

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

HACIA LA REALIZACION DEL DERECHO

HECTOR CARRILLO MARCOR

ENSAYO PRESENTADO A LA CONSIDERACION DEL H. JURADO
PARA OBTENER EL TITULO
DE LICENCIADO EN DERECHO

872



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis padres:

Sr don Alejandro P Carrillo y Sra. doña Maria Luisa M.
de Carrillo, con eterna gratitud, devoción y cariño.

A Enrique Carrillo M.

con filial afecto, para un paternal hermano

A mi hermana:

Sra. Maria Luisa Carrillo M., cariñosamente.

A mi abuela materna:

Sra. doña Eloisa M. de Marcoz, con veneración y cariño |

A mis maestras:

con todo respeto.

A mis amigos

CAPITULO I.

DERECHO Y LEY

“La evolución jurídica depende de las evoluciones religiosas, filosóficas, políticas, económicas, y no podrá ser una y pre-determinada, a no ser que las otras lo fuesen también”.

G. Tarde.

Si aceptamos el Derecho como un fenómeno social, concluiremos que sólo puede producirse y explicarse en el ambiente normal en que se inicia y desarrolla la vida del hombre: vida de relación, pugna de intereses, lo mío y lo tuyo —decidido por la superioridad de la fuerza física, es decir, el Derecho, sólo puede surgir y desarrollarse en la sociedad. Y surge y se desarrolla para conservar la vida de la sociedad y de los elementos que la integran, es un fenómeno de autoconservación, pues aquellos actos que tienden a destruir las fuerzas que forman y mantienen al grupo, son despreciados y sancionados, en tanto que los actos tendientes a conservarlo son protegidos y fomentados (1). Entonces, los actos de integración y conservación constituyen actos vitales o positivos, y los de desintegración y destrucción actos negativos.

Pero siendo el Derecho fenómeno social, es por esencia complejo y distinto, ya que los mismos actos que para una sociedad muestran carácter negativo, para otra son del carácter opuesto: así la exposición de infantes, la muerte de los ancianos en otras épocas y pueblos, son prácticas que ahora despreciamos, prácticas que se han observado por tener el vigor que el mismo grupo les daba. Entonces los motivos o medios serán distintos, pero vemos que se trata de la conservación e integración del grupo, y quien los desconoce se coloca contra el grupo del que forma parte, el cual usa su fuerza para que sea reintegrada la misma energía que se le había desconocido. Consideremos el momento en que surge la norma de Derecho:

a) O el fuerte impone su voluntad al débil, el vencedor al vencido,

(1) El castigo del aborto y el repudio demuestran claramente la protección al sentimiento de solidaridad para conservación de los elementos sociales.

b) O se llega a un acuerdo en que nace una voluntad superior a la de los contrincantes y que debe ser acatada por ambos. Posiblemente sea más correcto considerar estos dos momentos como partes de un mismo acto, pues es difícil concebir el segundo instante sin antes haber aparecido el primero. No es esta regla absoluta, pero sí puede afirmarse que es expresión de la mayoría de los casos; el acuerdo o concesión implica que antes ha habido desacuerdo, falta de armonía, y de ahí que, de ordinario, sea el segundo momento. Por fortuna, a veces antes de que el desacuerdo se manifieste con actos de violencia o fuerza, se anticipan los individuos o grupos a evitar fricciones, valiéndose de un acuerdo o pacto, de cuya observancia depende su subsistencia. Deseable sería que los posibles conflictos fueran resueltos anticipadamente, sin destrucciones de los mismos que sufren los errores propios de toda obra o acto humano; sin embargo, no pasa de ser esto una simple aspiración a la que debemos tender todos incansablemente: pugnar, sí—pero cuando hay la convicción de que aquello que se defiende no puede sostenerse en ninguna otra forma que no sea acudiendo a la fuerza, para restaurar el Derecho.

Pero, ¿qué es el Derecho? ¿Es una expresión de lo que es? ¿Es una expresión de lo que debe ser? ¿o es un medio de llegar a lo segundo con ayuda de lo primero? Sin duda que toda disciplina que se relaciona con la vida del hombre, debe partir de “lo que es” y más perdura mientras más precisa sea la concordancia entre la expresión y la realidad. Las disciplinas que expresan “lo que es”, no pueden variar incansablemente so pena de que sean reemplazadas por otras, y si varían, sigue siendo de su esencia que lo expresado sea así. Más el hombre no sólo “es”, sino que “puede y debe ser”: un objeto inanimado “es”; un ser animado (bestia) existe pero sin conciencia, siendo ésta un atributo del ser humano (1).

Los integrantes del grupo humano tienen conciencia individual y colectiva, pero además existe el deseo de superar, de dominar y al hacerlo destruyen. Más todo elemento activo de un grupo debe ser conservado, y de no suceder así, hay el peligro de que el grupo desaparezca, se extinga; y esto sería la negación de sí mismo, es principio opuesto a la vida misma, y al lado de “lo que es” surge “lo que debe ser”.

Y ¿qué es “lo que debe ser”? sin duda que no es el ser simple y llanamente, tiene elementos del ser, pero es algo distinto; tiene elementos iniciales de ser, pero siguen un camino distinto a él —será entonces una posible integración del ser con alguno o algunos de sus propios elementos. Luego el “deber ser” no puede desconocer el “ser”, sino que conociéndolo, parte de él y tiende a superarlo; es decir, sin partir de punto distinto del ser exige una posición más elevada. El ser se extingue, el deber ser no llega a desaparecer. Así en los individuos, grupos o sociedades superiores, el “deber ser” de grupos inferiores es el “ser” de los grupos de mayor evolución —véase la diferencia entre el “No matarás” y “Ama a tu

(1) La evolución del hombre, la transición del “ser” al “querer ser”, es la historia de la Humanidad, con sus avances y retrocesos: soy esto, quiero ser aquello, debo ser esto —convicción, aspiración, realización.

prójimo como a tí mismo”: el primer precepto enuncia la prohibición de quitar la vida a un semejante, en tanto que el segundo no sólo implica lo primero, lo supera.

El Derecho referido a “lo que es” sería un campo muy restringido, pero referirlo a “lo que debe ser” es concepto más elevado, la superación del ser sin desconocer éste.

Partiendo de la relación entre el “ser” y el “deber ser”, podemos acercarnos al carácter esencialmente práctico del Derecho, su carácter de disciplina viable —concordancia efectiva entre la realidad y la forma de superarla, de ahí que su vitalidad dependa de esta misma concordancia. El ejemplo del pueblo romano y su derecho demuestra como evolucionan pueblo y su creación, en tanto que fenómenos semejantes a su “re-creación” en Alemania, crean dificultades irresolubles.

El Derecho debe ser el reflejo de las necesidades de un pueblo del cual depende la vida del Derecho, porque un Derecho extraño es un elemento ajeno que se soporta, no se asimila, y se expulsa en la primera oportunidad. El Derecho es, pues, un “deber ser” social, una manera de constante superación, una forma en que el “ser” tiende a llegar al “deber ser”, pues si permanece inmóvil, se estanca, se petrifica, no respira, tiene una muerte lenta cuya agonía produce malestar en la sociedad o grupo que lo desconoce. Siendo el Derecho regla de vida para un grupo o pueblo, el desconocimiento o violación acarrea la destrucción del grupo si no hay la reacción o defensa. Entonces, si se reconoce que la fuerza del grupo depende de que su vida sea conservada íntegra, y todo acto que debilite al grupo será reprimido; todo acto que tienda a pasar del “deber ser” al “ser”, i. e., toda acción retrógrada será castigada. El “deber ser” se ha convertido en “ser” para dar lugar a otro “deber ser” que le permita mantener el ritmo vital de las fuerzas del grupo.

La fuerza que impuso al Derecho lo sigue conservando, sin embargo, lo que sí cambia es la forma en que el Derecho surge, se integra y desarrolla. Siendo el Derecho un producto vital social, las fuerzas que dominan en determinado instante, llamarán a su voluntad “Derecho”, más es menester irse acostumbrando al espejismo de los nombres para no creer en ellos ciegamente, ya vemos la Historia como pugna entre autocracia o democracia, o limitándola a una lucha de clases, todos llaman a su capricho o voluntad “El Derecho” y al amparo de éste tratan de conservar su poderío, ensayando destruir toda corriente que se le oponga sin considerar que, a pesar de nombres, hay algo que se sobrepone a ellos y que, lenta pero certeramente, todo movimiento lleva en sí el germen de su antídoto.

He aquí una segunda acepción de la expresión “Derecho”: de una manifestación de auto-conservación, de fuerza vital necesaria para el grupo, al Derecho medio Derecho al servicio de intereses ansiosos de dominio. Ciertamente que en el primer caso el Derecho es medio y fin puros, necesarios, en tanto que en el segundo hay medio y fin parciales. Más tratándose de un grupo cuya vida depende de la actividad de todos sus com-

ponentes, difícilmente puede hablarse de intereses parciales sin el detrimento de los que quedan excluidos, los que a su vez crearán un Derecho para oponerlo a la fuerza que los desconoce: así cada cual sosteniendo lo que afirma ser lo propio, inicia la pugna que mengua a los dos y de la cual frecuentemente surge o una tercera posición distinta, o un producto—síntesis de los dos.

Y sin embargo, el Derecho subsiste y se impone. Parece que por momentos se extingue o desaparece, sólo para volver a aparecer años o siglos después, y en lugar distinto del cual primero lo reconoció. ¿No sería, pues, más atinado hablar de los errores que se cometen o quieren cometerse al amparo de la Ley y no del Derecho?

LA LEY

¿Qué es la Ley? Según Planiol, "Ley es una regla social obligatoria, establecida permanentemente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza" (1). Si bien otras normas sociales no son obligatorias, es por que de su estricta observancia no depende la vida del grupo. La Ley es una manifestación del Derecho. La Ley puede dictarse, crearse, el Derecho surge, se impone; la Ley se obedece por la fuerza material que lo exige, el Derecho se cumple porque su observancia permite la vida de uno y de todos dentro del grupo en que vive el hombre—cierto que su desconocimiento tiende a negar la fuerza misma que le dió vida, y de ahí que el grupo protesta y se defiende contra este movimiento centrifugo. La Ley es una enunciación parcial, limitada y siendo así puede tener lagunas u omisiones, pero aquellos para quienes la Ley es un producto completo, no pueden concebir que alguna omisión no permita realizar la función que con la creación de la Ley se había propuesto.

Entonces, ¿qué papel puede señalarse a la Ley? La Ley, como parte del Derecho, participa del mismo respeto y observancia debidos al Derecho, y su cumplimiento reconoce la superioridad y fuerza del Derecho, del cual es una manifestación. Es una forma práctica para conocer y cumplirlo. Pero si la Ley es forma, ésta supone la materia, y la forma es una limitación de la materia, es concepto más limitado. Las formas del Derecho no serán pues, el Derecho todo, sino maneras o modos de ser, manifestaciones de un concepto que no se agota con la forma sino que la supera, son caminos, más que fuentes, para llegar al Derecho, pero éste existe antes que aquellos y aún se prolonga su vida después de extinguidas o modificadas las vías. Si las necesidades que las leyes deben satisfacer no son reconocidas, o tardan en hacerlo, en lugar de estar frente a leves que pudieran ser de orientación se conformarán con ser de mera observación, repetición. La Ley es una forma práctica de conocer el Derecho, y al cumplirla, cumplimos con una parte del Derecho.

(1) Partimos de la definición de Planiol, por considerarla la bastante amplia, sin ignorar que existen otras. Nuestro propósito no es acumular definiciones.

La ley expresa sólo una parte del Derecho, y su cumplimiento significa el cumplimiento en parte del Derecho, y una falta de expresión (falta de Ley) no habla de falta de Derecho. Nuestra propia Constitución se adelanta a resolver el problema cuando falte Ley aplicable a caso, y sin embargo subsiste la obligación del juez de fallar en el caso encomendado a su solución; es de grande consecuencia que nuestro Código Fundamental reconozca el sometimiento de la Ley al Derecho, conclusión acertada que admite la falibilidad de la capacidad humana. ¿Si han existido lagunas, siempre han sido reconocidas? Nuestra respuesta negativa reitera lo conveniente de reconocer los propios errores, y es, en sí, el primer raso para enmendarlos. Esta solución es producto o consecuencia de la observación de largos y penosos años en que la Ley era todo, fuera de ella no podía haber nada. Derecho y Ley era una misma cosa— expresiones sinónimas. Por desgracia, algunas veces la Ley se la limitado a ser expresión de los detentadores de la fuerza, cuyo principal fin ha sido marcar la diferencia entre la Ley y el Derecho, pero olvidan que éste es resultado de sacrificios, aspiraciones y luchas. Así se creyó que el "Derecho escrito" disiparía para siempre las iniquidades del director, príncipe o monarca. Ciertamente es que las normas escritas constituyeron la máxima aspiración de aquellos pueblos que reconocían al Derecho como algo necesario, pero difuso: "dadnos el 'Derecho escrito' y seremos felices". (Entendamos por "Derecho escrito" expresión de nuestra palabra "Ley"). Pero el Derecho escrito, la norma concreta, igual para todos, no trajo siempre el fin esperado. (1). El fin era obstaculizado, a veces, por los mismos encargados de dirigir su obtención, los que han cortado el hilo de Ariadna en la parte más oscura del laberinto. Contemplemos la diferencia entre las Leyes de Dracón, de las que se decía estaban escritas en sangre, y el Decálogo, considerando éste como una manifestación legislativa, independientemente de su valor divino. Y si en ambos casos se trata de leyes escritas, las primeras sirvieron como medio para establecer la voluntad de un gobernante, y que con él debieron haber desaparecido, en tanto que las segundas se pierden en la distancia de los siglos, y aún hoy conservan su pristino vigor. Leyes escritas han abundado, pero en ellas disposiciones que han sumido al hombre al lugar de la bestia; leyes escritas todas, pero tan apartadas del Derecho.

(1) ¿Sería la inconformidad humana tan ingenuamente descrita en la fábula en que las ranas pedían rey? o ¿sería más bien un paso más en la busca del Derecho? Nos inclinamos a lo último.



RESUMEN:

- a) El Derecho es un fenómeno de conservación social.
- b) En la evolución de los pueblos se caracteriza como una transición de "ser" al "deber ser".
- c) El Derecho íntegro debe ser medio al servicio de todos los fines, y una segunda acepción lo desvirtúa si únicamente satisface algunos.
- d) La Ley es una parte del Derecho, forma y expresión, pero la falta de expresión no establece la inexistencia del Derecho. No siempre es lo mismo Derecho y Ley.

CAPITULO II.

FUENTES DEL DERECHO

El Artículo 10 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, expedido en 1928, sostiene: "Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario". Por consagración expresa de esta disposición se erige a la Ley como el origen por excelencia de efectos jurídicos; pero a pesar de establecer que ni la costumbre prevalece, no deja de reconocerse su existencia en los Artículos 997 y 999. Tiene, pues, la costumbre una vida derivada o dependiente, es decir, no se la desconoce sino que se le somete. Esta comparación nos lleva al problema de las fuentes del Derecho, o sea, la manera o forma en que surgen y se manifiestan las normas jurídicas que integran y regulan la vida de un grupo o sociedad.

La expresión "fuente" se ha usado para significar origen, pero tiene en Derecho una acepción más amplia; así se habla de fuente real, fuente formal; en cuanto al momento en que se considera, nos referimos a una fuente histórica; respecto de su proximidad, nos referimos a fuentes directas e inmediatas, mediatas o derivadas, y todas estas pueden ser consideradas fuentes del conocimiento del Derecho, en cuanto hacemos de ellas objeto de estudio.

Con razón se ha dicho que el problema de las fuentes es el problema del Derecho, el problema del Hombre: síntesis de materia y forma, de experiencia y razón, de realidad y aspiración. Si nos colocamos en un plano puramente ideal, el Derecho carecerá de vida tangible, y si ocupamos una posición materialista, se desintegrará, por falta de una fuerza unificadora; si consideramos objeto por objeto, hecho por hecho, nos aplastaría la infinita variedad y complejidad. Siendo el Derecho materia, substancia, también es forma, cierto que el primer concepto nos es dado con la limitación que impone el segundo.

Relacionando esta afirmación con el problema de las fuentes, hablamos de a) fuentes reales, y b) fuentes formales.

Como disciplina social, el origen del Derecho debe buscarse en la sociedad misma, en la vida del hombre en cuanto se relaciona con el grupo del que forma parte y en la vida del grupo independientemente de cada elemento que lo integra. Si bien parece redundante esta afirmación, es que la falta de su observancia ha llevado a la humanidad a los más errados resultados; se imponen leyes productos de otras causas, y se preten-

de obtener idénticos o similares efectos sin antes observar el origen de aquellas. Llamemos **fuerza real** al medio propicio, único en que surge el Derecho, y **fuerza formal** a la manifestación o exteriorización que denotan la existencia y modalidades de la vida del conjunto o grupo. Para que la materia jurídica nos sea conocida, para que su manifestación sea perceptible —y de ahí exigible— acudimos a las fuentes formales, revelaciones que luego llegan a formar parte de la materia de donde surgen, después de que han sido consideradas y aceptadas como fuerzas que rigen e integran el grupo; el aforismo “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, se nos muestra aquí con nueva fuerza. Se observa la tendencia de que las fuentes formales lleguen a formar parte de las fuentes reales. Estas fuentes formales incorporadas no pierden, del todo, su característica, así como los tejidos que se forman después de una herida, no son de igual naturaleza que los anteriores a la desgarradura.

Bonnecase habla de dos elementos generadores de las reglas de Derecho: a) experimental, y b) racional. El elemento experimental engendra las reglas de Derecho de una manera inmediata, pero bajo la inspiración del elemento racional, que tiene por fin y efecto establecer, en alguna forma, los datos o aportaciones del elemento experimental, es decir, clasificar, delimitar. Este elemento está representado por las aspiraciones a la armonía social que nacen, ya sea del medio social o de la naturaleza permanente del hombre. El elemento racional lo conocemos mediante el concepto del Derecho.

Estos dos elementos son complementarios y no absolutos. En cuanto al primer elemento que tiene la representación de las aspiraciones a la armonía social, indica un paso adelante en la vida del grupo: el “ser” cediendo el camino al “deber ser”. Las primeras limitaciones se han de manifestar como conservadoras del grupo. La armonía tolera la existencia de todos conformándose con un mínimo de límites indispensables; la conservación establece el máximo de restricciones con el límite indispensable para no sofocar la vida. Podemos conservar algo carente de vida o algo que tiene menos (vida) fuerza, en tanto que armonizamos dos fuerzas, dos sonidos, tres o más colores. Si algo es conservado nos referimos a una fuerza que se impone, pero cuando esta fuerza o factor se concibe para armonizar dos fuerzas, implica, sin duda, un concepto de mayor desarrollo: primero conservamos, luego armonizamos. La vida de la sociedad, y con ella del Derecho, tiende a la conservación para después realizar la armonía social.

Los elementos racional y experimental son concurrentes y recíprocos, puesto que uno no puede considerarse sin el otro: el medio social se desmorona, no se comprende, sin referirlo al hombre-individual. Estas reglas o elementos, sostiene Bonnecase, se imponen tanto al hombre como al medio social, pues este medio, aunque parezca imponerse absolutamente es un medio consciente que busca las formas más adecuadas para su realización. Hay gran semejanza con lo sostenido por F. Gény, respecto de la “Naturaleza de las Cosas” como fuente del Derecho Positivo: “las

relaciones de la vida social o, más generalmente, los elementos de hecho de toda organización jurídica (a lo menos posible) llevan en sí las condiciones de su equilibrio y descubren, por decirlo así, ellas mismas, las normas que deben regirlas”, y nuevamente dice el primer autor: “yo entiendo por datos reales, o estrictamente naturales, del Derecho Positivo, aquellos que consisten en las condiciones de hecho en que se encuentra colocada la Humanidad”. Y al lado del elemento real se señala también el ideal.

Al lado de la fuente real, se encuentra en vital consorcio el elemento **racional**. No creemos que se marquen dos momentos distintos e independientes, sino que en ciertos aspectos aparecerá predominar uno sin desaparecer el otro. Pero a este segundo elemento se le llama regulador del primero, o sea, un modo de hacer efectivo el elemento experimental en que se aspira a la armonía social: se fracciona el primer elemento para hacerlo aplicable —es la corriente de agua llevada por distintos canales, no se seca, sino se la dirige. Puesto que el instinto humano es falible, debe acudirse a algo que esté al amparo de lo contingente, que defina la armonía social e indique la forma para su realización, es pues, el problema del concepto del Derecho.

Si todo cambia, a veces hasta transformarse completamente, la razón humana necesita de algún elemento que le permita colocarse por encima de la variable realidad. Para este fin Bonnacase acude a la concepción metafísica: nociones de lo absoluto, infinito, perfecto, para considerar al Derecho “como una de las partes constitutivas del orden del mundo, una fuerza invisible pero real, en medio de las que se mueve el universo y que lo orientan hacia su fin. Y por vía de deducción lógica aparece el Derecho como inmutable, universal y eterno”. La razón de ser del Derecho radica en el Hombre, y esta afirmación constituye el mayor mérito de su posición.

Crítica a Bonnacase.—Es loable y valiente el esfuerzo del insigne profesor francés pero, a nuestro parecer, cierto en parte. Si el Derecho es inmutable, sólo lo es en tanto lo consideramos objeto ideal, como también puede ser inmutable el Hombre —meras abstracciones ambas, productos de la razón para construir un cuadro trazado de antemano, pero posiblemente no por la razón misma sino por algo distinto y superior. ¿No será propiamente la comprensión de nuestra humana incapacidad y el eterno deseo de divinizarla? ¿El vano esfuerzo de regular la fuerza del mar? ¿Un mero anhelo de uniformarlo todo para comprenderlo todo? Si son muchos los fenómenos, si es variable la realidad, nuestros medios para acercarnos a ella en nada alteran su diversidad, ni simplifican su complejidad. Siguen siendo los mismos que antes de nuestra observación, entonces, ¿por qué no conformarnos a admitir que existe la diversidad? Será una postura más limitada, pero tanto más sincera. De colocarnos al lado del Derecho como entidad eterna, la cambiante realidad perderá algo de cambiante, y por ende, de realidad. Partimos del hecho de que el Derecho existe, como factor conservador del grupo social, fuente de cons-

tante adaptación y cambio. Entonces al considerar al Derecho como entidad inmutable, de materia se torna en forma, y es esto indispensable, cómodo: generalizamos, deducimos para después, por medio de abstracciones, reducir la enorme tarea de ver en todo algo original. Pero admitiendo que la abstracción tiene un límite, al llegar a éste debemos buscar nuevo punto de partida evitando, en esta forma, construir sobre cimientos inestables. Nuestra capacidad, incluyendo la cognoscitiva, procede a lento paso, por fracciones, de ahí que la forma nos sirve de medio de identificación o reconocimiento, nos ahorra el esfuerzo de investigar y nos hace suponer que, aquello que reviste cierta forma tiene determinado contenido. Hay pues proximidad entre lo racional y lo formal, siendo esto un resultado de lo primero, pero si admitimos que la razón no lo abarca todo, menos aceptaremos el "medio consciente" de que habla Bonnecase, y tal parece contener su rectificación su siguiente afirmación: Científicamente las fuentes formales de las reglas de Derecho y de las instituciones jurídicas, no existen más que en función y sobre el fundamento de las fuentes reales. Estas fuentes reales ejercen su influencia en toda la vida y manifestaciones del Derecho. "El Derecho, considerado en su substancia, se identifica con los datos de las fuentes jurídicas reales".

Gény, citado por Bonnecase, afirma que la labor del jurista se mueve entre dos extremos: lo "dado y lo construido". Lo dado podemos encontrarlo en la materia prima, así como nos la ofrece la realidad de la cual surgen las normas que deberán regirla, pero el esfuerzo del hombre por cambiar la realidad entra bajo la clasificación de lo construido. Así la Ciencia, en gran parte, se refiere a la realidad en tanto que la Técnica se refiere a una elaboración de la realidad jurídica, sin embargo, frecuentemente se descuida la fuente material por ser la formal la que está a la vista. Es provechoso el intento de Bonnecase al tratar de darnos un aspecto unitario del Derecho, al afirmar que el Método, Técnica y Ciencia integran el concepto del Derecho, y aunque gran parte de su esfuerzo es aceptable, el Racionalismo no lo resuelve todo.

¿Pero cuáles son las fuentes formales? ¿Cuáles son los medios para acercarnos a la realidad? Se antojan las fuentes formales como cartas marítimas señalando rutas en el vasto Océano del Derecho —las rutas no son el Océano mismo, sino indicaciones para cruzarlo. Entendamos bien: no son los únicos derroteros, pero sí nos inspiran confianza por ya haberse experimentado, no nos ceguemos desconociendo todo otro camino: sin duda que las rutas que ahora nos sirven fueron establecidas en lugar de otras menos directas, pero el campo siempre está abierto para la exploración.

Consideramos como las fuentes formales por excelencia a la Ley y a la Costumbre: fuentes directas, derivadas a su vez de otras más profundas, menos visibles, más no por eso menos existentes (reales); fuentes a su vez, que con el tiempo se convertirán en más directas que darán lugar a nuevas corrientes conforme vaya exigiendo el amplio campo de las necesidades sociales. Sin desconocer la importancia de la Costumbre.

consideremos primero la Ley, por ser la fuente visible, casi tangible, de nuestro derecho actual. Ya hemos aceptado la Ley como una norma jurídica general y permanente impuesta por el Poder Público.

Es una expresión verbal en que se concreta la voluntad del Poder; una forma práctica, exterior (valga la repetición) de conocer la manifestación de la fuerza que rige al grupo. No podemos concebir la Ley sin forma: forma de expresión, forma en la creación, forma en la extinción. Formalismo. En nuestro régimen, una disposición aprobada por el Congreso, promulgada por el Ejecutivo, publicada en el "Diario Oficial", reuniendo todos los requisitos de forma exigidos, es Ley, independientemente de su contenido o veracidad, i. e., de su aspecto material, en tanto que una expresión por exacta o benéfica que sea, por generales sus efectos, no lo es, si no ha sido elaborada conforme lo dispuesto en el Artículo 72 de la Constitución. Estos requisitos formales son el espaldarazo que consagra al caballero, el respeto debido a la toga y peluca del magistrado inglés, el marbete que nos indica el contenido de un frasco (aún cuando esté vacío). Forma y Fórmula. La Ley es, pues, una expresión cómoda de la voluntad superior, que en apariencia ha substituído totalmente a la Costumbre, por no tener ésta la ductilidad de la Ley. La Costumbre por llamar a veces el retorno al pasado, es de lenta transformación y no se modifica con la celeridad con que puede cambiarse la Ley.

Entendemos por "Costumbre" aquella práctica social que se cumple en tal forma y tiempo, que su observancia se impone al grupo en que surge. Es una manifestación del instinto de imitación agregada al principio de la economía del esfuerzo humano, aún cuando hay multitud de ejemplos de lo que Tarde llama "imitación extralógica", pero esto no niega la existencia de la Costumbre, sino que establece que el elemento consciente o convicción, no es indispensable para la existencia de la Costumbre.

Nos causa placer el repetir lo que otros hacen, principalmente cuando tal proceder borra nuestras diferencias, y más aún, cuando se satisface una necesidad social o hay prestigio en el iniciador, en otra forma no puede explicarse la veneración que se guarda por los jueces inferiores respecto de los magistrados y sus fallos: no que no les deban respeto por su categoría, sino que, imitándolos participan del lustre y prestigio de sus superiores. Es la imitación una fuerza de cohesión que comienza en pequeños sectores, para después extenderse hasta, a veces, abarcar toda la Sociedad. Cuando la práctica comprende todo el grupo, y llega a considerarla necesaria, puede después llegar a estimarse obligatoria, y es de ahí de donde partimos para llegar a la costumbre "jurídica": una práctica reiterada a cuya observancia va ligada una sanción.

Si bien la Costumbre ha sido colocada en plano inferior, y se ha sostenido que su existencia está en relación directa con a Ley escrita, pues mientras esta adquiere preponderancia, lo hace en tanto se la resta a la primera, no debemos desconocer que gran parte de nuestras leyes—cuando éstas realizan su función íntegra— ha surgido de la Costumbre, por ser ésta la fuente espontánea de la fuerza que después hemos de ver li-

mítada por medio de la Ley. La Ley, para que subsista, tiende a convertirse en Costumbre: ser espontáneamente observada es la máxima prueba de que la Ley ha llenado su fin. Y a pesar de todo esto, nuestra legislación considera a la Costumbre, fuente mediata, se le otorga el valor que la Ley le concede; pero de afirmar este hecho, a negarle existencia autónoma a la Costumbre media gran diferencia —basta pensar en las transformaciones y ramificaciones de una parte del derecho que antes eran consideradas como partes de un todo, y ahora forman nueva disciplina con tendencia a individualizarse más y más. (1)

La Ley tiende, dentro de su campo, a ser autosuficiente, pero mientras llega a serlo, acude a la ayuda de la Costumbre en muchos casos. Y si la Ley es fija, expresión concreta, la Costumbre no está limitada más que por el mismo grupo que la crea y la destruye: un "regulador de aire" admirable que ajusta la atmósfera en que vive la Sociedad. Entonces, las leyes que se engendran por la Costumbre tienen la fuerza o vida directa de su creador: el grupo o Sociedad.

F. Clemente de Diego en su obra "Fuentes de Derecho Civil Español" logra fecundos resultados en su exposición referente a la Costumbre. Hace falta estudiar la Costumbre en sí, sin necesidad de recurrir a disciplinas que le restan individualidad y vigor. Si es difícil su estudio, la dificultad de conocerla no le niega existencia. No se ha estudiado a la Costumbre "cara a cara" sino a través de disciplinas que, para consolidar la unidad deseada, no podían ni querían dar a esta fragmentaria manifestación la importancia que tenía, refiriéndose a los Derechos Romano y Canónico, aunque la primera disciplina debe ser considerada en su última época de la codificación de Justiniano.

Puesto que en la producción del Derecho, la Costumbre ocupó primer e indiscutible lugar, nadie se había preocupado en justificar ni criticar su posición; pero al aparecer la Ley que cada vez cobraba mayor fuerza, el lugar de la Costumbre fué relegado a segundo término, y trátase de explicar la Costumbre a través y en virtud de la Ley. Hoy todavía, a través de la maleza que la tradición legalista ha formado, se observa a la Costumbre por medio de la Ley, sin antes haberla visto directamente. Si la Ley en todo hubiera suplantado a la Costumbre, ésta debió haber desaparecido, y sin embargo surgen prácticas que luego se tornan en Costumbre, dentro y al lado de la misma Ley.

Se han señalado como elementos tradicionales de la costumbre jurídica:

- a) la práctica largo tiempo repetida, y
- b) la creencia en una sanción que le impone el carácter obligatorio.

Aún cuando la reunión de los elementos nos da la señal de la existencia de una costumbre, ésta surge desde la primera manifestación que llega a ser reforzada por las subsecuentes, i. e., desde su principio ya lleva el gérmen que le garantiza la vida en la atmósfera social —de

(1) La negación o afirmación de la Verdad, en nada altera la substancia de esta.

ahí que resulte estrecho el criterio que exija una duración por tiempo determinado para que la práctica se torne Costumbre. La creencia en la sanción no se comprueba en todos los casos, sino que la imitación engendra la repetición que se ha de continuar aún sin sanción inmediata.

La gran fuerza de la Costumbre es, a veces y en ciertos aspectos, producto de prácticas más limitadas, menos conocidas, o lo que es lo mismo, menos necesarias, llamadas Usos. Los Usos tras constante reiteración, y a consecuencia de las complejas y crecientes necesidades, llegan al campo de la Costumbre. La Costumbre se ha caracterizado por la observancia general, en tanto que los Usos abarcan un radio más limitado. El carácter general de la Costumbre permite comprender mejor la sanción que la garantiza, en tanto que el Uso ha llegado a significar aquella práctica cuya observancia es tácitamente admitida por la ventaja que reporta: —un fin directo, utilitario. El uso “convencional” o formas observadas en la celebración de los contratos ha tenido su mayor desarrollo en el Derecho Mercantil —disciplina que por su propio ser exige un movimiento y desarrollo rápido.

También se considera fuente a la **Jurisprudencia**, entendiéndolo por ésta, el conjunto de decisiones de los Tribunales, producto de la aplicación del Derecho en los conflictos que resuelven.

La reiteración de fallos en conflictos semejantes, la aplicación repetida de una misma norma a diversos problemas, va estableciendo al lado, y a veces contra la misma finalidad del legislador establecida en la Ley, un factor de gran importancia en la vida jurídica de un pueblo. Es un error querer equiparar la Jurisprudencia a la Costumbre por la sola semejanza de la repetición. Cierzo que es parecida en este punto, pero nada más. No podemos sostener que la Costumbre solo surge después de una deliberación, no podemos generalmente trazar su camino, nos percatamos súbitamente de su existencia; en tanto que la Jurisprudencia es el resultado obtenido de las relaciones entre los hechos y la norma, entre materia y abstracción.

En países en que existe una tradición judicial, mantenida celosamente por el prestigio de quienes integran y desempeñan esa misión, se cuida con esmero de la fuerza que engendra la Jurisprudencia. Entre nosotros —no porque carezcamos de leyes de éstas hay gran abundancia— la Jurisprudencia no ha logrado ocupar el lugar que honrosamente se le reconoce, por partir de leyes las más veces muy lejanas de nuestra realidad: además es tan grande el temor a la fuerza y tan infimo el respeto a la Verdad que, nuestros funcionarios desentiéndense de la alcurnia de su posición por tornarse en servidores de la conveniencia. Entonces, a falta de confianza en la obra de nuestros jueces, la Ley (otra vez la Ley, y siempre la Ley) ha establecido en la Ley Orgánica de los Artículos 103 y 107 Constitucionales las condiciones para que se consideren como obligatorios los fallos del Tribunal Supremo. Se da atención a la repetición, y se exige la repetición ya que la consistencia de una decisión no es lo suficiente para que se le observe, como si una falsedad llegase a ser ver-

dad por el solo hecho de repetirla. Sin embargo, esta práctica tiende a infundir respeto al Tribunal Primero, respeto y prestigio que la propia personalidad de sus Magistrados deberían engendrar, para colocar a salvo la estabilidad reconocida al Poder Judicial en otros países. Es de importancia también considerar los factores que influyen en la selección de los funcionarios del Poder Judicial, y considerar su absoluta dependencia del Ejecutivo.

CONCLUSION:

En otras épocas podríamos haber señalado lugar exclusivo como fuente a la Ley, y sin desconocer lo estable —más bien rígido— que pudiera ser la vida del Derecho, cerraría la entrada a otras corrientes que tienden, logrando a veces, hacer más viable, más limitada la acción de la norma jurídica "Ley" para dedicar atención a otras fuerzas reguladoras del Derecho.

RESUMEN:

- a) En el estudio de las fuentes de Derecho ocupa primer lugar la clasificación de real y formal.
- b) Bonnacase señala como elementos generadores de las reglas de Derecho el experimental y el racional, dedicando importante lugar al último para dar mayor solidez y consistencia al lugar que él desea ocupe el Derecho.
- c) Debe aceptarse el elemento racional en parte. Lo humano tiene algo de racional y de inconsciente.
- d) Las fuentes formales por excelencia son: Ley y Costumbre, siendo la primera derivada de la segunda ocupa, sin embargo, actualmente lugar predominante. No debemos desconocer la Costumbre, ni menospreciar la Ley, ya que cada una tiene función propia.

CAPITULO III.

EL LEGISLADOR.

Surge el legislador dentro del mismo grupo del cual forma parte, tiene igual interés, como individuo integrante de la Sociedad, en que ésta se conserve, multiplique sus fuerzas y perdure; deriva igual ventaja en que su vida y propiedades sean respetadas. Respira el mismo aire que los otros individuos del cuerpo social; no es la atmósfera ni más pesada ni más ligera, en concreto, tiene vida humana; tiene necesidades e intereses individuales y colectivos. No es un personaje divino.

Si la obra legislativa es personal, será transitoria, si es pura creación obedecerá a un concepto subjetivo, a un producto a veces de la fantasía, pero siempre parcial, temporal. No es fácil concebir cómo un producto de la mente individual, ante la variable realidad, pueda desentrañar el futuro, hacer su voluntad perdurar. La Ley supone una repetición de actos, cuya síntesis se ha de poder aplicar a hechos futuros; la Ley se hace para lo porvenir, para este fin puede concluirse que, observando un cierto número de resultados y atendiendo a causas semejantes, podemos preestablecer los efectos. Resultados o conclusiones serán propiamente producto de una actividad comparativa, decisiva, y es el juez a quien corresponde decidir. Un número de decisiones irá señalando o forjando el camino para la Ley; será pues al juez a quien antes acudimos para que su actividad indique cómo ha nacido aquélla, y observando su actividad podremos mejor comprender la obra del Legislador.

Hablar de Juez y Legislador supone conceptos ya elaborados, dos distintas personalidades, dos diferentes funciones, la evolución del grupo en Sociedad, manifestaciones de la división del trabajo social. Volviendo a la época en que no se apreciaba esta diferencia tan marcada, encuéntranse reunidas las dos funciones en una misma persona o grupo, y aún antes de la aparición simultánea de las dos funciones, vemos aparecer en primer término la función judicial: el patriarca, el hombre viejo y sabio, el sacerdote, debieron antes necesariamente decidir, precisar un conflicto que urgía ser resuelto. Lo exigía la misma vida del grupo que encabezaban. En otra forma no podemos creer que las leyes hayan nacido, es decir, sin antes haber observado un repetido número de conflictos semejantes, las leyes —soluciones abstractas— no habrían aparecido. Son, pues, las leyes formas prácticas, fijas, con cuya ayuda pueden resolverse los conflictos de las pretensiones en pugna. Las colecciones de sentencias

o decisiones, fijaron el primer paso para la elaboración de las normas abstractas; éstas —entonces como siempre— han de partir de hechos concretos, materiales, para de ahí elaborar o deducir consecuencias (a veces distinta a la que acusa la realidad) es decir, si la Ley pretende dar un paso más allá de la realidad, jamás puede desconocer el hecho o hechos de donde ha de partir.

Ninguna extrañeza debe causarnos que la doble tarea de juzgar y legislar se reuniese en una sola persona, pues el soplo divino también le reconocía facultades proféticas, dirigía los ejércitos a la guerra, y tantas otras habilidades que las primeras dos enumeradas se perdían entre la maravillosa capacidad de un solo hombre, mejor, de un super-hombre o semidios. Sus fallos serían perfectos; sus leyes después infalibles, pues los dioses hablaban por su conducto. Felices hubieran sido los resultados, si los dioses hubiesen bajado de sus palacios con más frecuencia, pues las nubes les impedían conocer de la realidad cuyo único intérprete era el rey o guía del grupo; si sus intereses no hubieran siempre coincidido con los del caudillo, muy benéfica que hubiera sido la influencia divina. Vemos en Roma cómo una de las conquistas que la continua lucha proporcionó a su pueblo, fué el conocimiento público de las fechas en que se administraba justicia. No es otra cosa el "Jus Flavianum" que el señalamiento de los días fastos. Se va descoriendo la velo que tendía a ocultar la realidad, pero la propia realidad todavía se nos da con el influjo inexplicable, y sin relación alguna, del momento anterior, es el residuo de lo incognoscible que a veces desfigura nuestro conocimiento, por seguros que estemos de su verdad.

Pero ya antes hemos dicho que el Legislador tiene una doble personalidad, como todo hombre que vive en Sociedad: individual y social; así, por grandes que sean sus intereses, no puede descuidar los intereses mayores de la colectividad. Es una verdadera exigencia que los preceptos que consagre sean viables, que reciban la aceptación de aquellos a quienes se dirigen —no se comprende cómo puede dictarse una disposición y exigir sea respetada sin conceder, al mismo tiempo, que existan los medios o factores para cumplirla.

El monarca que descuida su tarea, bien pronto la recuerdan quienes mueren de asfixia. Antes de decidirse a morir, el pueblo se percató que la vida que está a punto de perder, fué el resultado de largos sacrificios, y que su existencia no puede extinguirse; si la plebe romana no tenía el conocimiento del Derecho, su sentimiento le permitía repudiar la opresión que tendía a extinguirla; buscaba la conservación de su clase dominante y dominada. Pero las multitudes olvidan: el Senado se torna en fiel servidor del César, éste es un dios cuya efigie se ve en el Panteón; su voluntad de humana se vuelve divina: nada hay oculto para su meridiana inteligencia. Y si esto sucedía en la Roma del Derecho, en el pueblo que había crecido con su derecho, no deben maravillarnos los resultados de otros pueblos menos evolucionados.

Sería conveniente hacer un estudio del Legislador, tanto en su ca-

rácter humano y divino. Desmontarlo de su pedestal en el cual los siglos lo habían incrustado, llevarlo de nuevo a la luz y volverlo a colocar, ya desempolvado, humanizado, no en la misma peana, en un sitio de honor si se quiere, más no lo bastante elevado para apartarlo del mundo en que vive. Podemos pensar en su actividad primero ingenuamente humana, luego divina, para volver otra vez a humanizarse—más ya otra humanidad más elevada, con tintes de divinidad. (1)

El Legislador jamás ha podido desentenderse totalmente de su carácter humano, y si en ocasiones se ha empeñado en considerarse sobrehumano, fuerzas superiores a él —algunas veces siglos después— lo han exhibido en su integridad. Es cierto que ha tratado de olvidarse que vive en sociedad, pero también su intento ha sido en vano.

La palabra es una palpitante manifestación de la personalidad. Con razón se dice que según habla el hombre, así es él. Refleja la palabra odio, cariño, alegría, dolor. Gran parte de nuestros sentimientos, deseos y aspiraciones se expresan en palabras, y aún cuando pasa la causa-origen de las sensaciones, persisten ligados al vocablo o frase con que nos externamos. Cuando nuestra expresión manifiesta sentimientos semejantes a los experimentados por otros hombres, la frase se desprende de nosotros y toma vida propia.

Esto acontece entre los hombres y los pueblos en su vida diaria. El mismo caso repítese, aunque en proporciones mayores, cuando quien habla está investido de poder o goza de prestigio: la voz del director se atiende por representar la fuerza del grupo que conduce. Mayor será la fuerza de la norma, si tanto el poder cuanto la autoridad se reúnen en un mismo individuo o grupo: la energía se concentra en la expresión verbal, y cuando se menciona o se invoca ésta, ya va acompañada del nimbo de su origen: la Perfección. A lo perfecto no se le puede agregar ni restar, no necesita de otro motivo para su íntegra manifestación; así, pues, la ley también nace dotada de perfección (Escuela de la Exégesis). Por eso, en gran parte de las legislaciones antiguas encontramos disposiciones jurídicas que se pierden entre los consejos de carácter práctico, y normas éticas o religiosas. Es también frecuente encontrar señalados los ideales o aspiraciones de una época o clase. Sin duda que de observarse algunos de estos elementos extra-jurídicos, sería benéfico para la existencia del grupo, pero nada agregaría a la solidez de la norma que lentamente ha ido cobrando significación propia. No neguemos que ha sido

(1) En vez de un triángulo en cuyo vértice aparece el aspecto divino, coloquemos un par de líneas curvas que van de lo humano a lo divino, y de éste a lo humano —una especie de flujo y reflujo entre dos extremos en que nos gustaría "fijar" un momento del continuo movimiento para clasificarlo, lo que también sería una "clasificación" móvil y cuya base, por ende, necesitaría a su vez de un estable apoyo. A veces será la corriente de un gran río que empuja sus aguas al Océano, y otras serán las olas de éste que harán retroceder la fuerza del primero; lo que sí ofrece tarea difícil es precisar hasta donde llega la fuerza del mar o el empuje de las aguas fluviales.

importante la función del legislador, pero reconozcamos que no siempre sus normas existían "per se", había que recurrir con frecuencia a la idea de temor de la divinidad para justificar su proceder y mantener a salvo su actuación, o mejor, divinizándola para prolongar su poder o influencia.

Se considera al tabú una limitación que se impone sin una causa racional, y a cuya violación o desconocimiento va asociado un perjuicio o castigo. Coincide con la Ley, en cuanto es una prohibición. Puede discutirse en cuanto a lo racional de su origen, pero lo importante es que ambas son prohibiciones: llevan semejante finalidad en cuanto detienen o limitan la actividad de los hombres, y coinciden todavía más, en cuanto son expresiones de una autoridad o fuerza superior. En esto deja de percibirse lo irracional del tabú, y no es sino hasta cuando trata de justificarse que surge lo irracional. Distingamos, pues, dos momentos: la prohibición (racional, independiente del origen) y la explicación o justificación (irracional). Cuando el tabú no es de carácter esencialmente mítico, obliga a todos: dirigentes y dirigidos. (1)

Ni el tabú ni la Ley son productos exclusivos de un hombre, por mucho que en su factura intervenga alguno, no siempre como factor decisivo sino como agente auxiliar, que reduce la expresión a términos concretos —como el artista generalmente expresa sentimientos propios o comunes en forma comprensible por los demás, el sacerdote polinésico simplifica la expresión de los dioses.

El Legislador actual no puede prescindir de la realidad, y sin embargo, aún parece imposible deshacerse de la tradición en que el legislador-oráculo se inició en los primeros días: lo que dice todavía participa también de lo sobrenatural, de ahí la Ley intachable. Y valiéndose de la Ley como de piedra angular o cimiento, se ha construido, o pretendido hacerlo, todo el enorme edificio del Derecho. Pero es que "certeza" humana también es falible, de ello dan tantos ejemplos los cambios en las ciencias llamadas "exactas". Entonces, si la misma precisión de estas disciplinas sufre transformaciones, ¿por qué hemos de empeñarnos en petrificar el Derecho? No tratamos de desvirtuar la vitalidad de la Ley, ni menguar la autoridad que representa, pero ciertamente tampoco nos esforzamos en extender su potencia, si esta es limitada; es semejante a quien se propone realizar una tarea con útiles gastadas —sería absurdo negar que cuando estos estaban nuevos no sirvieron al fin para que fueron creados, pero tanto más lo será el sostener que en su condición defectuosa aun son efectivos.

Al humanizar la Ley, también colocamos a su creador (intérprete de la realidad) más próximo a nosotros, no dispuestos a ignorarlo, sino a conocerlo para efectuar una completa labor en la cual es mero colaborador, aunque de primera importancia y prestigio.

¿Qué es la Ley para el Legislador? Es sin duda un mandato que él

(1) Aunque el tabú es una rudimentaria forma de prohibición representativa de las sociedades primitivas, en éstas no se reduce todo al tabú.

expresa mediante una fórmula adecuada; si, pero esto como producto completo, pues antes de llegar a este punto ha debido observar un número de hechos: a) reales o existentes; b) posibles, c) ideales.

Ante los hechos ideales o posibles, se encuentra frente a una posición nueva, a veces creada por él mismo, hechos que están por serlo, pues su existencia dependerá de su adaptabilidad fuera del laboratorio experimental de su iniciador. No es hasta que el Legislador se coloca frente a los hechos reales y existentes, cuando su función se nos presenta más cerca a nosotros, pues aunque no todos observamos con la misma intensidad, ni la misma manifestación de un objeto nos atrae en igual forma, el objeto se nos impone y nos domina, es decir, debemos acercarnos al objeto de nuestro conocimiento. El conocimiento de un mismo objeto entraña discrepancias y dificultades, el problema será mayor si enfocamos nuestra atención en distintos objetos o hechos, en que la realidad nos presenta una complejidad abrumadora ante la cual no podemos permanecer indiferentes. Urge una solución aunque no sea de carácter definitivo, pero será una solución mientras no llegamos a otra, que por más completa, mejor resuelva el problema.

La expresión formulada por el Legislador se hace a base de abstracción —procedimiento que impone una desfiguración de la realidad, en cuanto la priva de toda su riqueza— esta desfiguración ocurre aún en el proceso mental interno, con razón deberá existir también al reducirse a una fórmula verbal, y en la que ya pierde algo del vigor de la primera etapa (intelección). El esquema de proceso antes señalado se da en el Legislador como sujeto pensante, plenamente consciente de su obra. Más, para sostenerlo en tan estable postura, necesitaríamos volverlo al Olimpo, y procurar convencernos que su obra es completa; sería menester acordar que todos nuestros actos son producto exclusivo de nuestra razón; sería preciso hablar del Legislador (abstracción) y no del legislador humano; también fuera necesario comprobar que la fórmula legal siempre es resultado de la meditación, que lo inconsciente no se da en la elaboración de la Ley, sin olvidar que la norma legal puede existir con “el hecho de señalar fines sin necesidad de indicar los medios”.

No nos explicamos nuestra vida sin una finalidad. Nuestros actos deben obedecer a un propósito, pero pueden aparecer como término que a su vez se hace principio de un nuevo ciclo en que esta repetición se sucede sin cesar. La actividad del Legislador no la entendemos en forma distinta, y este aspecto de su función se confunde con los hechos ideales o fines de su actividad creadora. El reducir los hechos reales y posibles a formas cómodas de expresión, es tarea que puede caracterizarse de receptiva, ante la cual el Legislador se conforma con observar; pero ante los fines, el Legislador se eleva sobre la observación de lo real, y crea (o cree observar) fines que señalan caminos al Derecho.

La función directora de la norma acaba hasta donde logra precisarse el campo de la realidad que abarca, o sea, hasta donde concuerda el enunciado de la norma. Más no por esto dejan de existir determinados fines

en el Legislador; estos fines no pueden confundirse con la norma, pues a veces restarían a ésta el valor propio y volveríamos a la época de los "Espéculos" en que las reglas jurídicas se mezclaban con consejos e indicaciones de virtudes. Debemos conformarnos con la sobria expresión de la norma, aunque no ignoremos la existencia de fines, y lo muy noble y benéfico que puedan ser. Consideremos el fin del Legislador como causa segunda de la norma, pero es difícil penetrar más allá de donde nos lo permite la misma expresión. Y bien ¿acaso y en qué forma podremos establecer cuál es el fin o fines del Legislador?: los fines propuestos, los lógicos. Será una mera obra de tanteo, de acomodo razonable, y más aún, a veces de desobediencia a la norma, puesto que si el Legislador lo hubiera querido, redacta la norma en tal manera que revele su propósito, a no ser que por un descuido no logró expresarse correctamente.

La trascendencia de la obra del Legislador nos obliga a meditar que su función termina al redactar la Ley; en cuanto la elabora y plasma es soberano en su función, pero no queremos atribuirle facultades sobrehumanas para una función que necesita un exceso de humanidad, entendiendo por ésta no una capacidad divina sino una comprensión, un sentimiento de los problemas que debe resolver el momento en que vive. Más que la doble cara de Jano que contempla el pasado y vislumbra el futuro, el símbolo del Legislador será la brújula o el compás que apunta a una dirección, pero sin desconocer o ignorar la existencia de otras, y está pronto a reconocerlas. Y si tal es su posición, deberá reproducirla su obra: la Ley —una forma de resolver el problema, una manera que recibe preferencia sobre otras por medio de la autorización del Poder, una fórmula breve que a veces pretende resolver una duda, pero cuyo alcance pudo ser más limitado o más extenso que lo previsto. La norma jurídica termina o no termina un conflicto, si la disposición no lo soluciona por sí misma, ¿por qué empeñarnos en buscar el "espíritu" del Legislador, o su mente?: tan falso es negar a la norma vigor propio, cuanto atribuirle fuerzas que no posee. Así, pues, por medio de la Ley pretendemos conocer al Legislador, y afirmamos: si su obra es parcial, limitada, él no podrá ser absoluto ni perfecto, y sin embargo, aún nos persigue el espejismo de la Ley perfecta, de su creador semi-dios.

Es bien conocido del Legislador el prestigio que le antecede, y además él mismo se esfuerza por aumentarlo y afianzarlo. Justiniano afirmó que Dios dió el Emperador al pueblo como la ley viva —la personificación de la Ley. El pueblo ve con veneración al Legislador, le sigue ciegamente, viviendo la explicación platónica que algunos de los hombres estaban formados de los más ricos metales, en tanto que otros hechos de humilde barro. Mandar y obedecer —crear e imitar. Pero si tal proceder de temor ciego y mando absoluto ejercieron fundamental influencia en los pueblos nacientes, después de que la norma va siendo desprendida de su origen inicial, va cobrando vida propia, no se obedecerá por el simple temor, sino porque es práctica, porque es buena, en fin, por ser Ley. Cuando la Ley va cumpliendo con su fin organizador y es incorporada al conjunto de li-

mitaciones que imperan en un grupo, su incumplimiento trae como consecuencia, además de la sanción de la Autoridad, la sanción social. En nuestro país se ha olvidado mucho que la vida de una Ley depende de la aceptación de aquellos a quienes va dirigida, porque no podemos empeñarnos en hablar de la vigencia de una disposición si ésta obedece al ánimo de novedad, de moda, de "corrientes ideológicas" que revelan un muy dudoso prestigio de los detentadores del Poder. Cuando la Ley es producto de un hombre que la creó —no para satisfacer o resolver una necesidad real— para cumplir los deseos de un sector o fracción del grupo, esa disposición se cumple mientras subsista la fuerza que la impone, porque se está "obligado" a cumplirla, por el temor que su desobediencia acarrea graves perjuicios, más no por la convicción que al violar aquella limitación se está desconociendo la comunidad, cuyo respeto y guarda refleja en primer y último término la protección y bienestar de cada miembro.

De los fines del Legislador, podemos afirmar que varían en cada caso, que en muchas ocasiones es muy difícil —si no imposible— precisarles; sin embargo podemos decir cuáles deben ser después de asomarnos al taller legislativo, para ver los elementos de que dispone el Legislador y con cuya ayuda nos señalará el producto de su obra.

Antes hemos afirmado que el Derecho, primero y esencialmente, se manifiesta como una fuerza conservadora, como un orden. Primero se significa por lo rudimentario y severo de sus medidas, y después se desprende un tanto de la fuerza que lo inicia y le presta apoyo, pero sin lograr deshacerse totalmente de esta misma fuerza. De otra manera no podemos comprender que surja la vida en un grupo, es decir, no concebimos la vida en sociedad sin un orden, una serie de limitaciones que restringen la actividad de los integrantes del grupo. Las limitaciones aparecen al principio en forma concreta, pero al ir aumentando las necesidades, y con ellas la complejidad y lo variable de las relaciones, se hace indispensable una solución abstracta, o sea, una solución parcial, a pesar de su abstracción, un principio de solución cuyo punto de partida es la igualdad —de ahí el antiguo y siempre actual afán de abolir las leyes privativas; toda disposición que aspire al nombre de Ley, tiende a satisfacer una necesidad general. No se concretará a la realización del orden simple y llanamente, sino del Orden Jurídico. No una mera limitación, sino una restricción en que no se extingue el fin individual frente al social, sino que forma parte de éste y se combina con él. La duración del orden depende de la fuerza que lo respalda; el Orden Jurídico coloca a la fuerza en segundo término y en primer lugar el interés del grupo. Si bien la tarea del Legislador se encamina a la protección de intereses, debe hacerlo partiendo de los "reales" —elementos de los cuales no puede prescindir y por los que está, en cierta forma, limitado; factores que a su vez determinan los intereses porque estos giran alrededor de los primeros. Los reales, o elementos que en toda época aparecen, constituyen propiamente la materia con que realiza su obra el Legislador.

Eugen Huber, insigne legislador suizo, en su obra "El Derecho y su Realización" señala tres grandes reales de la legislación: 1) el hombre en su existencia antropológica; 2) los naturales; fuerzas naturales o cosas corporales; 3) las tradiciones o antecedentes.

a) Al Hombre se le considera en su integridad de funciones corporales y anímicas, en su vida individual, y

b) en su vida con sus semejantes: relaciones sexuales, familiares, económicas.

Para situar al Hombre dentro de un sistema de legislación, se parte de dos posiciones opuestas: la primera que bien puede llamarse Optimista —que considera que al Hombre debe reconocérsele tal como debe ser— perfecto en sí mismo y en su vida con los demás. Si el Hombre es perfecto, la legislación no podrá ignorar este punto; pero si el ser humano no es perfecto, entonces por medio de una legislación que aspire a la perfección, se habrá dado un gran paso para lograr el perfeccionamiento del Hombre. La segunda puede llamarse Pesimista —los hombres deben ser considerados por el Legislador tal como son, y no como deberían ser, pues son envidiosos, vengativos, vanidosos.

Tanto una como otra dirección no puede admitirse por el Derecho, puesto que al calificar a un hombre de bueno o malo, romperíase el equilibrio que debe constituir la base del Derecho, quedando esta actividad reservada a la Ética —no que exista pugna entre las dos disciplinas, sino que las esferas de su acción no siempre coinciden.

El hombre vive en grupos o comunidades por exigirle así su naturaleza, pues, según Huber, la comunidad es expresión de una conciencia colectivista fundada en la razón humana, que es algo más alto y universal que la conciencia del individuo.

2) Entre los naturales, elementos que el Legislador debe fatalmente considerar, se colocan los fenómenos naturales en su relación con la vida humana.

3) El orden existente al momento de expresarse una Ley no puede romper todo vínculo con el pasado en lo referente a las creencias o tradiciones, y se eleva este otro factor de tanta fuerza como los naturales, y siempre de mayor complejidad.

RESUMEN:

a) El Legislador es un producto y factor social. Pasa de lo mítico a lo humano, conservando siempre parte de su primer origen.

b) Su obra debe someterse a la realidad (hechos posibles y existentes), sin dejar de aspirar a fines superiores (hechos ideales): los primeros tienen un fin inmediato y directo, y los segundos un fin mediato, su campo será más limitado, aunque ilimitable, por estar menos en contacto con la realidad, pero tendiendo a formar parte de la misma.

c) La tarea legislativa debe hacer efectiva la armonía del grupo social.

CAPITULO IV.

EL JUEZ.

La obra del Legislador, mal o bien, se ha desarrollado en una relativa independencia, en cuanto no ha tenido que estar sujeto más que a las condiciones que el medio en que vive le imponen. Generalmente se ha concretado a servir de portavoz al príncipe, y otras, so pretexto de cumplir los mandatos del caudillo, les da una dirección no deseada por el superior. Si la disposición no tenía valor propio, lo que faltaba era suplido por la supuesta voluntad suprema, de la que el Legislador indirectamente participaba.

El Juez, salvo raros intervalos, ha vivido una existencia de sujeción. Su función, se ha dicho, es enteramente superflua, nada tiene de necesaria: sólo hay dos funciones, la legislativa y la ejecutiva; y aún podríamos llegar a más, afirmando que sólo hay una: la legislativa, puesto que aún la ejecutiva ha de fundarse en la Ley. Esto no dejara de ser mera apariencia, si muchos no lo tomaran por realidad —no se explican la concentración del poder sin concentración de funciones. Para ellos estas funciones no tienen vida propia sino en cuanto se las infunde el monarca, el dictador; tal parece que nos invitan a retornar a los tiempos legendarios, en que el rey, sentado bajo la higuera, hacía justicia y atendía a la administración del reino. No nos referimos al pretor romano que se muestra como lumínico cuya luz aún alumbraba después de tanto siglo de tiniebla. No nos proponemos sostener que la función del Juez sería tornar a practicar la actividad del pretor —éste debió su aparición a condiciones propias del pueblo romano, tuvo su desarrollo y fin con él, pero la obra del pretor nos indica que germinó cuando se necesitó dar elasticidad a las crecientes necesidades de Roma. Si jamás desconoció las Doce Tablas es porque éstas, a pesar de su breve texto tuvieron un significado político y social, fueron la primera piedra al tiempo que surtidor del Derecho en Roma.

Los largos siglos de letargo de la actividad judicial parecen un desesperado grito que le dice: "Despierta. La Ley no se mueve por sí sola, es digna de todo tu respeto, pero también tu deber no se concreta a venerar la obra del Legislador. También tu puedes, también tu debes vivificar tu obra, para cumplir tu misión". Y bien ¿cuál es la misión del Juez? ¿Cómo la efectúa?, y si las interrogaciones anteriores reciben respuesta, aún hay lugar a la interrogación capital: ¿Es imprescindible la labor del

Juez? Ensayemos dar respuesta, de menos en parte, a estos problemas cuya solución nos proporcionarán un mejor conocimiento de un personaje de perenne actualidad, de importancia a veces, de desprecio otras, pero siempre existente en el drama del Derecho.

Desde luego no podemos afirmar que la función del Juez es únicamente la aplicación de la Ley, en cuanto vemos en ésta una orden de carácter general y permanente, pues en ese caso la función del Juez sería una actividad de las más usuales, ya que nuestros actos a diario se forman en torno de las normas jurídicas, y no por eso realizamos la función judicial. Dos particulares al celebrar un contrato pueden hacer aplicación constante de las normas que rigen en determinada materia, y sin embargo no hay función judicial; puede llegarse hasta la extinción del compromiso celebrado, sin haber discordancia. Continuamente se ha aplicado la Ley, y la actuación del magistrado fué del todo innecesaria. Pero si alguna de las partes desconoce su obligación negándose a cumplir lo pactado, la otra, cuya pretensión ha sido desconocida, busca algún medio para el restablecimiento de la situación esperada o por crearse.

La fuerza con la fuerza se combate. El incumplimiento de una obligación que siempre denota un desequilibrio, busca los medios para destruirlo: una fuerza que se opone a otra hasta lograr dominarla, la "manus iniectionis" en que el acreedor se hace justicia por su propia mano. El desconocimiento de una obligación es una resistencia que sólo puede ser vencida por una potencia superior. La justicia privada obliga a aquel cuyo derecho fué desconocido a hacerlo respetar, pero como la justicia en manos de todos pronto se torna en injusticia, el Estado, que no puede subsistir desapareciendo su soberanía, que no puede concebirse sin el elemento humano, busca los medios para la protección de los intereses reconocidos por el Derecho. Pero esta protección vendrá como acto posterior al reconocimiento, es este momento donde propiamente toma vida el Derecho: se actualiza o materializa la situación prevista por la norma, y entonces se desprende de la causa de donde surge para entrar bajo la protección de una fuerza ajena y superior a la de quienes la inician. Determinado el acto que reconoce el Derecho, generalmente expresado en la Ley, vendrá la materialización en formas de protección a la situación creada. Determinar significa precisar, decir certeza donde antes hay duda, en una palabra, juzgar, formar juicio indica establecer una posición que deberá observarse como punto de partida para un acto o serie de actos posteriores. Y con esta sola función que se le reconoce al Juez, tiene ya una tarea propia; reconocimiento de una situación que debe ser protegida, seguida por el empleo de todos los medios a su alcance para su efectiva realización. El empleo de los medios hasta llegar a los actos materiales de fuerza no siempre es necesario, es todo medio una especie de reserva para el caso en que la delimitación o precisión solicitadas del Juez no sean respetadas; en otra forma no podemos entender las sentencias declarativas, pues es en éstas donde la palabra "jurisdicción" se manifiesta con toda lucidez.

Con razón se ha dicho que el Juez es la encarnación del Derecho. En tanto que los intereses individuales pueden oponerse, es indispensable recurrir a uno ajeno a las pretensiones a discusión (aún al árbitro que todavía consagra nuestro derecho vigente). Y si además del interés en decidir existe el apoyo y reconocimiento del Estado, la función cobra doble importancia, y aparece la figura del Juez. Entónces quedan las diferencias sometidas a la decisión de un tercero reconocido por el Estado, nombrado por él. Creemos que en la designación que hace el Estado de un tercero imparcial, radica el meollo de la actuación judicial, y es ésta la mejor garantía para que los intereses sean respetados.

Para mantener el equilibrio necesario hace la enumeración de impedimentos y excusas nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales. Tanto más cuanto el Juez está obligado a fallar aunque no exista ley aplicable al caso, en que entónces se le obliga a crear la norma. Por eso llega a afirmar Rocco, que "el concepto y los caracteres de la función judicial, como su fundamento y su razón de ser, deben sacarse del mismo concepto del Derecho". Como el interés o fin del Juez es superior al de las partes, hay necesidad de sostener la primacía de la disposición general, si ésta ha de subsistir como expresión de la voluntad suprema del Estado.

Cierto que al sostener la Ley el Juez cumple su tarea, pero sólo en parte, según nuestra posición. La Ley, hemos afirmado, es una indicación, un medio para llegar al camino, pero para llegar a esta posición el Juez ha tenido que soportar la tiranía de la Ley a través de largos siglos. Las reformas legislativas han sido frecuentes; la elaboración de las leyes obedece a causas prácticas, hay leyes que regulan minuciosamente actos de poca importancia. Puede decirse que se ha construido una gran maquinaria pero se ha olvidado a aquel que tiene que ponerla en movimiento; se le sofoca al juzgador con miles de disposiciones de estorbo manejo, y luego nos maravillamos cómo permanecen inactivos nuestros jueces; su criterio no puede ser distinto a la Ley, es éste su único camino. Veamos ahora si la tarea judicial es reconocida por todos, y algunos de sus elementos característicos.

Aunque a Montesquieu equivocadamente le es atribuida la paternidad de la teoría de la División de Poderes, el origen se encuentra en "La Política" de Aristóteles —error que, el ilustre constitucionalista, Licenciado Manuel Herrera y Lasso, se ha empeñado en destruir. Sin embargo esta teoría siempre va ligada al nombre del jurista francés; ya sea por la mayor proximidad en el tiempo, por la época en que aparece su obra, o por lo general del error —sin negar lo original de su propio desarrollo. El Poder del Estado se manifiesta o está dividido en tres funciones, una de tanta importancia como la otra: ejecutiva, legislativa y judicial. El Poder que desempeña una de estas tres funciones, esa rolla su actividad dentro de un círculo limitado de acción, fuera del cual no podrá pasar, evitando así todo abuso o "invasión": el Poder contiene el Poder.

La obra de Montesquieu ha sido discutida y censurada —prueba su-

ficiente para demostrar su importancia—pero indiscutiblemente señala una nueva ruta, base de otras elaboraciones. A pesar de que Montesquieu no reconoce igual importancia a los tres poderes, podemos decir que “una división teórica no puede ocultar las semejanzas que parecen ser tantas como las diferencias”.

Laband considera a la función jurisdiccional como la realización de un silogismo, y en consecuencia no se produce cambio alguno en el Orden Jurídico. Más profunda es la conclusión de Huber respecto del silogismo que él también afirma existe en el proceso, pero supone como base de la Ley un valor que, como antecedente de la premisa mayor y base del silogismo, conduce al mejor y más fijo resultado.

Kelsen: “La función realizada en la sentencia judicial, en ningún modo tiene un carácter meramente declarativo, como da a entender la palabra jurisdicción, y como supone la teoría corriente, como si el Derecho estuviera ya terminado en la Ley, i. e., en la norma general, y sólo debiera ser hallado o expresado en el acto del Tribunal, más bien, la función llamada jurisdiccional, es absolutamente constitutiva: es producción de Derecho en el propio sentido de la palabra. Pues el que se dé una situación de hecho concreta, a la cual se ha de ligar una consecuencia jurídica especial y la vinculación de la misma en concreto, toda esta textura aparece sólo merced a la sentencia judicial. Por esto la sentencia es una norma jurídica individual: es la individualización o concreción de la norma general o abstracta”.

Para Barthelemy sólo hay dos funciones: hacer la Ley y hacerla ejecutar; la aplicación de la Ley es parte de la función de hacerla ejecutar.

Con razón opina el Lic. Gabino Fraga que al no aceptarse la división del trabajo como criterio único, puede concluirse que hay buscar otras formas para caracterizar la función, distinta del órgano de donde proviene. Pero si la función legislativa produce situaciones jurídicas generales, si la administrativa se refiere a situaciones jurídicas individuales y actos condición, parece que quedará excluida la función jurisdiccional. Siguiendo tan riguroso y limitativo criterio, podemos concluir que toda función, inclusive la legislativa, queda sometida a una función principal o primera, o hasta un hecho, puesto que aún ella misma debe desarrollarse dentro de un marco anteriormente señalado; una ley se dicta porque una disposición anterior a ella lo permite; la disposición se ejecuta, no por sí sola, sino también porque su realización está consagrada por una norma anterior o superior; de la misma manera se juzga, porque la Ley lo permite y lo exige.

Jéze considera la existencia del acto jurisdiccional como “manifestación de voluntad en ejercicio de un poder legal que tiene por objeto comprobar una situación jurídica (general o individual) o hechos con fuerza de verdad legal”. Duguit considera que las funciones legislativa y administrativa suponen que sus disposiciones serán voluntariamente cumplidas, pero en caso de conflicto o resistencia al cumplimiento surge la función jurisdiccional. Es, como dice Rosco, una función de carácter se-

cundario, que aparece cuando la norma legal no es observada espontáneamente. Creemos sería igualmente correcto no llamarla función secundaria, sino que en cuanto cumple su finalidad, es de tan elemental importancia como las otras dos, sino que en su relación con estas se le considera secundaria. La función jurisdiccional aparece ante un estado de conflicto al cual el Estado le pone fin, un conflicto motivado por sostener las partes contendientes que la Ley o razón apoya sus pretensiones y es el órgano, que para tal fin designa el Estado, quien decide.

Si no se le puede conceder al Juez una misión propia, en nada desvirtúa que la tenga y pueda practicarla. La misión del Juez se concretaría a la pura aplicación de la Ley, si en ésta se encerrara toda la variable realidad, si previera todos los casos, en suma, si fuera perfecta.

Pero es que ya se ha visto que la Ley y el Derecho no es la misma cosa, y también se ha reconocido que hay lagunas en la Ley, además que el juzgador tiene el ineludible deber de resolver el problema que se le somete, y entonces tendrá la necesidad de crear un camino si no lo encuentra; que su labor se asemeja a la obra legislativa o administrativa afirma que estas dos funciones no tienen carácter absolutamente exclusivo, y es tan difícil encontrar aquello que no se parezca a algo; basta con demostrar que en un solo caso el Juez tiene que crear la solución o buscarla cuando la Ley no la da, para concederle existencia propia a la función judicial. Frente al criterio legalista, el Juez no hace más que aplicar la Ley, ante el amplio campo del Derecho el Juez encuentra la solución cuando falta la primera.

Aún en el extremo de no querer reconocer más actividad al Juez que la aplicación de la Ley, ya tiene una finalidad propia; conocimiento de un problema concreto que puede ser resuelto mediante la aplicación de una norma jurídica. La actividad ejecutiva para su realización necesita también estudiar, aplicar, juzgar aunque la situación de conflicto no se haya manifestado. Ejecutar una ley puede hacerse mediante fuerza bruta — ejecución es sinónimo de fuerza, potencia; aplicar una Ley es conocerla y conocer también el caso sobre que se aplica. La ejecución, antecedida por la aplicación, se acerca a lograr la total extensión de la Ley. La ejecución es el golpe que derriba el árbol, la aplicación indica por qué se ha cortado. Para quienes persistan en la existencia dependiente de la actividad judicial, aduciendo que es “medio” de la función ejecutiva, preguntamos si la función ejecutiva es un fin en sí, ¿no servirá para la realización, a su vez, de distintos y superiores fines?

La subordinación de la función judicial frente a la ejecutiva parece quedar sin efecto, cuando la función ejecutiva no se desarrolla dentro del límite marcado por la Ley. Ante el Tribunal disminuye la figura del transgresor y se agiganta el hecho realizado fuera del marco legal.

Nuestro Juicio de Amparo es el factor de equilibrio en la organización jurídica y política de nuestro país, y mediante sus avances ha pretendido contener y modificar la realidad mexicana que se empeña en vivir al margen de su Ley Suprema. El Artículo 49 de la Constitución dice

en su primer párrafo: "El supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial" y luego en el primer apartado del Artículo 104 establece la jurisdicción concurrente, señalando el Artículo 107 la jurisdicción auxiliar, y con estos datos como base, toda argumentación sale sobrando. Y a pesar de ser las anteriores expresiones constitucionales, no han sido lo bastante elocuentes para crear y desarrollar en nuestro juez un espíritu de independencia; a pesar de la consagración constitucional, nuestros jueces —por otro concepto dignos de todo respeto— aún conservan su "complejo de inferioridad", no siempre creado por su incapacidad, sino las más veces por el afán de agradar (no se le llame "colaborar" o "servir") al superior, cuando el verdadero superior debe ser la Ley o el Derecho.

Además de las circunstancias peculiares de nuestro medio, es tan grande la fuerza de la tradición judicial, que aún en países mejor integrados y conscientes de su desarrollo jurídico, no se le ha dado al Juez su merecido lugar, y aún cuando se le llega a dar, la esclavitud de siglos no se corrige con la manumisión de un día. Preferirá el Juez seguir por el camino ya señalado, pues aunque existan los defectos, es ya seguro; generalmente hay temor a lo nuevo, como si todo lo viejo fuera benéfico: la Ley es perfecta, todo lo dice y si me apoyo en la Ley mi responsabilidad está a salvo. Pero ¿siempre lo estará?

Veamos de donde llega al Juez el peso de su ineludible sujeción: Anteriormente habíamos afirmado cómo el monarca originalmente concentraba las funciones que la división del trabajo después encomendó a otros designados por él mismo. Sin embargo, las leyes siguieron participando del seño sobrenatural y el Juez siguió en situación de servidumbre.

Mientras la Ley fué expresión de la voluntad soberana, la disposición tenía el carácter de orden emanada de la corona, que convirtieron al Juez, o a la función judicial, en servidor o empleado sujeto a la voluntad suprema, pues ésta era más que voluntad, era la Ley misma. Un vicio o hábito sólo puede ser desterrado cortándolo radicalmente o substituyéndole por otro en forma de antídoto, que a veces llega a ser una desviación o prolongación indirecta del primer error: el desmedido apego y temor a la voluntad del príncipe, ha trascendido a la exagerada pretensión de obediencia a la Ley.

La Revolución Francesa, de repercusión universal, dejó sentir—con mayor razón— sus efectos en el campo legal de su propio territorio. La aspiración a la unidad política del país se reflejaba en los largos esfuerzos y antecedentes para reunir, bajo un solo aliento, las diversas y dispersas costumbres francesas. No fué éste el primer intento de agrupar bajo un solo título, las disposiciones que habían regido o estaban vigentes en las diversas provincias del país. Pero se observó un fenómeno que los mismos encargados de hacer la recopilación y redacción no habían considerado: su propósito, entre otros, había sido, simplificar para unificar o unificar simplificando, más su fin exclusivo no fué prohibir ni impedir que aparecieran otras fuentes. Como consecuencia de la teoría de Mon-

tesquieu, al juez se le negaba toda actividad que no fuera con estricto apego a la Ley; la palabra "jurisprudencia" no tenía razón de ser existiendo la Ley. El juez, decía Montesquieu, sólo debe abrir la boca para pronunciar las palabras de la Ley.

Es la Ley un producto infalible del Poder Legislativo. Todo lo encierra. Todos los casos quedan incluidos, y el juez, en ninguna forma, puede variar las disposiciones legales, so pretexto de penetrar su espíritu. La Ley, y todo lo concerniente a ella, es de competencia exclusiva del Poder Legislativo. Pero si el texto no era comprendido o no se veía la relación existente entre el texto y el problema sometido a la apreciación judicial, el juicio se detenía mientras se obtenía el parecer del Consejo de Partes, que después fué substituido por la Corte de Casación. Tanto el primero cuanto la segunda eran prolongaciones o extensiones del Poder Legislativo, pues su finalidad era observar la exacta aplicación de la Ley. La función del Tribunal era anular las sentencias en cuyo texto apareciera una "violación expresa del texto de la Ley". Sólo era permitido la interpretación por el mismo Poder que había creado la norma —trasunto justiniano en que el "autor" de la Ley era el único capacitado para precisar su alcance.

Más los Revolucionarios franceses —como los revolucionarios de todos los tiempos— ven su obra con derecho a la Eternidad; la Eternidad, para ellos, se señala como un concepto del futuro exclusivamente: todo lo anterior al acto o época creadores, debe ser descartado. Y la única forma en que la Revolución puede permanecer, será consagrando en textos de ley, los motivos que la empujaron y la sostienen. Desconociendo la Ley, o lo que es lo mismo, interpretándola, se és enemigo de la Revolución. Pero ¿cuánto dura la Revolución? ¿Puede todo un país soportar ilimitadamente el experimento o transformación que comienza (a veces acaba) por afectar o beneficiar una parte únicamente de la total población? El problema de la Justicia no reconoce épocas, ni clases —es una fuerza eterna y arrolladora.

El moroso procedimiento de esperar la resolución de la Corte de Casación (antes del Consejo de Partes) desnaturalizaba la función del Poder Judicial, y de ahí que lo destinado a ser "revolucionario", en su afán de serlo, se tornó en "reaccionario" —empleando vocablos comunes en nuestro medio. Pronto se dejó sentir la necesidad de una más rápida administración de justicia, y se estableció que el juez que dejara de fallar un asunto sería acreedor a la pena establecido para el delito de denegación de justicia.

Los extremos se tocan —lo prohibido ayer, es encomiado hoy... y aún así, nuestro juez sigue obedeciendo a su impulso tradicional: la Ley lo resuelve todo, es tan difícil y peligroso innovar; lo pasado es lo estable, lo seguro. No hay lagunas en la Ley, y en case de encontrarlas, hay varios y variables medios —lógicos algunos, inútiles otros— para que la misma Ley calle o diga lo deseado. Pero afirmar que no hay lagunas en la Ley es una falsedad reconocida por la Ley misma. La Ley, al re-

conocer su propia insuficiencia, en nada menoscaba su fuerza; antes bien, justiprecia su potencia, y haciéndolo se ennoblece. Afirmar que una misma disposición puede decir varias cosas distintas, en resumen no dice nada. La Ley pierde su estabilidad, y con ella su prestigio —pero un prestigio falso que causa tanto daño como el mismo desconocimiento de la propia Ley. ¿Entonces para qué empeñarnos en esclavizar el Juez a la Ley? No podemos afirmar que un esclavo siempre es fiel, ni desempeña su tarea inteligentemente. Los esclavos en Roma no eran personas, eran cosas— semejante actitud en nuestros jueces los convierte en fonógrafos, en los que cambiando discos se obtienen resultados distintos: la voz de la Ley siempre dictada por medio de sonidos estereotipados. Sin duda que la Ley tiene más vigor que su reflejo del disco, más para esto necesitamos hacer conscientemente responsable al encargado de aplicarla. El Juez al justificar sus conclusiones lo hace basándose en artícuos que cita expresamente; entonces él no es responsable, sólo lo es la Ley.

La Ley sola nada puede. Aún ciertos problemas que resuelve plenamente necesitan de la intervención del Juez. Este no puede eludir responsabilidades cuando alguna parte de la obra le es confiada. Cobra fuerza su tarea guiada por la Ley, pero hasta donde ésta llega, para seguir el camino guiado por sus conocimientos, dirigidos éstos por sus sentimientos.

No neguemos que tanto el Juez cuanto el Legislador tienen personalidad humana, cuyas más salientes características son el sentir y el pensar.

Privando nuestros actos de una de estas dos fuerzas, se tornan incoloros, se convierten en inválidos que sólo pueden moverse mediante apoyos extraños. Nuestros actos "pensados" generalmente se realizan en forma tal que pueden ser repetidos y entendidos por nosotros y por otros; nuestros actos "sentidos" se presentan como una variable corriente, a veces inexpresable por palabras. Separar lo "pensado" de lo "sentido" de un acto son abstracciones que tienden a facilitar la exposición, pero nuestros actos son complejos productos del pensar y del sentir. El proceso lo observamos en el Legislador y también debe encontrarse en el Juez. No nos corresponde establecer cuál sea de mayor importancia para nuestra actividad, lo que podemos afirmar es que el pensar ha de ceñirse a limitaciones desconocidas cuando sentimos, que nuestros actos contienen en distintas proporciones estos dos elementos que conjuntamente forman la esencia de la humana actividad. Y a pesar de todo, parece que el Juez se resiste a sentir, ya no porque la Ley lo prohíba, sino por desconfianza propia y por temor: temor a romper la tradición, temor a violar la Ley (cuando ésta ya no soluciona el problema), temor a obedecer el sentir de más anchuroso radio que el pensar, temor a ver en la Ley otra cosa que el limitado mensaje de las palabras. El Juez que realiza su función íntegramente, no se limita a la aplicación mecánica de la Ley, se convierte de ensavador en continuador del camino que la Ley se conforma con abrir.

El Juez ha ido perdiendo prestigio, no porque la Ley lo niega o desconoce, sino porque no ha sabido conservarlo o luchar para mantenerlo.

No ha querido o no ha podido hacer respetar su posición frente a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, siendo que el Judicial también es Poder. Hamenospreciado la sagrada misión que se le confía de conservar y armonizar las fuerzas dentro de la comunidad, empero lo seguimos considerando un factor vital para hacer posible el imperio de la Ley y las aspiraciones del Derecho.

RESUMEN:

a) La función del Juez se ha desarrollado en continua sujeción: sujeción al príncipe, sujeción a la Ley.

b) Creemos que con el solo acto de reconocimiento, por parte del Juez, de un hecho que merece protección legal, la misión judicial se justifica e independiza de las legislativa y ejecutiva.

c) La designación que hace el Estado de un tercero imparcial le confiere autoridad para dirimir diferencias entre los miembros del grupo social, que al hacerlo ellos mismos, terminaría con la extinción del Estado.

d) Siguiendo el criterio de que las funciones ejecutiva y legislativa no dejan campo a la judicial, podemos concluir que estas últimas tampoco son autónomas, en cuanto aún la legislativa ha de basarse en una disposición anterior que da la base para ulteriores desarrollos.

e) Nuestra Constitución consagra la existencia y funciones del Poder Judicial.

f) Ante la insuficiencia de la Ley, el Juez no debe permanecer indiferente. Las lagunas de la Ley se reducen o desaparecen reconociendo que tanto en el Legislador como en el Juez existen 2 fuerzas: el pensar y el sentir.

CAPITULO V

LA REALIZACION DEL DERECHO

Se habla del Derecho como de una disciplina eminentemente práctica, una disciplina que a diario vemos moverse ante nuestros ojos, es cosa común; conflictos que a cada paso son resueltos con aparente mecanicidad, posibles conflictos son anticipadamente resueltos con igual soltura, a tal grado que, según inocente o maliciosa afirmación, los filósofos y los juristas no hacen más que complicar el diario existir. Pero, ¿qué debemos entender por disciplina "práctica"? ¿Sólo aquello que es patrimonio de todos, o ventajas de mayorías?: saber dirigir un automóvil, sintonizar un aparato de radio, la instrucción para dirigir un mecanismo cualquiera. ¿Es esto lo "práctico", lo vulgar (no en la acepción de falta de refinamiento), lo de fácil o superficial comprensión? Sin duda que lo "práctico" tiene algo de esto, pero aún mucho más. La continua repetición del acto nos hace olvidar lo complejo o difícil de la primera operación, pero cuando desde una primera vez, mediante la observancia de unas instrucciones, obtenemos el resultado deseado, concluimos que aquello es "práctico", fácil. Pero lo "fácil" o "práctico" de algo, nada dice de lo difícil o complicado para producirlo.

A pesar de todo, el esfuerzo para crear aquello que es patrimonio popular, sólo se comprende, no por aquellos que aprecian lo "práctico" de su obra, sino que comprendiéndolo penetran el "cómo" y "por qué" de ello, observando las múltiples causas y efectos. (1)

Así podemos hablar del Derecho como de una disciplina práctica en cuanto conserva y regula el orden en que vive el grupo social, en cuanto se manifiesta exteriormente y es observado, pero nunca en esta forma podremos acercarnos a los motivos radicales ni a su trayectoria, a su realización. Y será tanto más "práctica" cuanto la hacemos depender de una única causa, y tanto más se asemeja a un sencillo mecanismo; pero no podemos insistir demasiado en el hecho de que lo "práctico" casi siem-

(1) Parece que en Derecho, como en casi toda creación y elaboración humanas, se ha establecido la divisa: "Máximo rendimiento con mínimo esfuerzo". Nos interesa lo directo, lo inmediato: se nos ha causado un daño, pues a repararlo aplicando la ley que nos ampara. Tan breve y tan sencillo como el oprimir un botón que inunda de luz la estancia, aunque el mágico invento de Edison es un hecho que ya no nos sorprende.

pre es producto de varias y complejas causas, que en lo mecánico se sintetizan hasta desaparecer a la vista inexperta.

Cuando tratamos de trasladar esta idea al Derecho, siempre tropezaremos con un obstáculo infranqueable que constituye su esencia: el Hombre en su existencia individual y social. Por eso el tratar de reducir el Derecho a la expresión de la Ley ha producido los más graves resultados. Ciertamente que es cómodo encontrar la solución a todo problema en la Ley, pero lo "cómodo" en este caso no es lo "práctico". No satisface el fin íntegro propuesto y deseado.

Ya antes habíamos sostenido que sólo podríamos admitir y sostener que la Ley podría ser siempre aplicada, si la norma legal reuniese todos los casos que la maravillosa realidad se encarga de producir, sin dejar de comprender la imposible humana tarea que esto señalaría. Reconocemos las ventajas que caracterizan la Ley, pero agregarle más de las que efectivamente posee, no le restan ni le aumentan su alcance, es decir, al reconocerle méritos sobre otras fuentes del Derecho no excluimos la existencia de estas; si colocamos a la Ley en primera categoría, no dejan de existir otras manifestaciones del Derecho, que junto con la Ley ayudan a la conservación e integración de la Sociedad. Se afirma que la Ley es garantía de libertad, y concediendo esto en parte, preguntamos si el país que posee el mayor número de leyes garantiza a sus habitantes la mayor libertad. Sería inútil enumerar la infinidad de ejemplos que daría mayor apoyo a esta afirmación, así como también citar los casos en que una estricta observancia, mejor "apego" a la Ley ha dado los resultados deseados; la Ley misma lo reconoce al condenar la mala fe, la simulación de contratos, vicios del consentimiento, etc.

Serán muchas las veces en que la Ley, a pesar de serlo, es un mero mínimo jurídico, y su cumplimiento poco nos acerca al Derecho. Semejantes leyes se parecen a la Moral de un misántropo, cuyos principios serían inicialmente parciales, defectuosos, hipócritas.

Y estas desviaciones de la Ley, no son propiamente excepciones, son defectos característicos de sistemas que quieren darle poder absoluto, y al hacerlo producen una hipertrofia cuya consecuencia es el debilitamiento hasta aniquilarse.

No creemos, por lo tanto, que la falta de respeto a la Ley produce benéficos resultados —la Ley es expresión de soberanía y es el eje en cuyo torno gira la vida jurídica actual, un cómodo punto de referencia, sin ser todo el acervo de conocimientos necesarios para reglamentar la vida social. Debe respetársele íntegramente, sin agregarle elementos extraños, porque de hacerlo así, le reconocemos inferioridad que resta a las cualidades substantes. La Ley es la Ley, existe por sí misma, pero también tiene un alcance que exige precisarse. (1); en esto propiamente consiste el respeto a la Ley, en reconocerle como expresión fecunda de la solución a problemas sociales —pero al reducirlo todo a "ley" incurrimos en irrepa-

(1) "2" no es ni "1" ni "3" —el primero por más, el segundo por menos: 2 es 2.

rable error, y más aún, en una notoria falta de sinceridad: respetar no es exagerar. Precisar el alcance de la Ley es labor científica. Cubrir todo con el manto de la Ley es fantasía, porque desfigura la realidad. ¿Y a quién corresponde precisar el alcance de la Ley? Dando la solución a esta pregunta nos acercamos a limitar, a enmarcar al Derecho mismo, puesto que al resolverla llamamos a nuestro auxilio a todos los factores que la crearon, mismos que deben subsistir por ser la Ley una expresión abstracta que necesita de la realidad para tener vida.

No es la compleja síntesis expresión de la "voluntad esclarecida del Legislador" —por grande que haya sido la intervención en su factura, pero no es él la causa única de su ser, y como una de tantas causas podrá ayudar a precisar el alcance; podrá en igual manera entenderla aquél a quien está dirigida: el sujeto de Derecho, la Sociedad —sin cuya convicción la Ley pierde toda oportunidad de subsistir. Pero la figura central en la obra de determinar el alcance de la Ley es el Juez: el Legislador, a veces por amor propio, quiere que "su" obra perdure; el particular aportará "su" opinión para defender los intereses que son amenazados, será pues el Juez, quien sin descuidar estas dos direcciones, llegará a la solución del problema sometido a su conocimiento. Confiamos al Juez la tarea típica de la realización del Derecho —insistimos que no desconocemos la existencia de otras fuerzas que tienden al mismo fin, pero es él quien debe reunir todos los elementos para acercarnos a la solución.

Con antelación indicamos la importancia que se debe ver en el Juez, ensavamos colocarlo en un sitio propio y reconocerle su potencia. Ahora señalemos algunos de los medios que se ofrecen para el desempeño de su tarea. La solución de este punto dependerá del lugar que le asignemos a la Ley: a) ¿es la Ley el contenido del Derecho? b) o si no es ¿es acaso la única fuente? Porque si la Ley es el contenido del Derecho, su única fuente y que puede existir "per se", el Juez está sujeto a la Ley, y toda desviación de ella entraña un desconocimiento de su actividad. La tarea del Juez se limitará entonces a cumplir la Ley —no le es permitido apartarse de ella, porque la Ley lo es todo, toda solución dentro de ella está contenida, es la "razón escrita" y como tal, la obra del Juez se reduce a un silogismo cuya premisa mayor es la Ley, la menor el caso concreto y la conclusión será la relación en que la primera domina la segunda. La premisa mayor vence a la menor —ésto, se dice, es un proceder "lógico", a nuestro modo de ver también lo es, pero encierra una finalidad propia de quien lo impone, (pues puede contruirse un silogismo partiendo de una premisa falsa) es una continuación del absolutismo legal, engendrado por el absolutismo de los reyes: el absolutismo legal coopera a imponer el absolutismo lógico. Así se hace cómplice a la lógica para perfeccionar la dictadura de la Ley. Pero obrar "lógicamente" era dar fuerza a cualquier forma de proceder, simple anarquía, pues el punto de partida siempre era el mismo: la voluntad del Legislador. Es esta la clave de todos los enigmas, el alpha y el omega de todo juez que cumple su deber. Nada significa que las palabras expresas de la Ley no den la

solución buscada, la omisión del legislador bondadosamente se subsana acudiendo a "su voluntad", y llenando las lagunas con esta fuente infinita.

La figura mítica del legislador ha llenado gran parte de la vida del Derecho. Desde Aristóteles hasta el Código Civil Suizo contemporáneo, se ha establecido que las lagunas deberán ser colmadas por el juez "según lo hubiera hecho el propio legislador", acudiendo al "mismo origen de la Ley"; al legislador, la decisión del juez se apoya en sólidos cimientos. Así, cómodamente, aún cuando el legislador no había dicho, lo "hubiera dicho" en la circunstancia que enfrentaba al juez. Pero ¿qué diferencia hay entre una afirmación lisa y llana y otra a la que se agrega la recomendación al efecto que "así hubiera obrado el legislador"? Ninguna. Salvo que en esa forma quiera mantenerse la división formal y tradicional de los tres poderes.

Es también otra manifestación del exclusivismo de la Ley como fuente del Derecho, encarnada en los defensores de la Escuela de la Exégesis; un comprobante también del efecto psicológico de reducir una idea a breves palabras, fijando éstas de una manera permanente —hecho que cobra mayor solidez al quedar la Ley manifiesta en "letras de molde"— elementos todos que escalan la cima de lo intangible al ser compendiadas estas disposiciones en una colección o Código. La Ley es garantía, se decía, habla con Lógica, y cuando ésta calla, "el alma de la ley"— que encontramos en la voluntad del legislador— colma el vacío.

La aplicación de la Ley tiene tales bases, pero aún las reduce más: desfigura o "recorta" la realidad cuando la letra (marco de la Ley) no comprende el caso, para que en esa forma sea "aplicable" la Ley al asunto no previsto; sólo mediante la aplicación podría lograrse en algunos casos la "seguridad" que la Ley debe garantizar. Al hacer de la tarea judicial una obra mecánica, podemos comenzar a confiar en el juez, pero a pesar de esto sería necesario detener la marcha del tiempo, parar las nacientes necesidades, y aún más, establecer el sentido de las palabras para evitar desviaciones; con una tabla de equivalentes y los errores desaparecen. (1).

En el gramaticalismo, el Juez no ignora que hay algo más que la letra, pero nada más "seguro" que la misma letra. El gramaticalismo, más que expresión de una época, es un "complexo de inferioridad" judicial, o una revelación de la incapacidad judicial. Tampoco se puede afirmar que la aplicación literal de la Ley siempre deja de producir resultado; pero los producidos generalmente son de corto alcance. La vida social, empero, sigue exuberante y compleja, y no puede concebir que el

(1) Semejante proceder recuerda los primeros pasos al aprender un nuevo idioma: en principio se nos presentan palabras a las cuales se da únicamente un equivalente en nuestra lengua, pero conforme avanzamos, encontramos nuevos vocablos con igual o semejante significado que darían mayor soltura, más con el fin de evitar errores, hacemos nueva y pesada recopilación, citando nuestra expresión a voces o frases más familiares.

Derecho se limite a observar lo que la Ley dice, puesto que si la Ley es parte del Derecho, debe también tener vida. He aquí señalada la tarea del intérprete: revivir la Ley para que deje de ser una valiosa pieza de museo, convirtiéndola, si bien en algo menos raro, de menos en materia asimilable a las necesidades que debe satisfacer; no nos ocuparemos en revivir algo que ya no tiene un propósito que cumplir, y revivir no implica reconocer mayor fuerza que la original.

¿Y cómo ejecuta su labor el intérprete? La respuesta a esta pregunta es tan compleja como árdua la tarea interpretativa. Deslinde los campos: la obra del intérprete debe partir siempre de la Ley, de lo que existe, y cuya existencia puede ser claramente demostrada. El intérprete, como tal, no crea, se limita a desentrañar lo desconocido, en una palabra, descubre no inventa.

El problema de la interpretación radica en el concepto que sobre la Ley y su elaboración se tengan:

a) La Ley es perfecta, no se puede disminuir ni aumentar (hasta aquí la Escuela Tradicional). Siendo perfecta crece a medida de las exigencias sociales (Escuela Histórica).

b) La Ley no es perfecta, pero se le debe obedecer.

c) La Ley es actualmente la fuente más importante del Derecho, pero ante ella debe asumirse una actitud crítica, científica. Su extensión se inicia con los orígenes y termina con los efectos.

d) La ley positiva es producto temporal y se le debe obedecer, pero sin olvidar que frente a ella se levanta una Ley Eterna (sistemas dualistas).

Ante estas posturas podemos aplicar las formas a que puede estar sujeta la Ley: extensiva, restrictiva —ambas en sentido ascendente o descendente— medios todos en que se acude a la Lógica para alcanzar el fin o fines deseados.

a) Dentro de la primera clasificación podemos colocar la “aplicación de la Ley”, pero únicamente en su primera etapa, aplicación literal, por algunos llamada “interpretación gramatical”, pero que no es “interpretación”, pues de serlo pugnaría con el criterio simplista de que la Ley es perfecta. Es esta posición el corolario de la ley—tabú, del legislador—monarca absoluto y omnisciente: Justiniano afirmando que su obra no sólo es la más completa de su tiempo, sino para todas las generaciones futuras; la pugna entre Lord Coke y Jacobo; Montesquieu al decir que el juez sólo es la boca por la cual habla la ley; Robespierre sosteniendo que la palabra “jurisprudencia” en la acepción acostumbrada está condenada a desaparecer: el juez no debe tener más que la ley, así no habrá jurisprudencia.

Pero si la afirmación de la norma perfecta acompaña a la Ley en sus primeros días, la realidad se encarga de destruir tan bella ilusión: sin embargo, la aureola con que se inicia la Ley no desaparece del todo, y aunque la práctica demuestre su ineffectividad, perdura el empeño de seguir considerándola intachable. La Ley es perfecta y lo dice todo, pero

si no lo dice, debe decirlo. Es este el momento en que puede decirse se inicia la interpretación. La perfección de la Ley se comprende a través de la perfección del Legislador, al que se llega por verdaderos laberintos, pasando a veces por tareas de nigromancia y dotando al legislador del arte de Cassandra.

Dentro de la etapa segunda de esta categoría, podemos colocar la interpretación histórica progresiva. La Ley crece con las necesidades y las soluciones que de ella pueden sacarse son ilimitadas.

b) La Ley no es perfecta, pero se le debe obedecer.

Como consecuencia de la anterior posición llegamos a la categoría que podemos llamar "conformista". Según esta etapa se reconoce que la Ley no es perfecta, pero se le debe obedecer. No discutamos la Ley, basta con obedecerla. Aunque esta categoría usa también de los procedimientos de la anterior, pero en este caso es más criticable: se conoce que la Ley no es perfecta pero a pesar de ello, la aplicamos. En la primera categoría se sacrifica todo a la perfección, en la segunda todo se consagra en nombre de la comodidad, de la seguridad. Así entiéndese el Derecho como disciplina práctica, por el hecho de ser breve. Observando la Ley logramos la seguridad que es uno de los fines del Derecho; frente a la Ley se está en presencia de una solución anticipada al conflicto que se presenta para resolver. El Juez puede saber que una Ley es injusta, pero su tarea consiste en aplicar la Ley; su tarea es "servir a la forma (Derecho) y no a la cosa (Justicia)".

Aunque este criterio espartano ante el Deber merece todo respeto, es de lamentarse que el campo del Deber se halle tan severamente restringido, y que se quiera hacer tan irreconciliable separación entre la forma y la materia; no creemos que ante una exigente división del trabajo aplicada a las funciones ejecutiva, legislativa y judicial pueda satisfacerse la conciencia del encargado de aplicar la Ley.

Será esto una explicación exterior, pero jamás un convencimiento. Es un patente divorcio entre el pensar y el hacer, cuya síntesis significa la tarea judicial. Y bien, ¿se persigue la seguridad, la certeza? Pues nos conformaremos con una seguridad ficticia, con certeza carente de certidumbre, pues para lograr certeza y seguridad necesitaríamos acudir a un sistema casuista—limitado, y por ende, defectuoso para nuestros fines. No creemos que sea posible corregir todos los errores con las Leyes, ni que éstas siempre se hagan sin defectos, además es tan largo y moroso el procedimiento que para su corrección se establece, aún admitiendo que las disposiciones se lograsen modificar, el daño causado sería irreparable. Tampoco será solución dar leyes completas, si todavía queremos servirnos de los métodos cuya deficiencia ha sido experimentada. La Ley desempeña sus fines de seguridad e igualdad con el hecho de estar enunciada; debiendo exaltarse su respeto por ser una manifestación de la voluntad del Estado; exigiéndose su cumplimiento dentro de límites propios, sin reconocerle elementos extraños a ella; sirviendo de punto de partida para nuevas y más profundas elaboraciones que pueden tomar

forma de Ley u otros desarrollos plenos de fecundos efectos. Los errores causados por las leyes, explica Gabriel Tarde, se deben a que no se ha hecho la distinción entre la ley causación (a) y ley evolución (b); la primera permanece inmutable y al producirse la causa el efecto será el mismo, la segunda clase no está precisamente delimitada y tiene excepciones. Aunque es acertada la observación de Tarde, creemos que la dificultad consiste en saber cuando se está en presencia de una ley causación o ley evolución.

c) La Ley es actualmente la fuente más importante del Derecho, pero ante ella se debe optar por una actitud crítica, científica.

En esta etapa ya hablamos llanamente de una "crítica" de la Ley; en la posición anterior se considera que la Ley pueda tener defectos, pero nada se hace por enmendarlos; en este punto se señalan los errores y existe el propósito de corregirlos, no modificando la Ley, sino comprendiéndola. Este grado o aspecto en la consideración de la Ley no aconseja su desobediencia, antes bien, exige se la respete, pero en una forma consciente.

Generalmente se asocia esta posición con el movimiento del "Derecho Libre", por ser uno de los más salientes en la actualidad, pero la crítica ante la Ley no obedece al solo nombre ni se limita a una época, aunque el nombre sí señala la tendencia contemporánea. Ensayaremos señalar algunas de sus características: 1) surge como movimiento de protesta contra los excesos de la importancia concedida a la Ley, considerando a ésta como la síntesis perfecta de todo el Derecho. 2) liberación del significado ilimitado que se quería atribuir a la codificación (principalmente en Francia). 3) necesidad de indicar los errores que se habían observado pero que por temor, indiferencia o ignorancia no se les censuraba. 4) reconocimiento de la importancia y necesidad de otras fuentes del Derecho. 5) siendo distintas las nuevas bases del Derecho, los métodos para continuar su desarrollo tendrán que ser otros.

El movimiento del Derecho Libre se nos manifiesta a través de sus representantes iniciales: Ehrlich y Gény, que han sido precedidos por ilustres guías. Esta posición la encontramos en todos los tiempos, a veces en estado latente, otras pujando por revelarse hasta lograrlo; cierto que a veces ha navegado bajo banderas distintas, pero con el mismo fin. ¿Qué afirmaba el Derecho Libre para que renegaran de él, qué defectos traía para que sus reformas fueran mayores atrasos que beneficios, y la mutilación de la división de Poderes? Lo cierto de todo ello es que, la Verdad (y admitamos que es tal aunque lo neguemos) nos alegra o nos incomoda en grado superlativo. La Ley que antes se la consideraba todo el Derecho, se había formado una coraza "impenetrable", pero lo bastante sutil para que bajo su protección se realizaran los más disparatados fines — el crimen del Derecho Libre consistió en haber dicho la Verdad, y más aún, haberla sostenido.

Tampoco es defecto el no haberla descubierto toda, pero si es valor el afirmarla.

Hubo, pues, necesidad de destruir el carcomido cimiento del edificio del Derecho, restaurar su forma para que la Ley siga siendo una de sus bases, la primera, si se quiere, pero siempre no base y edificio al mismo tiempo. Aplaudimos el esfuerzo de esta posición, sin desconocer que pueda tener errores que en su trayectoria accidentada deberá ir corrigiendo. Además, por el hecho de iniciar nuevos derroteros, no pierde de vista los anteriores a ella, sino que toma lo utilizable de éstos y les agrega nueva vitalidad (1). Así el movimiento del Derecho Libre no rompe con la Ley, no invita a desobedecerla, sino que bajo una nueva luz la ve y la desviste de ropajes extraños que la desfiguran. Por eso no debe sorprendernos el hecho de que la tendencia del Derecho Libre haga del problema de la Ley el problema central, y por más que se esfuerce, no puede impedir que reaparezcan viejos vicios de etapas anteriores. Aspira a mejorar sin asegurar hacerlo.

Para comprobar cómo aún en este movimiento existen lastres de esfuerzos anteriores, consideremos cómo Gény —esforzado iniciador y sostenedor de esta corriente— habla de la Ley como una expresión de voluntad consciente y reflexiva, y así la interpretación cumple su labor con investigar el pensamiento del legislador. Según Joaquín Dualde, utilizamos la palabra “Legislador” como abstracción que permite tratar de este personaje con mayor facilidad, le dotamos de “voluntad” para mejor conocer sus expresiones, pero es bien difícil que podamos encontrar su voluntad, y menos aún, que sea consciente y reflexiva. El concepto de Gény tiene olor a la perfección reconocida en los legisladores omniscientes, cuyas palabras eran fiel y neta reproducción de su pensamiento, o lo que es lo mismo, una cómoda aunque irreal presunción desmentida con abundancia de vívidos ejemplos que sostienen sus bien fundadas afirmaciones respecto de la inconsciencia de nuestros actos, de la que el Legislador tampoco puede escapar. No se niega que piensa el Legislador, sino que su pensar y su exteriorización, debido a la inconsciencia, no pueden coincidir en un ajuste perfecto siempre. A una conclusión contraria sólo podemos llegar desconociendo la Lógica y apoyándonos en la “Prelógica”, o sea, aquella forma de pensar característica de tribus y pueblos primitivos, en que se ignora el principio de causalidad, una “Lógica” inferior a la nuestra, anterior a ella; así logramos entender que la “perfección” del Legislador pasa a la Ley que él crea, por medio del “principio de participación”, y de ahí que llegue a la siguiente definición, no sin antes haber examinado ensayos distintos:

“Interpretar, en la Ciencia del Derecho, como en las demás ciencias, es investigar la serie causal en donde está incluido un fenómeno, y por lo tanto, interpretar la Ley es investigar la serie causal en donde ella está incluida”.

(1) Todo acto, por original que pretenda ser, nunca se desprende totalmente del momento anterior, sino que acumulando varios estados anteriores, se nos ofrece de súbito como “algo nuevo”.

La Ley es un producto complejo en cuya factura participan varias causas que, si se reducen al legislador únicamente, tendremos un aspecto parcial, cerrado, de lo que debiera ser abierto campo para permitir la entrada a los fenómenos que de otra manera son excluidos. Se reconoce el importante lugar que detenta la Ley, pero ahondemos su significado: no atendiendo a su redacción ni a su fin, ni sus heterogéneas interpretaciones de que puede ser objeto, sino haciéndola participar del vivificante y destructor ambiente en que ha de florecer.

Las otras nociones de la interpretación han sido de alcance limitado, y aunque no han desconocido la causalidad, si la han reducido a dos términos, en tanto que Dualde atiende a la causalidad en aspecto ascendente y descendente —causas anteriores y causas posteriores o efectos. Del Legislador afirma lo siguiente: "El legislador es la **voluntad**, no la voluntad consciente y reflexiva de que habla Gény, y a la que se refieren los autores tradicionalistas; es la fuerza de sentido predominantemente mecánico-social que impone la ley. Su ceguera y limitación no rebaja su categoría de fuerza" consciente o no, es una fuerza que se externa, que afecta, y para ella no se exige que se percate o no del proceso quien participa de él activa o pasivamente.

En el estudio de las causas se concede también lugar al sentimiento, pues si bien algunos de nuestros actos se ajustan más o menos a la Lógica, hay parte de nuestra vida que no obedece a esta disciplina. Es factor distinto de la razón, más profundo que ésta, aunque no reñido con ella, y punto de partida de posteriores actos racionales; entonces, si el Derecho se elabora por y para seres que no se limitan a pensar lógicamente, sino también a hombres que sienten, deberá valerse de este elemento en su elaboración, aunque no pueda hacer referencia a estas causas en la propia Ley, deben suponerse, y corresponde al intérprete buscarlas.

La tarea del intérprete no es modificar la Ley, aunque debe completarla (misma opinión Gmür). Cambiar la Ley es obra legislativa, y el Legislador debe observar que por su inercia, las leyes vayan a anquilosarse y obstruyan en forma alguna el camino del Derecho, que la Ley debe encargarse de dirigir. Para interpretar la Ley hemos de acercarnos a sus causas iniciales, a sus causas finales y el intérprete (entre el Legislador bajo este título) se asomará con avidez, también a los efectos. La Ley, como abstracción, es una deformación útil por un momento, pero después de pasado éste, hemos de acudir a los hechos de donde han de haber partido estas abstracciones, valiéndonos para este paso de la intuición a la que agrega Bergson una "simpatía objetiva" para lograr un mejor conocimiento. Es esta la interpretación teleológica de que hablan Reichel y Huber. Pero donde acaba la Ley, reconocerlo sin culparla de limitación, ni deformarla extendiendo su alcance. La Lógica no resuelve todo, la Ley no lo encierra todo, entonces hemos de partir al campo de lo desconocido, pero con la vista puesta en el Ideal de la Justicia.

d) La Ley Positiva es producto temporal. Debe obedecerse, pero sin olvidar que frente a ella se levanta una Ley Eterna, anterior a la norma

actual y que existirá después de que pase ésta.

La posición dualista ha sido una base para la ley positiva, a veces una continuación de la misma, y otras motivo para su desconocimiento; es ubicua y de todos los tiempos, reviste diversos nombres, es aspecto y antecedente del moderno problema de la jerarquía de las leyes. Es una postura más radical que la anterior y, en cierta forma, le indica el camino

Aún cuando consideramos que la realidad con frecuencia tiende a negar la fuerza de lo ideal, no dejamos de comprender los beneficios que acarrea la aceptación de esta posición como símbolo del perpetuo anhelo de superación, de mejoría, sin el cual no comprendemos los fines del Hombre; la eterna inconformidad de Prometeo que no se resigna a la pequeña chispa que le proporciona la Ley, sabiendo que existe una montaña que vomita el fuego divino. Por eso afirma A. Posada: "Téngase en cuenta que el Derecho Natural no es una rama del Derecho, sino el Derecho mismo en su ideal inagotable".

En las cuatro posiciones anteriores podemos acudir a la ayuda de la Lógica, cuyas formas pueden facilitar la tarea partiendo del punto que cada posición señala como básico; sin embargo, la escuela tradicionalista creyó que apoyándose en la Lógica, su posición era inexpugnable. En torno de la "interpretación lógica" —una de cuyas bases radica en el procedimiento silogístico— surgen otros procedimientos, también lógicos, tales como la analogía, mayoría de razón, etc. Ciertamente es que estos procedimientos se emplean en otras disciplinas, y también deben emplearse en nuestra actividad, pero es que al pasar al campo jurídico han sido deformadas de tal manera, que su original función se desvirtúa— y así despojadas de su virtud, las seguimos empleando erróneamente. El gramaticalismo, por ejemplo, insiste que con la Lógica, la Ley puede callar o enmudecer según convenga—lo que constituye un completo absurdo. Una ley, por resistente que aparezca, acabará por deshacerse bajo el enorme peso que, el celo de apego ha colocado sobre su limitada capacidad. La Ciencia Jurídica ha carecido de una Lógica propia, de una metodología adecuada, y ha habido menester de pedir las en préstamo de otras, con los más desastrosos resultados. Difícilmente viaja solo el Derecho. Todos creen poderle aplicar sistemas o razones que le han probado perjudiciales, y aplicando métodos pasados o impropios para resolver problemas actuales, resulta tan incongruente como si nos valiésemos de un nuevo método terapéutico partiendo de las fantásticas versiones de la generación espontánea. Se necesita con urgencia una Lógica Jurídica, un camino, que sin ignorar otros, siga una dirección que de preferencia ayude a la obra del Derecho —la tarea no es fácil, pero no por eso menos necesaria.

CREACION

¿Y después de la Ley, qué? Hemos asentado que los efectos de la Ley, como ella, no son eternos. Pero surgen de continuo problemas que exigen ser resueltos, y cuyo fin no se alcanza ni con todas las interpre-

taciones o medios que nuestra capacidad elabora; entonces, concluimos que también tiene límite la interpretación que va mano en mano con la Ley, y donde termina la Ley cesa la interpretación para dar lugar a la creación. No hay invasión ni usurpación de poderes si se aplica toda la Ley, y por lo tanto no la hay, si no aplicamos la Ley cuando ésta ya no existe: hemos cumplido nuestra labor, pero para suplir la falta de Ley entramos abiertamente en el campo de la creación para solucionar el problema. (Artículos 14 y 17 Constitucionales y 18 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales).

El problema de la creación se considera en la actualidad casi siempre ligado a la escuela o movimiento del "Derecho Libre" (basado sobre la libre investigación científica) y a los principios generales del Derecho. Consideremos la primera según enunciado del propio Gény: "Investigación libre, toda vez que aquí se sustrae a la acción propia de una autoridad positiva; investigación científica, al propio tiempo porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar". La libre investigación científica tiene como piedra angular la naturaleza de las cosas, y para mejor ilustrar la posición de Gény, citamos algunas expresiones representativas de la parte medular de su obra "Método de interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo": "Tal como lo indicó Runde, y ha sido comprendida después de él, la naturaleza de las cosas, considerada como fuente (lato sensu) del derecho positivo, descansa sobre este postulado: que las relaciones de la vida social, o más generalmente, los elementos de hecho de toda organización jurídica (a lo menos posible), llevan en sí las condiciones de su equilibrio y descubren, por decirlo así, ellas mismas las normas que deben regirlas". "Se trata de construir, por un esfuerzo científico una esencia de derecho común, general por su naturaleza, subsidiario por su función, que supla las lagunas de las fuentes formales y dirija todos los movimientos de la vida jurídica". "La organización jurídica debe tender a realizar en la vida de la humanidad un ideal de justicia, de una parte; de otra parte, un ideal de utilidad; entendiéndose por esta lo que la opinión común considera como el bien del mayor número. Justicia y utilidad general; tales serán, pues, los dos objetivos directores. Es verdad que esto está aún lejos de sernos perfectamente claro, porque las dos nociones indicadas no son, en sí mismas, más que formas vacías, que es necesario saber llenar para poder sacar de ellas todo cuanto se las pide". (1) "En ningún sistema de interpretación jurídica podemos lisonjarnos de suprimir toda apreciación personal del intérprete. En cuanto se refiere a las Ciencias Morales, no existe método ni procedimiento que pueda enteramente suplir a la razón subjetiva. Cuanto cabe es trazarle una vía, descubriéndole sus direcciones más seguras en la naturaleza de las cosas que constituyen el terreno propio de su acción".

El intérprete deberá acudir a todas las disciplinas científicas, pero

(1) Véase G. Renard "La Valeur de la Loi".

principalmente las Ciencias Sociales, que le proporcionen un mejor medio para realizar sus fines; sin embargo, señala como el primer medio para la libre investigación a la analogía, por ver en este procedimiento la idea de igualdad jurídica, pero sin distinguir que lo análogo no es lo igual y sin reparar que tan débil base no puede soportar tarea de tanto peso.

Se considera al Código Civil Austriaco como el primero en sostener los Principios Generales del Derecho Natural como medio para colmar las lagunas de la Ley. La fórmula "principios de Derecho Natural" pasa al Código Albertino pero ya únicamente como "principios generales del Derecho", de donde ha sido tomado por las diversas legislaciones.

El último párrafo del Artículo 14 Constitucional sostiene: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la Ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho". Continuando esta dirección, aunque ya ampliándola, es expresión semejante la del Artículo 19 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Se nos habla de Principios Generales del Derecho, se les critica, se les invoca, pero sin precisar lo que son. ¿Será acaso una altisonante frase para dar importancia a expresiones que no la merecen? ¿Una expresión multiforme que venga a suplir la descartada omnisciencia del legislador-profeta? Tomemos por guía a Joaquín Dualde en este punto, por ser su apreciación la más general que sobre el mismo hemos encontrado. (1)

a) Principios Generales del Derecho, para quienes no se aventuran a fundamentar su posición en otra base que no sean artículos de Ley, son las disposiciones existentes en las colecciones o codificaciones anteriores. Hay veces que estas tienen como mérito sobresaliente el haber sufrido la fuerza del tiempo, y aunque las tradiciones son respetables, no toda la vida jurídica puede reducirse a ellas. Entre nosotros es ésta, en parte, la posición que sostiene Montiel y Duarte al encontrar los principios generales en las legislaciones española y mexicana, aunque su posición se haga extensiva al Derecho Positivo considerado por la segunda posición.

b) Los Principios Generales del Derecho, según la dirección tradicionalista, se encuentran como "base o fundamento de las disposiciones de las leyes" de donde parte el legislador. Fadda y Bensa afirman que los Principios Generales deben referirse al Derecho Positivo. Si precisamente se trata de subsanar los defectos de la Ley, no puede lograrse este fin por medio de combinaciones, abstracciones o deducciones, partiendo de los mismos elementos existentes antes de esas operaciones. La Ley no previó el caso, y es ella expresión abstracta, la solución no se encuentra combinando otras expresiones para llegar al fin deseado, pudiendo ser los hechos la base para encontrarlo. Aunque Radbruch nos habla de la "construcción"; no creemos aceptable su consejo sino en cuanto que observándolo obtene-

(1) Recordamos con respeto al Señor Licenciado don Gabriel García Rojas, distinguido catedrático, por haber oído en sus clases la más completa exposición sobre tan debatido tema.

rios un aspecto de conjunto muy útil para la tarea jurídica, pero mediante su empleo jamás podremos hacer que lo que no está, esté—por general que sea la vista, la distancia no debe crear nuevos elementos sino darnos un aspecto total de los existentes.

c) Para Jorge del Vecchio, los Principios Generales del Derecho se cuentan en estado latente en las normas o leyes, pudiendo considerarse éste el aspecto positivo de su tesis, dejando para el aspecto ideal la afirmación que sostiene que los principios pueden estar en abierta contradicción con las leyes. Esta afirmación es la que caracteriza a la posición dualista. Al establecer como medio de colmar lagunas en la Ley, los Principios Generales del Derecho, el Código Albertino omitió completar la frase tomada del Código Civil Austriaco que señalaba los Principios Generales del Derecho Natural. Lamentable error que una amplia comprensión suple, y cuya omisión ha llevado a algunos juristas italianos a referirse a los Principios Generales del Derecho Italiano, pero los Principios del Derecho Positivo están en las normas vigentes, y hay necesidad de desprenderse de éstas para llegar a una distinta y superior solución. Para del Vecchio sobre y dentro de Derecho Positivo se encuentra el Derecho Natural, anterior y posterior a la legislación vigente. Tiene ésta a incorporarse al Derecho Natural, aunque no lo logra siempre, menoscabando así la armonía a que aspira el insigne jurista italiano, y que se logra con la intervención de la razón “la cual en la busca de los Principios Generales del Derecho encuentra cierta ayuda en el examen de las normas particulares; pero ha de referirse en último término a la fuente viva que tiene en sí misma, puesto que precisamente del propio suceso emanan originalmente los principios de la verdad jurídica en general, que después se reflejan de distinto modo y con diversa intensidad en las formas concretas de la experiencia”. “El Derecho Positivo tiene en el fondo cierta racionalidad, si no la ‘ratio naturalis’, al menos, como decía Vico, una ‘ratio civilis’, expresión parcial de aquella”.

Aunque es saludable la jerarquía propuesta por del Vecchio entre Derecho Positivo y normas de superior alcance, volvemos a encontrar defectos semejantes a los que aparecen en la anterior categoría; se trata de un retorno a la Razón cuya omnipotencia no ha producido todos los efectos deseados, siempre exagerando su alcance, ni ha corregido todos los errores. No porque carece de potencia, y en cierta forma preeminencia, sino porque la armonía no se logra desconociendo o excluyendo factores, sino reconociéndoles todos en función de compensación, coordinación; primero se conserva, luego se armoniza —“lo contradictorio no existe”, más correcto sería decir “coexiste”. La Razón tiene gran alcance, pero también tiene límite. La Ley como abstracción, es producto racional, es una manera fácil de asimilar la realidad; pero cuando la expresión abstracta se detiene, los hechos nos invitan a seguirlos, y este paso la Razón no le da solá.

Colocamos la “ratio civilis” parte de la “ratio naturalis” de Vico (según cita de del Vecchio) frente a la postura de Dualde: “No ponemos en

contacto la ley directamente con Dios, pero sí con el amor humano, caso particular del amor universal, en el cual parece sentirse el aliento de Dios", y antes: "El amor puede prescindir del Derecho, pero no a la inversa. El Derecho es un conjunto de reglas establecidas para la convivencia de los que no se aman bastante".

Parece la posición de del Vecchio opuesta a la de Dualde. El primero busca la estabilidad en el Derecho Natural, el segundo pretende acercarse a lo dinámico, a lo movable, a los hechos. Apolo y Dionisio en su eterna pugna: dos concepciones de fuerza distinta —lo fijo, lo inmóvil de una roca contra lo mudable, pero también potente, del mar y viento que contra la misma se agitan; y sin embargo están de acuerdo en un punto fundamental, al reconocer que no todo se encuentra en la Ley: Dualde al reconocer la inconsciencia e imperfección del legislador-hombre, del Vecchio al establecer una jerarquía ideal que complica el problema, por no encontrarle solución inmediata en el nivel en que está planteado.

El mundo concebido como un acabado engranaje de teoremas, axiomas y corolarios, un mundo exclusivamente de la Razón, nos parece un mundo perfectamente deformado, limitado, parcial. Frente al mundo de la Razón, se alza el mundo del Sentimiento, no para negar el primero, sino para que, junto con él, nos sea dable ver que ante las limitaciones de la razón, expresadas en la Ley, se abre una infinidad que la mente humana no può reducir a breve fórmula.

Sujeción a la Ley.

¿Es ilimitado el alcance de la Ley? Precisado dentro de lo humanamente posible ¿es absoluto el poder de la Ley sobre nosotros? Cuando hacemos de la Ley la causa única, le atribuimos alcance ilimitado, se desconoce importancia a las otras fuentes del Derecho, y, como por un instinto de conservación ilimitado, no concibe que llegue a desconocerse antes de su abrogación. Más siguiendo esta posición hasta lo extremo, no se entiende como una Ley pudiera ser abolida, si ella fué la expresión de la legislatura debidamente constituida. Un conocimiento más acertado nos convence de que las Leyes no son eternas; al ser creadas nuevas leyes y reemplazadas las anteriores, desaparece "lo eterno" de la Ley. Ciertamente una conveniente división de Poderes reserva al Legislativo la función de crear, derogar y abrogar las leyes, pero ¿no puede acontecer que por negligencia o ignorancia del Legislador, se dicte una disposición que ya no obedece a una necesidad?, más aún, que sea contraria a los intereses de la comunidad?

En principio la Ley debe obedecerse siempre, por asegurar su obediencia el orden indispensable para la vida de la Sociedad; pero antes de la Ley han habido fuerzas anteriores —así como hay otras que se manifiestan después de su aparición— frente a las cuales la Ley es a veces impotente; otras veces aparecen situaciones no previstas por la Ley (el caso de las lagunas) y otras más, desaparece la situación que motivó la Ley. Ante estos problemas aparece en toda su magnitud la función judi-

cial, ante la encrucijada de la Ley y la Realidad, como directora y orientadora. Ya lo dijo Gény que la función judicial no puede comprenderse sin algo de influencia subjetiva, y muy frecuentemente llégase a la solución justa invocando la Ley, aunque obrando hipócritamente contra ella, valiéndose de su apariencia para obtener fines ajenos a ella. Y a pesar de este frecuente proceder, el llamarlo correctamente produce inusitado escándalo; antes hemos dicho que la Verdad es temida y venerada, y por esto es obligada, a veces, a marchar sola, por no tener más apoyo que sí misma.

La Ley aparece al Juez como una orden que debe ser cumplida, cumplimiento no exclusivo del Juez, pero que queda encomendado a él en último término, en caso de no serlo por los particulares colocados en la situación prevista por la hipótesis legal. Obedece el Juez para someter su opinión al orden necesario para la convivencia. Toda obediencia supone un sacrificio o negación de la opinión o creencia propia, a una de superior jerarquía —cuando se tiene la misma creencia de quien ordena, no hay propiamente sujeción sino colaboración. Pero la obediencia concluye con el término de la orden; tiene como presupuesto un conjunto de condiciones o antecedentes, que al dejar de ser, no tiene ya explicación. La desobediencia se explica tanto en sentido descendente como ascendente: en el primer caso no aplicando toda la Ley, y en el segundo haciendo más que lo señalado por la Ley, ocasionando de esta manera más daño que en la primera —la primera forma más parece negligencia o ignorancia, y la segunda, rebeldía. De ambas, la segunda es la peligrosa por indicarse que se obra conforme a la Ley, siendo que desborda el campo de la misma.

Cuando el Legislador no se percató de la urgencia de nuevas normas y de la modificación o abrogación de las vigentes, las necesidades no pueden esperar su lento despertar, y puede el Juez dejar de aplicar una Ley que, después de sincero estudio, considera fundadamente más perjudicial que benéfica. Que esto sea antilegal, nadie lo niega, pero no indebido, y sólo es antijurídico si aceptamos que no existe más Derecho que la expresión legal. Llegamos a distinta solución al aceptar al Derecho como una disciplina social, cuyo pleno respeto debe exigirse mientras satisface los fines que debe cumplir, cuando su vida emana de la vida misma de la Sociedad.

Esta posición no causa el malestar que se le atribuye; que se le reconozca como último recurso, no le priva del carácter de tal. A veces la misma Ley indica el arbitrio judicial como base de soluciones, y en ese caso la opinión del Juez es tan discutible como cuando no hay Ley. Uno de los argumentos usado con más frecuencia, además de la ilegalidad, es el sacrificio de la seguridad que la Ley garantiza.

Esta afirmación sólo podría sostenerse si el conocimiento previo de la norma aplicable garantiza que será aplicada en una de las tantas formas que la interpretación permite; extensiva, restrictiva, etc. y se obra observando la Ley honradamente. También se afirma que la armonía de los Poderes desaparece cuando el judicial asume funciones legislativas. Acudamos al Derecho Penal para precisar con un ejemplo; algunos auto-

res tratan de justificar el homicidio cuando tiene por fin la defensa del honor, cuando esto ya no es posible, porque la defensa es un acto anterior al desconocimiento del honor o fidelidad y deja de ser defensa, tornándose en venganza, cuando es posterior. En nuestro caso la armonía dejó de existir desde el momento en que el Legislador deja de asomarse a la realidad para colmar las necesidades, que él observa, mediante la adecuada reglamentación y orientación. Y siguiendo por la vía del Derecho Penal, puede decirse que la Sociedad, obrando por conducto del Juez, obra en un estado de necesidad con relación a la norma no aplicada.

Bülow afirma que el Juez siempre procede subjetivamente: la Ley no hace más que señalar el cuadro que el caso concreto llena y en cierta forma determina, y llega a hablar de un "Derecho Judicial", o sea, la norma creada, para el caso concreto y que sólo podría aplicarse al caso particular. Esta decisión ha sido con razón tachada de subjetivista, ya que el Juez, cuantas veces se vuelva a encontrar en semejante situación, está en el deber de fallar de la misma manera. Así se obtiene un criterio más firme, constante, partiendo —como debe hacerlo el Legislador— de la Naturaleza de las Cosas, puesto que si por Principios Generales se entienden los del Derecho Positivo, la decisión será contraria a las normas vigentes y no podrá recurrir a éstas. Del Verchio, cuya tesis afirma la existencia del Derecho Natural, se coloca en esta parte, del lado de la mayoría de los autores sosteniendo una posición contradictoria: los Principios Generales, según él, son supremos, y cuando no salen a la superficie y se mezclan con las normas positivas, permanecen latentes en las mismas.

Pero hay casos en que las disposiciones contradicen los supremos principios, con lo que sería lógico concluir que los mismos pierden la supremacía, tanto más que las leyes se aplican tal como son y no como deberían ser. En vez de servirnos el Derecho Natural que él sostiene, como ayuda para resolver este punto, nos regresa a una solución negativa: refiriéndonos a la Ley de la que nos separamos para terminar el problema que ésta no resuelve.

La seguridad no siempre consiste en la repetición, en lo inmóvil, en lo que no tiene vida, y ante una Ley sin vida —ante un cadáver de Ley— se quiere exigir del Juez el mismo respeto: la seguridad también es obra de prevención, aunque resuelva el conflicto de manera original —todo ha de hacerse por vez primera alguna vez.

Esta obra del Juez deberá darle conciencia de su trascendental alcance más nunca de lo ilimitadamente subjetivo y arbitrario del mismo, ya que su proceder no podrá ser contrario al Origen Público y a la Moral. En nuestro medio—por fortuna algunas veces aunque desgraciadamente otras— no se ven tales situaciones, pues la Ley, aunque equivocada, es un punto de apoyo que tiene en nuestra legislación carácter de fuente única del Derecho.

Según G. Renard, el problema no se plantearía si no se hace la observación de que pueden existir leyes injustas —no resistir a la ley por

desconocer la autoridad que representa— puesto que en este aspecto jamás puede desconocerse la Ley— sino que si es expresión de la autoridad, puede ser equivocada. En el primer caso, es una oposición de fuerzas en que desde el principio la primera quedará dominada por el Estado; en el Estado también hay fuerza, pero guiada por un fin, cual es, la Ley que se opone al Derecho. “La resistencia a la Ley solo es un hecho jurídico bajo la condición de una comparación entre la Idea de la Ley y alguna otra Idea de la cual es tributaria la Ley: La Idea del Derecho”.

La Ley, dice Renard, es un ajusticiado que tiene a la Razón por juez, cuyo código es el Orden, y hasta que la Razón ha declarado la Ley contraria al Orden, la conciencia está dispensada del deber de obediencia. El problema de la obediencia a la Ley no puede ser resuelto con la ayuda de la Ley misma, sino que hay que acudir a la Moral para la solución, y acaba de acuerdo con la posición de Santo Tomás, que se resume en los tres puntos siguientes:

1.—Nadie está obligado a obedecer una Ley injusta.

2.—Entre dos males, debe escogerse el menor.
pero

3.—La Ley constituye el Orden y cualquier Orden es preferible a la Anarquía.

A veces es mejor hacer un pequeño sacrificio para mantener la integridad de la Ley, que es la negación del Desorden y del Escándalo (Tesis opuesta a la teoría de R. Laun) males que la Razón evita sometiéndose al Príncipe.

La ley, como expresión de la fuerza del Estado, asegura con su observancia el Orden, pero éste sólo es efectivo reconociendo los varios intereses individuales, junto y con los colectivos.

CONCLUSION.

En el Juez, como en todos los hombres, no limitamos sus actos a la pura obediencia —sumisión consciente o no— sino que cuando la orden no le satisface aspira a algo más, buscará no sólo lo que es, sino también lo que puede y debe ser. La obra del jurista no se limita a la contemplación pasiva, ni aún a la mera observación, sino que contempla, observa, vive, pero sólo para dar un paso adelante. La tarea del jurista se dirige al futuro: no desconocer el pasado, sino partir de él para alcanzar nuevos y más amplios campos. Es apreciación del Hombre como ente complejo: ser, pensar, querer, pero también como realizador de valores. Si se dice que el Juez realiza toda su función aplicando la Ley, que esto constituye su “único deber ser”, que esto es un Valor, afirmamos que en el mundo de los Valores revelado por la conciencia emocional y estimativa, hay una jerarquía de valores que aún él mismo debe observar.

RESUMEN:

a) El Juez efectúa la tarea típica de realizar el Derecho, aunque no dejen de existir factores y poderes que tienden al mismo fin, él debe reunir todos los elementos para llegar a la solución.

b) El intérprete debe "revivir" la Ley, sin reconocerle mayor fuerza que la que originalmente posee.

c) El problema de la interpretación radica en el concepto que sobre la Ley y su elaboración se tengan.

d) Aceptamos el concepto de Dualde sobre la interpretación: interpretar la Ley es investigar la serie causal en donde ella está incluida.

e) Son varias las acepciones que se tienen sobre Principios Generales del Derecho: codificaciones anteriores, principios de Derecho Positivo, principios de Derecho Natural.

f) El mundo en que vivimos no es mundo del exclusivo dominio de la Razón, pues tiene distinto e importante lugar el Sentimiento.

g) El Juez que, después de sincero estudio, considera fundamentalmente perjudicial una Ley, puede dejar de aplicarla.

h) La seguridad no sólo consiste en la repetición, sino que también es obra de prevención.

Respetuosamente,

Héctor Carrillo Marcor

Marzo de 1941.

BIBLIOGRAFIA.

- Bonnecase, Julien.—Introduction a l'Etude du Droit.
De Diego, Clemente.—Fuentes de Derecho Civil Español.
Del Vecchio, Jorge.—Principios Generales del Derecho.
Dualde, Joaquín.—Una Revolución en la Lógica del Derecho.
Fraga, Gabino.—Derecho Administrativo.
García, Trinidad.—Introducción al Estudio del Derecho.
Gény, Francisco.—Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo.
Herrera y Lasso, Manuel.—Estudios de Derecho Constitucional.
Huber, Eugen.—El Derecho y su Realización.
Lanz Duret, Miguel.—Derecho Constitucional Mexicano.
Planiol, Marcel.—Traité Elémentaire de Droit Civil, Tomo I.
Reichel, Hans.—La Ley y la Sentencia.
Renard, Georges.—La Valeur de la Loi.
Rocco, Ugo.—Derecho Procesal Civil.
Tarde, Gabriel.—Las Transformaciones del Derecho.