho en la práctica, puesto que resultaba incompatible con el ocultamiento de las verdaderas motivaciones de las resoluciones judiciales en el escondite de la pretendida lógica (Segura, 1993a, p. 454). Mas importante que la seguridad jurídica y que la objetividad sería -a su juicio- la imparcialidad (Segura, 1993b a, p. 128).

La existencia de jueces con las características que demanda el *Freirechtsbewegung* depende en la práctica de dos factores: una sólida formación y un sistema de selección y promoción que estimule y premie a los jueces ilustrados en los valores del Derecho Libre. Buen juez será el

que conoce bien la vida, el tráfico y las personas -dirá Fuchs-, lo cual le permite juzgar como un lego. Lo único que puede elevarlo por encima del lego es la formación psicológica y sociológica. Solo ello le permitirá unir la sensibilidad innata con la capacidad de observación que resulta de la experiencia (García, 1997, p. 815).

Ciertamente, remata Ehrlich (2005a) de forma reveladora,

es muy dudoso que la promoción habitual de la carrera funcionarial sea el medio adecuado para generar un gran avance en la administración de justicia. Los modelos no han de ser buscados en Francia o Alemania, sino más bien en Inglaterra, en organizaciones que congregan en la judicatura lo más selecto, tanto desde el punto de vista espiritual como desde el social, y que hacen posible que para los hombres más significativos de la nación sea la función judicial la meta más alta y el término más digno de sus aspiraciones. Los nombres de los grandes jueces ingleses, de lord Mansfield, lord Eldon, Lord Bowen o sir Jessel, son tan conocidos en Inglaterra como puedan serlo en el Continente los de los escritores importantes. Cuando en el continente europeo hombres de este nivel acceden a cargos judiciales, lo que ocurre en más de una ocasión, apenas sabe algo de ellos un pequeño círculo de iniciados, y su fama desaparece con quienes los vieron ejercer. (p. 81).

5. REFLEXIONES FINALES

Sin perjuicio de las reflexiones y/o conclusiones ya adelantadas, de lo revisado en este trabajo podemos colegir lo siguiente.

La aparición del Movimiento del Derecho Libre fue una respuesta a la ciencia jurídica tributaria de la jurisprudencia de conceptos en Alemania y a la Escuela de la Exégesis en Francia. Pese a su temprana disolución, este es uno de los movimientos de mayor influencia en la más reciente historia del pensamiento iusfilosófico. Prueba de ello es que resulta fácil detectar la presencia de sus ideas principales en diversas escuelas y movimientos contemporáneos.

Su pensamiento se articula con base en 5 tesis principales: una sobre las fuentes del Derecho, otra sobre las lagunas (jurídicas) legales, una tercera acerca de la derrotabilidad de la ley y las lagunas axiológicas, una cuarta referida a la reconstrucción de la Ciencia Jurídica y una quinta acerca del rol del juez y la enseñanza del Derecho.

La tesis de las Fuentes del Derecho propuesta por Movimiento del Derecho Libre rompe directamente con la orientación legicentrista imperante en su época (al igual que hoy lo hace el neoconstitucionalismo). En palabras de sus autores se resume de la siguiente manera: *el Derecho no es solo estatal, es libre y vivo*. La tesis del *Freirechtsbewegung* sobre las lagunas se sintetiza en la siguiente frase: *en el Derecho hay tantas lagunas como palabras*. Su tesis sobre la derrotabilidad de la ley expresa que *El juez puede y debe prescindir de la ley*. Su concepción acerca de la Ciencia Jurídica propone menos Sherlock Holmes y más jueces Holmes. Y sus ideas acerca del Rol y Formación del Juez no hacen otra cosa que anticipar al juez Hércules: *no hay más garantía de justicia que la personalidad del juez*. Todas estas propuestas -conjuntamente, formando un sistema- circulan hoy con bastante prestigio y concitan numerosos adeptos en la era de los *neoconstitucionalismos*.

REFERENCIAS

- Alchourrón, C. & Bulygin, E. (1975). *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Calamandrei, P. (2009). Entre Sócrates y Antígona. En *Fe en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Calamandrei, P. (2009). *Fe en el Derecho*. En *Fe en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- De Prada García, A. (2001). Por un modelo de jurista: el movimiento del Derecho Libre. *Boletín de la Facultad de Derecho, N° 18*, Universidad Nacional a Distancia, 14-47.
- Del Vecchio, G. (1991). *Filosofía del Derecho*. Madrid: Bosch.
- Ehrlich, E. (2005a). Libre investigación del Derecho y Ciencia del Derecho Libre. En *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*. Madrid: Marcial Pons.
- Ehrlich, E. (2005b). Sociología y Jurisprudencia. En *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*. Madrid: Marcial Pons.

- Ehrlich, E. (2005c). Respuesta a Kelsen. En *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*. Madrid: Marcial Pons.
- Fariñas Dulce, M^a. J. (1994). Sociología del Derecho versus análisis sociológico del Derecho. *Dox*, 15-16. Madrid (España): 1013 -1023.
- Flores, I. (1998). El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el derecho. En VV. AA., *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- García Amado, J. A. (1997). Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, 14. Valencia (España): Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 803 -825.
- García Amado, J. A. (2010). *El Derecho y sus circunstancias*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado.
- Gómez García, J. A. (2005). Derecho, Vida y Derecho Vivo en el pensamiento iusfilosófico de Eugen Ehrlich. En *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*. Madrid: Marcial Pons.
- Guastini, R. (2006). Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas e Interpretación. *Análisis Filosófico*, 26 (2), 277 – 293.
- Ihering, R. (1974). *Bromas y veras en la jurisprudencia*. Buenos Aires: Editorial Jurídica Europa - América.
- Kantorowicz, H. (1949). La lucha por la Ciencia del Derecho. En *La ciencia del Derecho*. (Trad. Goldschmidt, W.). Buenos Aires: Losada.
- Múñoz De Baena, J. L. (2005). El lugar de Ehrlich en el debate sobre la ciencia jurídica. En *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*. Madrid: Marcial Pons.
- Pacheco, M. (2004). *Teoría del Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Prieto Sanchís, L. (1993). *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Prieto Sanchís, L. (2008). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Portalís, J. E. M. (1978). *Discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés*. (Traducc. Rivacoba, M.). Valparaíso: Edeval.
- Recasens Siches, L. (1956). Situación presente y proyección de futuro de la filosofía jurídica. *Anales de la Facultad de Derecho*, Tercera Época, 3 (5), 139 -159.
- Rivas, P. (2006). La interpretación del derecho en el positivismo ético contemporáneo, *Isegoría*, 35.
- Robles Morchón, G. (1982). *Epistemología y Derecho*. Madrid: Pirámide.
- Robles Morchón, G. (1985). La decisión en el Derecho y la tópica jurídica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 54.
- Robles Morchón, G. (2002). *Ley y Derecho Vivo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Rodríguez, J. & Navarro, P. (2000). Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. En *Isonomía*, 13. Alicante (España): Universidad de Alicante, Facultad de Derecho.
- Ross, A. (2007). *Teoría de las fuentes del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sánchez Castañeda, A. (2006). Los orígenes del pluralismo jurídico. En *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, t. I: Derecho romano. Historia del Derecho. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Segura Ortega, M. (1993a). El movimiento del Derecho Libre. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 10. Valencia (España): Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 423 -455.
- Segura Ortega, M. (1993b). Kantorowicz y la renovación jurídica. *Dereito*, 2 (2), 113-130. Santiago de Compostela (España), Universidade de Santiago de Compostela.
- Squella, A. (2000). *Introducción al Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Zagrebelky, G. (2009): Una atormentada apología de la Ley. En *Fe en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.