

EL DERECHO ES LIBRE Y VIVO.¹

EL MOVIMIENTO DEL DERECHO LIBRE COMO ANTECEDENTE DIRECTO DE LAS TEORÍAS DEL DERECHO ELABORADAS EN LA ÉPOCA DEL IUSCONSTITUCIONALISMO ²

J. Ignacio Núñez Leiva³

Resumen

El propósito del presente trabajo será revisar, a grandes rasgos, los principales perfiles del Movimiento del Derecho Libre, destacando sus ideas más trascendentes. Este ejercicio resulta interesante, a nuestro juicio, pues se puede encontrar numerosas semejanzas entre las ideas de este Movimiento y varios postulados que hoy son protagonistas de importantes y difundidas teorías del Derecho, especialmente aquellas surgidas al amparo del Estado Constitucional de Derecho.

1 El presente trabajo corresponde a una investigación desarrollada en el marco de los estudios doctorales que cursa el autor en la Universidad de Castilla La Mancha, España, bajo las órdenes del Prof. Dr. Luis Prieto Sanchís, a quién se agradece por su atenta guía y siempre iluminadores consejos. También manifiesto mi gratitud a la colega y fiel colaboradora Rocío Salazar Pizarro; sin su ayuda me hubiera sido imposible terminar esta versión del presente trabajo.

2 La Rúbrica *Iusconstitucionalismo* se extrae de *Principia Juris*, obra en que Luigi Ferrajoli contrasta tres filosofías del Derecho: iusnaturalismo, iuspositivismo y iusconstitucionalismo. En tal ejercicio afirma que “La dimensión sustancial y nomoestática de la validez propia del derecho jurisprudencial pre moderno, que había sido excluida por el primer positivismo jurídico, vuelve a condicionar el sistema en el Estado Constitucional de Derecho a través de las normas constitucionales”. Ferrajoli, Luigi, *Principia Juris: Teoría del Derecho y de la democracia*, Tomo II, (Trotta) 2011, p. 41.

3 Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad Católica del Uruguay. Post Graduado en Derecho: Especialista en Constitucionalismo y Garantismo (2009) y Especialista en Justicia Constitucional (2012) por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Magister en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Interpretación de los Derechos y Libertades Constitucionalmente Reconocidos y Doctor © en Derecho, por la Universidad de Castilla La Mancha. Profesor y Director de Post Grado en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Coordinador del Círculo Académico Nuevas Perspectivas en Derecho Público, miembro de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Email: jinunez@uc.cl

1. Pórtico:

A finales del siglo IX y principios del siglo XX, surgió en Alemania una fuerte oposición al positivismo dominante. Esta corriente –que se suele agrupar bajo la rúbrica de *Movimiento del Derecho Libre* (*Freirechtsbewegung*)– emergió principalmente como una reacción práctica contra el método de interpretación positivista ampliamente difundido, que fue objeto de censura por ser considerado una jurisprudencia conceptual y constructiva (la jurisprudencia de conceptos) ajena a la vida, un culto a la letra de la ley, un fetichismo legal.⁴ Se criticaba tanto su concepción ideal del juez como la construcción de una ciencia jurídica (y del jurista) teñida por la pretensión de erigirse como un sistema completo, capaz de resolver cualquier controversia a partir de las normas predefinidas por el derecho positivo vigente.⁵ Abundante en ironías –pero no por ello menos precisa–, la retórica del *Derecho Libre* caracterizó al juez modelo de la época como un autómatas.

Como certeramente relata García Amado, el Movimiento del Derecho Libre fue acusado de querer disolver el principio de legalidad, de propugnar un incontrolado activismo judicial y de bregar por el desvanecimiento de la seguridad jurídica.^{6 7} Es más, autores como Calamandrei han llegado a afirmar que el Derecho Libre es una doctrina despreocupada y romántica, cautivante para los juristas que carecen de buen sentido y que equivale a la ausencia de todo Derecho.⁸ Ello se debería al empleo –tergiversado, por cierto– que de sus ideas hicieron el nazismo y el régimen revolucionario de la Rusia soviética. Este último, apelando a (su interpretación de) los postulados del Derecho Libre, justificó la abolición de la codificación zarista, suprimió la judicatura reemplazándola por tribunales populares y declaró como Derecho válido a las normas derivadas de la “conciencia proletaria”.

4 Ross, Alf, *Teoría de las fuentes del Derecho*, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2007, p. 242.

5 Segura Ortega, Manuel, “El movimiento del Derecho Libre”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, (Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política) 1993, p. 425.

6 García Amado, Juan Antonio, “Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, (Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política), 1997, p. 804.

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

8 Calamandrei, Piero, “Fe en el Derecho”, en Calamandrei, Silvia (coord.), *Fe en el Derecho*, (Marcial Pons) 2009, p. 89.

Con todo, pareciera ser que el *Freirechtsbewegung* es –pese a su temprana disolución– uno de los movimientos de mayor influencia en la más reciente historia del pensamiento iusfilosófico.⁹ Conspiró contra su consolidación el estallido de la primera guerra mundial en 1914, momento en que sus referentes intelectuales recién delineaban sus perfiles. De su influencia dan cuenta afirmaciones como las de Hans Kelsen, en orden a que la *Teoría pura del Derecho*, en cuanto a la consideración del ordenamiento jurídico como sistema dinámico, recoge algunas tesis del *Derecho libre*, particularmente la que sugiere que la aplicación de la ley por parte de los tribunales y de la administración es auténtica creación de Derecho; o la de Alf Ross quién, en *On Law and Justice* –a propósito de la misma idea– señala que las teorías del derecho libre se encontrarían más cerca de la verdad que las teorías positivistas.¹⁰ No en vano el mismo Kelsen, en una recensión publicada en 1915, dedicó extensas e intensas páginas a criticar el pensamiento de uno de los principales autores del movimiento. Incluso García Amado, en un trabajo de fines del siglo XX, afirmó reiteradamente la existencia de coincidencias entre este movimiento y algunos de los postulados de la teoría del derecho surgida con el constitucionalismo contemporáneo.¹¹

En atención a lo anterior, el propósito del presente trabajo será revisar, a grandes rasgos, los principales perfiles del Movimiento del Derecho Libre, destacando sus ideas que han resultado más trascendentes. Este ejercicio resulta interesante –a nuestro juicio– pues se puede encontrar numerosas semejanzas entre las ideas de este Movimiento y varios postulados que hoy son protagonistas de importantes y difundidas teorías del derecho contemporáneas, especialmente aquellas surgidas al amparo del Estado Constitucional de Derecho.¹²

2. Antecedentes y albores del Movimiento

Para explicar las causas de la aparición del Movimiento del Derecho Libre es necesario situarlo en su contexto histórico.

9 Recasens Siches, Luis, “Situación presente y proyección de futuro de la filosofía jurídica”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, Tercera Época, III, (Universidad de Chile)1956, p. 142.

10 De Prada García, Aurelio, “Por un modelo de jurista: El movimiento del Derecho Libre”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, 18, (UNED) 2001, p. 15.

11 García Amado, op. cit., pp. 803-825.

12 Sobre el particular, ver la serie de columnas tituladas “Como reconocer a un Neoconstitucionalista” publicadas por el autor en *El Diario Constitucional* (www.diarioconstitucional.cl)

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

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

En tal contexto, el punto de partida para la aplicación del Derecho es una interpretación *stricto sensu* del texto legal. Si el texto es claro, la interpretación se circunscribe a su tenor gramatical. Si, en cambio, el texto es oscuro o solo de manera indirecta concierne al caso, procederá una interpretación lógica en base a inferencias formales (*a contrario*, *a pari*, *a majori ad minus* y *a minori ad majus*) y consultando, eventualmente, los trabajos preparatorios del texto a fin de aportar en la definición de la “voluntad del legislador”. Consideraciones de la equidad, la costumbre o la naturaleza de las cosas, quedan completamente al margen. Allí donde la ley no pueda aplicarse directamente o mediante una interpretación lógica, la decisión debería adoptarse mediante una construcción jurídica realizada a partir de la ley y los conceptos jurídicos. Con todo, según afirma Ross, algunos juristas más radicales sugieren que los casos en donde no se pueda aplicar una ley resultan extremadamente excepcionales y que ante ellos correspondería rechazar esa pretensión, dado que no encuentra apoyo en la ley. En síntesis, para esta concepción el Derecho es la ley; el jurista, un geómetra; y la sentencia, un silogismo.¹³

13 Ross, op. cit., p. 96.

En Alemania, la llamada jurisprudencia de conceptos influía profundamente en la ciencia jurídica con una teoría de la aplicación sustentada en la existencia prejudicial del Derecho, conforme a la cual, al juez le correspondía exclusivamente localizar y aplicar la regla jurídica adecuada para el caso. Si aquella regla no existía en forma expresa, la ciencia jurídica debía hallar la solución requerida a través de la analogía, por la vía de un razonamiento lógico a partir del material jurídico ya existente. Por el contrario, se rechazaba cualquier interpretación basada en la finalidad de la ley, en el valor intrínseco de la decisión, en la naturaleza de la cosa o en la equidad. La pieza clave de esta construcción metodológica era la idea del concepto jurídico, entendido como un contenido jurídico positivo postulado a priori en forma de concepto. A partir de él, se pretendía desarrollar la construcción de complejas moléculas conceptuales que alimentasen la labor jurisdiccional. Se buscaba –al igual que la escuela de la exégesis– erigir un sistema de interpretación con pretensiones de lógica, objetividad¹⁴ y perfección.

En síntesis, siguiendo a García Amado,¹⁵ el formalismo exegético y conceptual que campeó en la ciencia jurídica del siglo XIX ostentó las siguientes características comunes:

- Afirma que el sistema jurídico es completo y perfecto, y que proporciona siempre una única solución correcta para cada caso concreto que al juez corresponda decidir, ya sea por la vía del Derecho codificado en Francia o por intermedio de esencias pre positivas en Alemania.
- Comprende a la actividad judicial como un procedimiento meramente subsuntivo de índole mecánica.
- Describe (y prescribe) al razonamiento jurisdiccional como un silogismo simple, del que la premisa mayor es la regla jurídica y la premisa menor los hechos, sin que estén presentes en él ulteriores presupuestos. Por tanto, solo de aquellas dos premisas o factores se deriva con necesidad lógica el fallo a modo de conclusión.
- Concibe a la labor del juez como una operación cognoscitiva meramente abstracta. Ello implica que el sentenciador no es propiamente

¹⁴ *Ibid.*, p. 235.

¹⁵ García Amado, Juan Antonio, *El Derecho y sus circunstancias*, (Universidad Externado de Colombia) 2010, p. 87.

te alguien que decide, sino que conoce lo que para un caso dispone como solución necesaria el sistema jurídico. Su labor se circunscribe a extraer las consecuencias del sistema para ese caso, pero sin acudir a insumos morales, políticos o de cualquier otra índole que imprima un talante valorativo.

- El juez es, entonces, un científico. Su labor se aparta remotamente de la actividad decisoria legislativa.

3. El Movimiento del Derecho Libre

Una conferencia pronunciada por Eugen Ehrlich en Viena el 4 de marzo de 1903 constituiría el punto de partida del Movimiento del Derecho Libre.¹⁶ Contendría la base de aquellas ideas que posteriormente fueron desarrolladas por los juristas del *Freirechtsbewegung*,¹⁷ postulados que comparten una génesis de talante crítico y rupturista, pero que tienden a divergir en su faceta propositiva, la que en algunos casos incluso se omite. Esto último, lamentablemente, dio pie para posteriores tergiversaciones del movimiento y aprovechamientos ideológicos por parte de regímenes totalitarios.¹⁸

Los autores del Movimiento del Derecho Libre suelen indicar como origen doctrinario mediato de su pensamiento a las ideas de Françoise Gèny, específicamente a su obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de 1899. Sus comentaristas¹⁹ —a propósito de su génesis— aluden también a la obra de Oskar Bülow titulada *Gesetz und Richteramt*, de 1885.²⁰ Con todo, el listado de los responsables de su bibliografía representativa quedaría incom-

¹⁶ Segura Ortega, op. cit., p. 425.

¹⁷ Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, (Bosch) 1991, p. 205.

¹⁸ Las ideas jurídicas de Kantorowicz, según ponen de manifiesto algunos de sus comentaristas, fueron adoptadas y alabadas por el régimen nacionalsocialista alemán. Desde luego, la intención de su autor no fue apuntar en aquella dirección. Más aun, el autor fue posteriormente perseguido por dicho régimen en virtud de sus drásticas opiniones en contra de él. Con todo, puede resultar evidente el interés de los ideólogos del nazismo en una doctrina que apelaba a un Derecho implícito en las convicciones o sentimientos del pueblo y a una judicatura fuerte que pudiese aplicarlo. Ver Squella, Agustín, *Introducción al Derecho*, (Editorial Jurídica de Chile) 2000, p. 440.

¹⁹ Segura Ortega, op. cit., p. 426.

²⁰ Eugen Ehrlich, en el prólogo de su obra *Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho Libre*, de 1903, afirmó que “un malentendido hace figurar a Bülow entre los partidarios del libre descubrimiento del Derecho”. Expresa Ehrlich que la cercanía de Von Bülow con el movimiento se debería únicamente a su tesis de que la actividad judicial es creativa y no meramente aplicadora del Derecho. Ehrlich, Eugen, *Libre investigación del Derecho y ciencia del Derecho Libre*, en Ehrlich, Eugen, *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, (Pons) 2005, p. 57.

pleto sin incluir a Ernst Fuchs y Herman Kantorowicz, conocido también este último bajo un seudónimo no escogido al azar: *Gneus Flavius*,²¹ quien, siendo escriba del sistematizador de las “Acciones de la Ley” romanas tradicionalmente conocidas solo por el Colegio de Pontífices–, las sustrajo y posteriormente puso a disposición del pueblo.²²

Desde sus albores, la faceta crítica del *Freirechtsbewegung* al referirse a la ciencia del Derecho combinó ingenio, ironía y un cierto tono beligerante. La descripción más famosa del modelo de jurista cuestionado por el *Freirechtsbewegung* es la proporcionada por Kantorowicz en *La lucha por la ciencia del Derecho*, obra que en el primer párrafo de su introducción contiene la conocida alegoría del “Jurista de la mesa verde”: “un alto funcionario estatal, con formación académica, que se sienta en su celda, armado tan solo de una máquina de pensar, aunque, ciertamente, muy refinada. En esta celda se halla solo una mesa verde sobre la cual está delante de él un código del Estado. Se le entrega un caso cualquiera, real o ficticio, y en cumplimiento de su deber, con ayuda de operaciones puramente lógicas y de una técnica secreta solo por él conocida, es capaz de demostrar, con absoluta exactitud, la decisión prede-terminada por el legislador en el código”.²³

Se distingue en la alegoría de la mesa verde la prohibición del *non liquet*. El jurista cuestionado por Kantorowicz puede y debe resolver cualquier asunto sometido a su decisión, pero siempre extrayendo la solución de la ley, sin crear Derecho. Lo cual es posible, en términos lógicos, solo en tanto no se acepte la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico. La imposibilidad de generar Derecho y la de elidir fallar solo pueden conciliarse entre sí partiendo de un tercer supuesto: que la ley carece de lagunas, no encierra contradicciones, es completa y clara.

En *La lucha por la ciencia del Derecho*, el mismo Kantorowicz completa esta impresión: “sólo la jurisprudencia se atreve a causa de su supuesta

21 Pacheco, Máximo, *Teoría del Derecho*, (Editorial Jurídica de Chile) 2004, p. 775.

22 Sobre el particular, Aurelio De Prada expresa: “no procede, desde luego, hacer hincapié en la trascendencia histórica de Gnaeus Flavius, en su papel en el paso de la Jurisprudencia arcaica a la preclásica, de la jurisprudencia pontifical a la laica [...] trayendo a la memoria el texto de Pomponio recogido en el Digesto o los magníficos análisis al respecto de Ihering, de Fustel o de Coulanges. Pero sí resulta obligado concluir que la reivindicación, de esa forma, utilizando como seudónimo el nombre de quien robó las fórmulas de las acciones entregándolas al pueblo [...], de quien asimismo divulgó publicándolo cerca del foro, el calendario pontifical, con indicación de los días hábiles para impartir justicia, no es ciertamente inocente”. De Prada García, op. cit., p. 33.

23 Kantorowicz, Herman, “La lucha por la ciencia del Derecho”, en Savigny, Friedrich Carl von, Kirchmann, Julius Hermann von, Zitelmann, Ernst y Kantorowicz, Hermann, *La ciencia del Derecho*, Traducc. de W. Goldschmidt, (Losada) 1949, p. 329.

plenitud hermética a poder resolver cualquier problema real o imaginable y exige esta capacidad inclusive del último de sus novatos. Y sin embargo la jurisprudencia no se encuentra completamente sola. El curandero que aun en el caso más oscuro encuentra la diagnosis y aun en la diagnosis más desesperada la terapéutica; el sacerdote que imperturbablemente calcula la penitencia de sus feligreses que Dios exige respecto a cada uno de sus pecados, forman la fatídica compañía con la cual el jurista dogmático recorre su camino[...]"²⁴

Y, posteriormente, define el talante del *Freirechtsbewegung*: “mientras que en la teología el espíritu de la Reforma llega a su bella culminación, la Ciencia del Derecho, que no se despertó a tiempo para emprender su Reforma tiene casi todo por hacer. Bien es verdad que los ideales de nuestro movimiento encarnan claramente el espíritu de la Reforma alemana que superó la letra, liberó al individuo, dio al sentimiento carta de naturaleza y enseñonos a escuchar la voz de la consciencia; pero no lo es menos que hasta hoy sigue esperando en vano la ciencia jurídica al hombre que siente en sí la fuerza de devenir su Lutero”.²⁵

4. Principales tesis del Movimiento del Derecho Libre

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

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

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

Desde esa perspectiva, el Estado –personificado en sus poderes tripartitamente distinguidos– habría de monopolizar la producción de normas jurídi-

²⁴ *Ibíd.*, p. 340.

²⁵ *Ibíd.*, p. 361.

cas. La interferencia de cualquier otra fuente de producción resultaría ilegítima y perniciosa.²⁶

El Movimiento del Derecho Libre, en cambio, se esforzará por demostrar que, además del derecho de procedencia estatal, existe otro, absolutamente independiente de aquel, con vigencia efectiva en el seno de las distintas sociedades, caracterizado por su ausencia de formalización.²⁷

Freies Recht lo llamarán Kantorowicz y Fuchs. *Lebendes Recht* lo denominará Ehrlich. Dificultosamente definidos, los contornos de este Derecho no estatal fueron dibujados atribuyéndole una primacía cronológica: las leyes promulgadas solo vendrían a formalizarlo, no a crearlo, se dijo. El alter ego de Gneus Flavius lo comparó con el Derecho natural. Así, señaló que “el Derecho Natural es un Derecho que pretende regir independientemente del poder estatal. Denominamos todo Derecho de esta índole Derecho Libre y caracterizamos, por ende, el Derecho Natural enseguida y provisionalmente como una clase especial de Derecho Libre”.²⁸ Para Ehrlich, por su parte, será equivalente a “las reglas que los propios hombres en su vida común, tienen por obligatorias”.²⁹

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

Para Ehrlich, el Estado nacional moderno se caracteriza por su poder militar y policial, y por la pretensión de monopolizar la administración de justicia a través de sus órganos empleando la imposición coactiva. Según el mencionado autor, el Derecho es un fenómeno social. El Estado aparece solo en una época avanzada de la civilización. El Derecho sería, por tanto, un fenómeno previo al Estado, debido a que existe desde que ha surgido la sociedad.³⁰

El Derecho, a su juicio, tanto por su origen histórico como por su contenido, debe ser distinguido de la ley. La ley puede recoger el Derecho vivo (o

26 Segura Ortega, op. cit., p. 427.

27 Segura Ortega, Manuel, “Kantorowicz y la renovación jurídica en Derecho”, en *Revista Xuridica*, Vol. II, 2, (Universidade de Santiago de Compostela) 1993, p. 115.

28 Kantorowicz, op. cit., p. 332.

29 Ehrlich, Eugen, Citado por De Prada García, op. cit., p. 35.

30 Robles Morchón, Gregorio, “Ley y Derecho vivo”, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) 2002, p. 64.

libre) que se desarrolla en los hechos del Derecho. Para explicar esto último, se vale de un ejemplo dado por la aplicación de la patria potestad en Bukovina (antigua provincia del imperio Austro-Húngaro, donde se ubica su ciudad natal), lugar en que regía el Código Civil austriaco, cuerpo normativo de talante individualista en materia de familia y según el cual el hijo podía disponer de su patrimonio con total libertad. En los hechos –llama la atención el autor– la patria potestad se toma profundamente en serio en Bukovina, de forma que, si un hijo de familia trabaja, el padre o la madre se presentan sagradamente cada mes al patrono para retirar su salario.³¹ Este caso anuncia el contenido y origen del derecho vivo: reglas del deber ser jurídicas que no permanecen tan solo como normas de decisión sino que regulan realmente el comportamiento humano, que se averiguan por medio de la percepción del acontecer fáctico. Se manifiesta en el comportamiento humano, no en proposiciones dirigidas a la autoridad.³²

El Derecho vivo no se desvirtúa cuando resulta reconocido por la ley. No se convierte en derecho estatal. Tal caso solo constituye un acto de reconocimiento de un conglomerado de reglas que se manifiestan cotidianamente y con normalidad. En su esquema, entonces, el derecho estatal es subsidiario al derecho libre.³³

Bajo el convencimiento de que el Derecho es un conjunto de normas de decisión –expresa Ehrlich–, se lo ha ligado inseparablemente a la función de los jueces y demás autoridades del Estado, definiendo la actividad jurídica como un fenómeno estatal. Tal afirmación constituye, a su juicio, no solo un error en la apreciación general del Derecho, sino también una equivocación histórica. Si el Derecho es pre estatal y está compuesto por normas de organización y decisión, la aplicación de estas últimas no tiene un vínculo esencial con el órgano estatal que denominamos tribunal.

Como puede apreciarse, la conceptualización del Derecho libre o derecho no estatal dista de ser exacta y acabada. Kantorowicz se excusaba de ello aduciendo que no se puede exigir altos niveles de precisión a un movimiento joven, como el *Freirechtsbewegung*. Con todo, pese a lo inasible del concepto, su sola proposición –y firme defensa– impacta de lleno en principios básicos de la ciencia jurídica de la época, entre ellos, el dogma de la plenitud del ordena-

31 Ehrlich, Eugen, “Sociología y jurisprudencia”, en Ehrlich, op. cit., p. 92.

32 Robles Morchón, Gregorio, *Epistemología y Derecho*, (Pirámide)1982, p. 35

33 *Ibíd.*, p. 39.

miento jurídico, la autoridad de la soberanía expresada en la ley y la definición de cuál es la verdadera ciencia del Derecho. Cuestiones que abordaremos a continuación.

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

Los autores del Derecho libre ponen especial énfasis en demostrar que la ley (no necesariamente el Derecho) es incapaz de dar respuesta expresa a todos los casos posibles y que es quimérica toda invocación de la capacidad del sistema legal para autointegrarse.³⁴ No en vano, Segura Ortega afirma que se trata de uno de los temas favoritos y centrales de todo el movimiento. Ello puesto que, aunque en la actualidad la existencia de lagunas en el Derecho es aceptada casi de forma unánime, en aquella época podría considerarse una idea excéntrica.³⁵

Las denominadas “lagunas jurídicas” (o lagunas en sentido propio) son aquellos espacios de falta de integridad o de plenitud del ordenamiento jurídico, detectados a raíz de la existencia de un caso que no puede ser correlacionado con ninguna calificación jurídica disponible en el ordenamiento, esto es, cuando aquel no lo declara ni prohibido u ordenado, ni permitido.³⁶

En la época, gran parte de las doctrinas afirmaban que el Derecho era perfecto, o casi perfecto. Especialmente ocurría así para el positivismo ingenuo y pretencioso de la jurisprudencia de conceptos y la escuela de la exégesis, arraigadas en Francia y Alemania, donde tal mentalidad se vinculaba a las circunstancias históricas: el esfuerzo codificador había supuesto una clarificación importante en el mundo jurídico, proporcionando elementos idóneos para la resolución de un considerable conjunto de problemas.³⁷ Asimismo, el postulado de la plenitud aparece como necesario a fin de hacerlo compatible con las exigencias del Derecho moderno, íntimamente ligado al proceso de monopolización jurídica del Estado legislativo³⁸ y profundamente respetuoso del dogma de separación de poderes.

34 García Amado, op. cit., nota 6, p. 804.

35 Segura Ortega, op. cit., nota 5, p. 429.

36 Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, (Trotta) 2008, p. 123.

37 Segura Ortega, op. cit., p.118.

38 Prieto Sanchís, op. cit., p. 123.

La relación antagónica entre plenitud del Derecho y lagunas jurídicas admite distintas formulaciones. Ellas dependen de respecto de quien se predique (o pretenda) la plenitud o integridad: del Derecho o de ciertas fuentes preexistentes. Si la plenitud se declara respecto de ciertas fuentes formales establecidas con anterioridad al juzgamiento de los asuntos, como la ley u otra reconocida, y estamos ante un caso no resuelto por ellas, hay lagunas jurídicas. En cambio, si la plenitud se expresa respecto del Derecho, entendiéndolo como un sistema integrado por diversas fuentes, no necesariamente positivas –como la costumbre– ni siempre promulgadas oficialmente con anterioridad a los hechos juzgados –como las decisiones judiciales–, el problema de las lagunas se diluye, pues todo caso podría ser resuelto en base a este sistema de fuentes múltiples. Así lo afirma, entre otros, el maestro Prieto Sanchís, quien expresa que si, admitimos que del Derecho forman parte también las decisiones judiciales y que estas deben decidir todo caso con arreglo a las fuentes o de cualquier otra manera, entonces el problema desaparece: siempre tendremos respuesta.³⁹

En una de sus primeras obras, Ehrlich se preguntaba acerca del éxito del famoso artículo 4 del Código Civil francés que prescribía a los jueces la obligación de fallar todos los casos, asumiendo que el Código resolvía todas las cuestiones jurídicas. Su respuesta era negativa. Ni tan siquiera el código prusiano, elaborado en base a la casuística –afirmaba–, se podría aproximar a tan ambiciosa meta. El motivo es evidente: resulta imposible.⁴⁰

En palabras de Fuchs, “la ley es siempre demasiado ancha y demasiado estrecha” y “más de siete octavos de las decisiones del Tribunal del Reich son colmado de lagunas”. Esto no puede ser de otro modo, ya que la ley se expresa en palabras y las palabras nunca pueden abarcar plenamente la realidad. Es cierto que el Derecho y lenguaje se dan juntos, pero dada esa insuficiencia del lenguaje para aprehender la compleja realidad, el arte del Derecho no puede ser una pura cuestión de palabras. Si las palabras de la ley retrataran exactamente toda realidad, la decisión jurídica sería inequívoca e indiscutible, y no se necesitaría ni un sistema de recursos ni una legión de abogados.⁴¹

Para Kantorowicz, por su parte, la existencia de lagunas no es una excepción sino la regla general. En su opinión, puede afirmarse que en la ley hay

39 Ibid., p. 124.

40 Segura Ortega, op. cit., nota 5, p. 429

41 García Amado, op. cit, p. 805.

tantas lagunas como palabras. Ningún concepto se halla analizado hasta en sus últimas características; solo pocos han sido definidos y esos pocos, solo por medio de conceptos indefinidos.⁴²

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

En efecto, la crítica a la negación de las lagunas apunta no solo al aspecto formal de esta idea insostenible, sino también al discurso endémico de la ciencia jurídica exegética (y/o conceptual) que afirma que, frente a los casos donde la simple deducción no es posible, la actividad regenerativa de la ley, desarrollada por intermedio de la analogía, no implica creación judicial de Derecho. Para el *Freirechtsbewegung*, tanto la analogía como el resto de las técnicas de “autointegración” de la ley, no aportan al ordenamiento jurídico la elasticidad suficiente para evitar las lagunas, sino que las colman, pero mediante la aplicación de otro Derecho: el *Derecho libre*. Las lagunas, entonces, no son espacios de reproducción de la ley, sino de origen de otras fuentes formales del Derecho. Es aquí donde el Derecho libre hace su aparición, sostiene Segura Ortega. Se trata de un Derecho que surge espontáneamente del seno de la sociedad, que es obtenido por los jueces en su actividad cotidiana, impregnado de valores y que supera la rigidez de la ley.⁴³ Por eso, para los autores del movimiento, será causa de admiración el artículo 1 del Código Civil Suizo de la época que rezaba “En los casos no previstos por la ley el juez decidirá según la costumbre y, en defecto de esta, según las reglas que él adoptaría como legislador”.⁴⁴

Considerando lo anterior, la denuncia de la existencia de lagunas por parte del movimiento del Derecho libre es relativa. No afirman que existan segmentos carentes de regulación (lo que constituiría una concepción fuerte o radical de las lagunas jurídicas). Sostienen que la identificación de ley con Derecho edifica un ordenamiento jurídico incapaz de cumplir con los fines que le son propios. Sugiere, en su lugar, el reconocimiento de otras fuentes del Derecho, originadas bajo un paradigma diametralmente opuesto: mediante lógica in-

42 Segura Ortega, op. cit., p. 430.

43 Segura Ortega, op. cit., p. 431.

44 Traducción libre.

ductiva y con intermediación judicial. Para el *Freirechtsbewegung* un Derecho identificado con la ley tendrá siempre lagunas; en cambio, un Derecho integrado por el Derecho libre, no las tendrá.

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

El movimiento del Derecho Libre no solo sentó las bases para la superación del dogma de la plenitud de la ley. También anticipó el reconocimiento de lo que más tarde se denominaría lagunas ideológicas o axiológicas. Esto es –siguiendo a Guastini– aquellas situaciones en las cuales un cierto supuesto de hecho sí se encuentra regulado por una norma, pero que, según la opinión del intérprete, se encuentra reglado de forma axiológicamente inadecuada, porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber contemplado⁴⁵ o no consideró –como anotan Alchourrón y Bulygin– una propiedad relevante del caso.⁴⁶

Para Fuchs, toda regla jurídica ha sido elaborada para un caso “normal” (de hecho, distingue reiteradamente entre lo que hoy llamaríamos “casos fáciles” y “difíciles”), pero las “circunstancias especiales” del caso siempre pueden requerir una respuesta especial. Y la esencia del arte jurídico consistiría, específicamente, en reconocer esas circunstancias especiales.⁴⁷ Para dicho autor lo importante al momento de convertir un caso en especial, de modo que este se sustraiga del criterio abstracto de la ley, es un elemento valorativo, un cierto sentimiento de justicia o equidad que lleva a concluir que es injusta la aplicación de la ley. Lo diferente de las circunstancias del nuevo caso se pondera a la luz de la justicia o equidad de atribuirle la solución genérica de la ley. Para Fuchs, lo que genera esta laguna no es el tenor literal o las palabras que la ley emplea, sino el hecho de que el sentido común o la experiencia sugieran categóricamente que la ley no puede aplicarse al caso que se enjuicia. Aunque los términos de la ley sean claros, hay laguna, y no procede por tanto su aplicación, sino la decisión libre, cuando el caso no se inserte con equidad y justicia bajo ella. Habría laguna cuando el encaje de un caso bajo la ley resulte contraintuitivo, inadecuado o injusto. Todo esto lo sintetiza Fuchs en la idea de que,

45 Guastini, Ricardo, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación”, en *Análisis Filosófico*, Vol. XXVI, 2, 2006, p. 278.

46 Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, (Astrea) 1975, p. 154.

47 García Amado, op. cit., p. 805.

para todo código y toda ley, rige como primer artículo tácito lo siguiente: “esta ley, como toda ley, tiene lagunas. Cada uno de sus párrafos tiene su límite allí donde su aplicación literal resulte inadecuada o irrazonable”.⁴⁸

En suma, concluye García Amado que, para el autor de marras, el juez aprecia el caso concreto que conoce con el propósito de revisar si sus perfiles admiten la aplicación de una solución legal pre establecida con resultado justo. Cuando la conclusión sea negativa, del imperativo de justicia emergerá la especialidad del caso que evidencia la injusticia de aplicarle, sin más, la ley. Serán aquellas peculiaridades provistas por los hechos las que han de sustraer al caso del supuesto legal abstracto. Se generará así una laguna, respecto a la cual el juez deberá decidir ya no propiamente *contra legem*, sino *praeter legem*,⁴⁹ ponderando los bienes en conflicto y considerando el interés general, como lo haría el legislador.⁵⁰

En general, el *Freirechtsbewegung* se esforzó en dejar claro que sus tesis (especialmente esta) no promueven una desvinculación del juez respecto del Derecho. El Movimiento del Derecho Libre no pretendía conceder una mayor libertad al juez, sino reconocerle la que inevitablemente tiene cuando realiza su función.⁵¹ Participaba, en ese sentido, de lo que Lombardi llamó la “epidemia de sinceridad” de la ciencia jurídica de comienzos del siglo XX. Y también justificaba aquello sosteniendo que cuando el juez colmaba las lagunas de la ley, lo hacía aplicando Derecho. Un Derecho no contenido solo en la ley, sino uno superior a aquel, no formalizado ni explicitado positivamente, alcanzado a través de principios plasmados en las normas⁵² y extraído de las reglas de obrar con vigencia efectiva en la sociedad⁵³: el Derecho libre.

Como se adelantó, se aprecia en estas ideas un sistema de propuestas acerca de las lagunas, especialmente en torno a las axiológicas. Hay un llamado a aplicar el Derecho libre –que, como ya señalamos, se yuxtapone a la ley– no solo en los casos sin solución, sino también en aquellos con una mala solución según el aplicador del Derecho. Y esta es justamente la caracterización

48 Ibid.

49 Ibid., p. 807.

50 Ibid., p. 809.

51 Segura Ortega, op. cit., p. 448.

52 García Amado, op. cit., p. 816.

53 Robles Morchón, op. cit., p. 35.

que Rodríguez y Navarro hacen de la ya mencionada clase de lagunas.⁵⁴ En palabras de Guastini, este tipo de laguna no consiste en una falta de norma sin más. Lo que falta no es una norma que regule el supuesto en cuestión, porque ese supuesto en efecto está reglado (de no ser así habría una laguna normativa). Falta en verdad en el enunciado normativo cuestionado una norma satisfactoria o “justa” y, más precisamente, diferenciadora, es decir, una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto.⁵⁵ Las lagunas axiológicas no son propiedades objetivas del sistema. Dependen de las valoraciones del intérprete.

Y aquella tesis del Derecho libre sobre las lagunas axiológicas opera, desde luego, en conjunto con su contrapartida necesaria: una propuesta sobre la derrotabilidad de la ley, pues las lagunas axiológicas y la derrotabilidad de las normas son las dos caras de una misma moneda.⁵⁶

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

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

54 Navarro, Pablo y Rodríguez Jorge, “Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas”, en *Isonomía*, 13, 2000, p. 76.

55 Guastini, op. cit., p. 278.

56 *Ibíd.*, p. 284.

4.4. Libre descubrimiento del Derecho: Menos Sherlock Holmes y más jueces Holmes⁵⁷

Con esta crítica, el propósito de Fuchs (y del Movimiento del Derecho Libre) fue poner de manifiesto que la concepción del Derecho como un sistema es –a sus ojos– absolutamente falsa y que insistir en ella, empleando un método abstracto y deductivo, puede conducir en no pocas ocasiones a conclusiones absurdas y alejadas de la realidad. La auténtica ciencia jurídica –dirían Fuchs y Kantorowicz– debe alejarse del modelo de la teología.⁵⁸ Este último incluso afirmó que: “sólo la jurisprudencia se atreve a causa de su supuesta plenitud hermética a poder resolver cualquier problema real o imaginable y exige esta capacidad inclusive del último de sus novatos. Y sin embargo la jurisprudencia no se encuentra completamente sola. El curandero que aun en el caso más oscuro encuentra la diagnosis y aun en la diagnosis más desesperada la terapéutica; el sacerdote que imperturbablemente calcula la penitencia de sus feligreses que Dios exige respecto a cada uno de sus pecados, forman la fatídica compañía con la cual el jurista dogmático recorre su camino [...]”.⁵⁹

En *La lucha por la ciencia del Derecho*, Kantorowicz comparó insistentemente la ciencia jurídica y el Derecho con la religión y la teología. Así escribió que:

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

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

58 García Amado, op. cit., p. 818.

59 Kantorowicz, op. cit., p. 340.

claramente a todas las cuestiones. El jurista debe ser capaz de demostrar que toda acción es derecho o entuerto: el teólogo que es agradable u odiosa para Dios.⁶⁰

El mismo autor encuentra incluso similitudes entre las campañas antiformalistas religiosas y jurídicas, así señala:

Ni que decir tiene que el movimiento de la religión libre es esencialmente idéntico a nuestra dirección del Derecho libre. No obstante, queda entre ambos una diferencia: Mientras que en la teología el espíritu de la Reforma llega a su bella culminación, la Ciencia del Derecho, que no se despertó a tiempo para emprender su Reforma tiene casi todo por hacer. Bien es verdad que los ideales de nuestro movimiento encarnan claramente el espíritu de la Reforma alemana que superó la letra, liberó al individuo, dio al sentimiento carta de naturaleza y enseñónos a escuchar la voz de la consciencia; pero no lo es menos que hasta hoy sigue esperando en vano la ciencia jurídica al hombre que siente en sí la fuerza de devenir su Lutero.⁶¹

En lugar de la ciencia jurídica tradicional, el Movimiento del Derecho Libre propone la utilización de un método individual, concreto, inductivo, basado en la observación y que promueva el uso de la voluntad –no solo de la razón– para la comprensión y aplicación del Derecho.⁶² No cuestiona necesariamente la posibilidad de crear un sistema de proposiciones jurídicas abstractas. Lo que niega de plano es que un orden con dichas características pueda ser aplicado. Todos los principios, normas y proposiciones establecidos por la ciencia jurídica tradicional resultan –a sus ojos– inútiles para la vida jurídica práctica. En consecuencia –como afirma Manuel Segura–, la necesidad de modificar el método o los métodos jurídicos implicará para el *Freirechtsbewegung* un cambio sustancial en cuanto a la propia concepción de la ciencia jurídica. Su construcción, su objeto y su método deben ser revisados profundamente.⁶³

60 Ibid., p. 357.

61 Ibid., p. 361

62 Segura Ortega, op. cit., p. 438.

63 Ibid.

Sin embargo, y pese a la coincidencia en el juicio crítico sobre la ciencia jurídica, es posible apreciar importantes divergencias en torno al modelo de reemplazo sugerido por los autores más representativos del Movimiento del Derecho Libre. Así, mientras que para Ehrlich⁶⁴ y Fuchs la sociología es la auténtica ciencia jurídica, Kantorowicz no declarará completamente muerta a la jurisprudencia, sino que verá en ella un carácter mixto: normativo y fáctico.⁶⁵

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

Como resulta natural, las tesis del Movimiento del Derecho Libre revisadas hasta el momento influyen también en una última esfera: el rol del juez. En un modelo donde la aplicación del Derecho no depende de procedimientos lógicos de aplicación automática y en el cual corresponde al sentenciador la búsqueda del Derecho no solo en las normas de procedencia estatal –orientado permanentemente por la consideración y ponderación de los intereses sociales–, el rol de la judicatura no puede ser concebido simplemente como el de un ejecutor de las prescripciones genéricas contenidas en las normas emanadas del legislador.⁶⁶ Aunque tal resultado equivalga a una consecuencia institucional de ideas presentadas inicialmente con talante descriptivo, no resulta fácil prescindir de su significado político. En este sentido, coincidimos con Segura Ortega cuando afirma que las exigencias del Derecho libre no se centran exclusivamente en la renovación de la metodología jurídica clásica, sino que también tienen una finalidad política que se proyecta en la legislación y la propia organización de la judicatura.⁶⁷

La labor del juez –según Fuchs– comenzará por conocer los intereses reales que se enfrentan en el litigio que ha de decidir y sopesarlos a la luz de la justicia. Debe proceder como lo haría el legislador si tuviere que decidir la cuestión.⁶⁸ En tal sentido, una sentencia correcta lo será cuando sea aprobada por ciudadanos legos del correspondiente círculo vital que sean justos, informados y razonables.⁶⁹ Al momento de la decisión, debe prescindir del

⁶⁴ Robles Morchón, op. cit., p. 30.

⁶⁵ Segura Ortega, op. cit., p. 439.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 417.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 449.

⁶⁸ García Amado, op. cit., p. 809.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 810.

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

Para que este sistema funcione, resultan determinantes la personalidad de juez y su formación. Fuchs y Ehrlich lo dijeron con firmeza: no hay más garantía de la justicia que la personalidad del juez. Su actividad, para el *Freirechtsbewegung*, presupone una talla espiritual y moral que no está al alcance del tipo medio de persona. Dada la central relevancia de las valoraciones del juez, su personalidad y su carácter son esenciales, si hemos de confiar en sus decisiones.⁷⁰

Tanta fe en los jueces fue objeto de crítica. Se dijo del Movimiento del Derecho Libre que proponía suprimir la seguridad jurídica y que dicho valor resultaría indisponible, incluso si de su sacrificio se obtuviese un resultado más justo. Se le acusó además de promover la erradicación de la objetividad. Ante ello, Kantorowicz replicó que la seguridad no puede ser entendida como la previsibilidad de las decisiones futuras. Una sentencia previsible (dijo con curiosa lógica) constituye un bello ideal irrealizable. Si las sentencias fueren previsibles, no existirían procesos y, sin procesos, no habrían sentencias. Empero –ahora con mayor razón–, destacó que la seguridad jurídica por la que se reclamaba era un ideal que nunca fue satisfecho en la práctica, puesto que resultaba incompatible con el ocultamiento de las verdaderas motivaciones de las resoluciones judiciales en el escondite de la pretendida lógica.⁷¹ Mas importante que la seguridad jurídica y que la objetividad sería –a su juicio– la imparcialidad.⁷²

La existencia de jueces con las características que demanda el *Freirechtsbewegung*, depende en la práctica de dos factores: una sólida formación y un sistema de selección y promoción que estimule y premie a los jueces ilustra-

70 Ibid., p. 814.

71 Segura Ortega, op. cit., p. 454.

72 Segura Ortega, op. cit., nota 27, p. 128.

dos en los valores del Derecho libre. Buen juez será el que conoce bien la vida, el tráfico y las personas –dirá Fuchs–, lo cual le permite juzgar como un lego. Lo único que puede elevarlo por encima del lego es la formación psicológica y sociológica. Solo ello le permitirá unir la sensibilidad innata con la capacidad de observación que resulta de la experiencia.⁷³

5. Reflexiones finales

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

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

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

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

73 García Amado, op. cit., p. 815.