

POR UN MODELO DE JURISTA:
EL MOVIMIENTO DEL DERECHO LIBRE

AURELIO DE PRADA GARCÍA ¹

«... ein grüner Tisch...»

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *El modelo dominante de jurista.*—3. *Juristas, curanderos, sacerdotes.*—4. *Un nuevo modelo.*—5. *A modo de conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

No se preciaría de muchos esfuerzos para probar que el denominado *Freirechtsbewegung*, el movimiento del derecho libre ², resulta ser uno de los de mayor influencia en la más reciente historia del pensamiento iusfilosófico. Bastaría con aducir al respecto los testimonios expresos de algunos de los más ilustres teóricos del derecho del pasado siglo XX. Testimonios como el de Hans Kelsen, quien llegó a afirmar que la teoría pura del derecho, desde

1. Profesor Titular Interino del Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política I, UCM. Profesor Tutor de Nociones Jurídicas Básicas y Derecho Natural del Centro Asociado a la UNED de Guadalajara.

2. Preferimos la denominación «movimiento» a la de «escuela» por las razones a las que alude LOMBARDI VALLAURI, L. en su *Saggio sul Diritto giurisprudenziale*. Giuffrè, Milano 1975, pp. 221 y ss.

la consideración del ordenamiento jurídico como un sistema normativo y dinámico, era la primera construcción que dotaba de fundamento teórico a una de las principales tesis del *Freirechtsbewegung*, la de que «la aplicación de la ley por parte de los tribunales y de la administración es auténtica *creación* del derecho ³» o el de Alf Ross, quien, insistiendo en la misma tesis, reconoció expresamente, en *On Law and Justice*, que «las teorías del movimiento del Derecho libre se encuentran más cerca de la verdad que las teorías positivistas.» ⁴

Asimismo, y por si se objetara que tales testigos no son del todo fiables, dado que no dejan de ser individuales y que de lo que se trata es de la relevancia de todo un movimiento, de un conjunto de autores, podrían aducirse también otro tipo de testimonios: los colectivos. Y así podrían traerse a colación movimientos posteriores, muy cercanos a nosotros en el tiempo, como el del «uso alternativo del derecho» o el «Critical Legal Studies» que, al parecer, vuelven a reeditar la «revuelta contra el formalismo» ⁵ en la que se suele encuadrar el *Freirechtsbewegung* y que, por lo mismo, de un modo u otro, parecen volver a sus tesis ⁶.

Ante pruebas semejantes no es de extrañar que la «dottrina» del *Freirechtsbewegung*, haya sido situada:

«... tra le grandi concezioni del diritto» ⁷

colocándola al mismo nivel que «il realismo giuridico, il giusposi-

3. KELSEN, H.: «Formalismo giuridico e dottrina pura» en PAULSON, E. (Ed.): *Formalismo jurídico e realtà sociale*. Ed. Scient. Ital. Napoli 1992, p. 48. Cfr. CALVO GARCÍA, M.: *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica*. Tecnos, Madrid, 1994, p. 130.

4. ROSS, A.: *Sobre el derecho y la justicia*. EUDEBA, Buenos Aires 1974, p. 150. Trad. de G. Carrió.

5. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Teoría del derecho: Una concepción de la experiencia jurídica*. Tecnos, Madrid 1997, p. 98 y 99. Sobre las «Revueltas contra el formalismo.» vid., por todos, TREVES, R.: *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*. Ariel, Barcelona 1988, pp. 81 y ss. Trad. de M. Atienza, M.^a José Añón Roig y J. A. Pérez Lledó.

6. PÉREZ LUÑO, A. E.: *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla 1993, p. 59.

7. LOMBARDI, L.: *Saggio sul Diritto giurisprudenziale*, pp. XVII y 359 y ss.

tivismo e il giusnaturalismo»⁸, o que se haya afirmado que con dicho movimiento:

«Estamos en presencia de una nueva concepción del fenómeno jurídico que va a triunfar –al menos en sus aspectos más relevantes– de un modo definitivo.»⁹

Con todo, resulta sorprendente la escasez de monografías, e incluso de estudios más o menos definitivos, dedicadas al *Freirechtsbewegung*. Y así, no sólo se reducen tales monografías, hasta donde llega nuestro conocimiento, a la de K. Riebschläger¹⁰ y al capítulo que Luigi Lombardi Vallauri dedicó a lo que denomina «giusliberismo» en su *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale*¹¹ sino que, además, nos separa de ellas un notable lapso temporal: más de un cuarto de siglo.

Desde luego, no parece que, en el estrecho marco de un artículo, se pueda siquiera tratar de corregir semejante escasez ni, mucho menos, elaborar un estudio más o menos definitivo sobre el *Freirechtsbewegung*; cosa ésta, por lo demás, impensable desde la que viene a ser la *koiné* filosófica de nuestro tiempo: la hermenéutica. Sí resulta obligado, sin embargo, incluso en este marco y precisamente por tal distancia temporal, examinar alguno de los temas recurrentes, alguno de los temas básicos de tal movimiento como, por ejemplo, la crítica del modelo de jurista dominante para, desde nuestro presente, tratar de lograr la «fusión de horizontes» que la tarea hermenéutica comporta y así comprender la presunta pervivencia histórica del *Freirechtsbewegung* y de paso, fundido, nuestro propio presente¹².

8. *Ibíd.*

9. SEGURA ORTEGA, M.: *El movimiento del Derecho libre*. en AFD, Tomo X, Madrid 1993, p. 423.

10. RIEBSCHLÄGER, K.: *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*. Duncker & Humblot, Berlín, 1968.

11. LOMBARDI, L.: *Saggio sul Diritto giurisprudenziale*, pp. 201 y ss.

12. «... forma parte de la verdadera comprensión el recuperar los conceptos de un pasado histórico de manera que contengan al mismo tiempo nuestro propio concebir. Es lo que antes hemos llamado *fusión de horizontes*.» GADAMER, H. G.: *Verdad y método*. Vol. I, Sígueme, Salamanca 1977, p. 453. Trad. de A. A. Aparicio y R. de Agapito.

2. EL MODELO DOMINANTE DE JURISTA

Sea de ello como fuere, lo que sí parece cierto es que, en efecto, tal crítica constituye no sólo uno de los motivos recurrentes sino quizás el tema básico, tal y como puede seguirse del examen de la obra de los principales autores del *Freirechtsbewegung*: E. Ehrlich, E. Fuchs y H. Kantorowicz.

Y en efecto, por lo respecta a E. Ehrlich¹³ resulta ser un motivo central en su obra como él mismo reconoce expresamente, en el Prólogo a *Die juristische Logik*, al afirmar que tanto su primer trabajo *Über Lücken im Rechte*, como *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, la *Grundlegung der Soziologie des Rechts* y la propia *Die juristische Logik* son obras dedicadas todas ellas a estudiar «de dónde proviene el modelo, cuál es su alcance y a dónde conduce»... tareas para las, literalmente, «han de unirse la teoría del conocimiento, la historia del derecho, la lógica, la psicología y la sociología.»¹⁴

También en la obra de Fuchs resulta ser un motivo clave tal crítica del modelo dominante de jurista. Un modelo que dibuja con imágenes más o menos ingeniosas comparándolo, en *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, con el criado al que en invierno se ordena que encienda diariamente la calefacción y que en verano sigue encendiéndola porque no se le ha revocado el mandato¹⁵ o, en *Juristischer Kulturkampf*, con un cocinero que

13. Parte de las referencias a Ehrlich aquí incluidas se han beneficiado de la consulta de un trabajo aún inédito del profesor G. Robles Morchón, «*Ley y derecho vivo. La sociología del derecho de Eugen Ehrlich*», quien amablemente me permitió examinarlo. Conste aquí mi agradecimiento.

14. *Die juristische Logik* Scientia, Tübingen 1966, p. V. Si se quiere una descripción, entre muchas posibles, del modelo por parte de Ehrlich podría servir la que figura en la misma página citada:

«Den meisten Laien und vielen Juristen gilt es heute als eine Selbstverständlichkeit, dass die Aufgabe richterlicher Rechtsfindung im wesentlichen darin bestehe, aus den Unordnungen der Gesetze logisch die Entscheidung des einzelnen Falles abzuleiten.»

15. FUCHS, E.: *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, G. Braunschen, Karlsruhe 1909, p. 195. incluido en *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform* Vol. I, Scientia 1970. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A.: *E. Fuchs y la doctrina del derecho libre*, AFD T. XIII y XIV, p. 808.

siempre utiliza recetas acabadas, maquinalmente, cuando, más bien, debería dar su toque, su orientación a los casos difíciles ¹⁶.

Con todo, la descripción más famosa del modelo de jurista contra el que lucha el *Freirechtsbewegung* resulta ser la de Kantorowicz en el primer párrafo de la Introducción a *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Descripción que reza como sigue:

«La opinión dominante se imagina al jurista ideal como a un funcionario de cierta categoría, con carrera, que se encuentra sentado en su celda, armado exclusivamente con una máquina de pensar de la más fina especie. En esta celda se halla sólo una mesa verde sobre la cual está delante de él un código del Estado. Se le entrega un caso cualquiera, un caso real o un caso sólo supuesto, y, de acuerdo con su deber, puede aquel funcionario por medio de operaciones meramente lógicas y de una técnica secreta que sólo él domina, llegar a la solución predibujada por el legislador en el código, con exactitud absoluta.» ¹⁷

Como puede verse, y nunca mejor dicho, esta descripción es justamente famosa no sólo por su fuerza visual, sino porque en muy pocas líneas se esbozan, además, casi todos los presupuestos de ese

16. FUCHS, E.: *Juristischer Kulturkampf*, G. Braunschweig, Karlsruhe 1912, p. 195, incluido en *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, Vol. II Scientia 1973. Cfr. GARCÍA AMADO, J. A.: *E. Fuchs y la doctrina del derecho libre*, cit. p. 808.

17. KANTOROWICZ, H.: *La lucha por la Ciencia del Derecho*, en SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ: *La ciencia del derecho*, Losada, Buenos Aires 1949, p. 329. Trad. de W. Goldschmidt. El original alemán reza literalmente:

«Die herrschende Idealvorstellung vom Juristen ist die: Ein höherer Staatsbeamter mit akademischer Ausbildung, sitzt er, bewaffnet bloss mit einer Denkmaschine, freilich einer von feinsten Art, in seiner Zelle. Ihr einziges Mobiliar ein grüner Tisch, auf dem das staatliche Gesetzbuch vor ihm liegt. Man reicht ihm einen beliebigen Fall, einen wirklichen oder nur erdachten, und entsprechend seiner Pflicht, ist er imstande, mit Hilfe rein logischer Operationen und einer nur ihm verständlichen Geheimtechnik, die vom Gesetzgeber vorherbestimmte Entscheidung im Gesetzbuch mit absoluter Exaktheit nachzuweisen.»

KANTOROWICZ, H.: «Der Kampf um die Rechtswissenschaft», en *Rechtswissenschaft und Soziologie, Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, ed. de Th. Württenberger, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1962, p. 14.

modelo. Y, en efecto, hay alusiones expresas a un «legislador» y a un «código», donde aquel ha predeterminado la solución de cualquier caso real o meramente supuesto. Alusiones de las que puede deducirse una consiguiente organización jurídico-política que distingue claramente entre creador y aplicadores del derecho, obligando a éstos, mediante un «deber», también expresamente aludido, a resolver cualquier caso posible ateniéndose a las disposiciones de aquél.

Asimismo las referencias a la condición de «funcionario» y a la «formación académica» de ese jurista «modelo», permiten deducir implícitamente la presencia de todo un aparato burocrático y la existencia de universidades en las que profesores, seleccionados de una determinada forma, transmiten a los futuros juristas esa técnica secreta que permite encontrar, mediante operaciones puramente lógicas, con absoluta exactitud, la solución predibujada en el código por el legislador y cumplir con ese deber que, presuntamente, en cuanto funcionarios les liga a la organización estatal.

Pero no merece la pena que nos esforcemos en hallar los presupuestos e implicaciones del modelo, sobre todo los estrictamente jurídico-políticos, pues los propios autores del movimiento nos los proporcionan en las obras antes citadas, si bien de nuevo la exposición más sintética y acabada corresponde, en nuestra opinión, a la que Kantotowicz hace en *Die Epochen der Rechtswissenschaft*, recogida por Radbruch en *Vorschule der Rechtsphilosophie* 18.

Y así, ante todo, hay una prohibición expresa al juez de crear derecho. Prohibición que no es sino consecuencia de la teoría de la división de poderes de Montesquieu, tal como reza la cita clásica recogida una y otra vez por los autores fundamentales del movimiento:

«*Si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi... Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.*» 19

18. Hay traducción castellana por la que se cita. Vid. RADBRUCH, G.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*. FCE, México 1974, pp. 120 y ss. Trad. de W. Roces.

19. Cit., por ejemplo, por EHRlich, E.: *Die juristische Logik*, p. 101.

Prohibición que comporta el corolario de que el juez debe establecer en todo delito un silogismo perfecto, tal y como lo expresó de forma canónica Beccaria, a quien los principales autores del movimiento reproducen también literalmente:

*«... la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforma o no alla legge; la conseguenza la libertà o la pena.»*²⁰

El segundo de los presupuestos que subyacen a ese modelo resulta ser la prohibición al juez de negarse a fallar; la prohibición del *non liquet* tal y como reza en el famoso art. 4 del *Code Napoleon*:

«Le juge, que refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice»

artículo citado y criticado, una y otra vez, por los autores fundamentales del movimiento²¹.

Por fin, como presupuesto básico, en cuanto permite conciliar los dos anteriores, el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico y, en efecto,

*«La prohibición de crear Derecho y la de negarse a fallar sólo pueden conciliarse entre sí arrancando de un tercer supuesto, a saber: que la ley carece de lagunas, no encierra contradicciones, es completa y clara o, por lo menos, que, partiendo de una ley llena de lagunas, contradictoria y oscura, cabe llegar a una decisión unívoca de cualquier problema jurídico, por medios puramente intelectuales. Es el postulado o la ficción consistente en afirmar que la ley o, por lo menos, el orden jurídico forma una unidad cerrada y completa.»*²²

20. EHRlich, E.: *Die juristische Logik*, p. 103.

21. Vid., KANTOROWICH, H: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, p. 18, y EHRlich, E.: «Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft» en *RECHT und LEBEN. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre* ed. de M. Rehbindler, Duncker&Humblot, Berlín 1967, p. 189 así como «Über Lücken im Rechte» en *RECHT und LEBEN*, p. 81.

22. KANTOROWICZ, H.: *Las épocas del derecho*, p 121. Vid. también, por ejemplo, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft cit.* p. 18., EHRlich, E.: *Die juristische Logik, cit.* p. 52 y ss, 58 y ss, y, sobre todo, 135 y ss. FUCHS, E.: *Die Gemeinshädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, p. 220.

Así las cosas, no parece preciso que nos demoremos más indagando por ejemplo, en la idea codificadora y lo que supone ²³ como, quizás, presupuesto último de todo lo anterior, pues tenemos ya una descripción bastante acabada del modelo contra el que lucha el *Freirechtsbewegung* y de los presupuestos que lo sustentan. Y así, todo aquel entramado jurídico-político en el que se incluían funcionarios estatales con formación universitaria donde, presumiblemente, adquirirían esas técnicas secretas de aplicación de los mandatos del legislador que le permiten cumplir con aquel deber al que hicimos referencia... encuentran su base última en el principio de separación de poderes, en la prohibición del *non liquet* y, sobre todo, en la idea de plenitud del ordenamiento jurídico.

En otras palabras, y por seguir jugando con la fuerza visual de la descripción, el jurista de la mesa verde se encuentra ciertamente solo en su celda, pero no puede dejar de reconocerse que está, si no bien acompañado, sí, al menos, en la «compañía egregia» no sólo del legislador, sino también de Montesquieu, de Beccaria e incluso de Napoleón...

Pero, con todo ello, mayor o menor fuerza visual al margen, parece claro que el modelo de jurista contra el que lucha el *Freirechtsbewegung* no es otro que el correspondiente al formalismo jurídico. Un formalismo que, en cuanto concepción de la ciencia jurídica, comporta:

«la tendencia a configurarla según el modelo de las ciencias lógico-formales o deductivas: su labor consiste en organizar lógica y sistemáticamente un determinado material –las normas jurídicas– de cara a facilitar su aplicación. De esta forma la propia aplicación del Derecho va a aparecer como una operación lógica, cuya conclusión será el resultado de una serie de procesos deductivos y en donde los aspectos de carácter sociológico, psicológico, ético, etcétera, no jugarán ningún papel; lo que importa es que las decisiones se establezcan de conformidad con las normas preestablecidas (o con los precedentes), no que produzcan consecuencias que se estimen adecuadas.» ²⁴

23. Vid., por ejemplo, BOBBIO, N.: *El positivismo jurídico. (Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra)*. Debate, Madrid 1993, p. 79. Trad. de R. de Asís y A. Greppi.

24. ATIENZA, M.: *Introducción al Derecho*. Barcanova, Barcelona 1985, p. 208.

Más aún y sorprendentemente, el modelo de jurista contra el que lucha el *Freirechtsbewegung*, no se corresponde sólo con el del formalismo jurídico sino también, al parecer, con nuestro propio modelo toda vez que los presupuestos últimos a los que acabamos de referirnos parecen estar perfectamente operantes en nuestro sistema jurídico-político.

Y así no es preciso recordar que el principio de separación de poderes aparece recogido en nuestra vigente Constitución y, mucho menos, entrar en el análisis de los artículos correspondientes: 1.2, 66.2, 97 y 117.1 ²⁵.

Tampoco hace falta recordar que la prohibición expresa del *non liquet* aparece en el 1.7 del Código civil, literalmente:

Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

donde, por cierto, se habla de un «deber inexcusable» perfectamente relacionable con aquel «deber» que se incluía en la descripción del modelo de jurista contra el que luchaba el *Freirechtsbewegung*.

Una prohibición del *non liquet* que viene expresamente reforzada por el 448 del vigente Código penal, en unos términos que, ciertamente, recuerdan la literalidad del art. 4 del *Code Napoleon*:

El juez o magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será cas-

25. Artículos que rezan, respectivamente:

«La soberanía nacional reside en el pueblo, del que emanan los poderes del Estado.»

«Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado...»

«El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.»

y

«La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.»

tigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años...

Y tampoco parece preciso recordar que, al igual que antes dedujimos, desde esa prohibición del *non liquet* cabe derivar también la presencia en nuestro sistema jurídico-político de esa presunta plenitud del ordenamiento jurídico ²⁶.

Y, desde luego, ciertamente resulta ocioso, señalar que también en nuestro sistema se incluyen funcionarios y universidades, donde profesores, seleccionados de uno u otro modo, parecen suministrar esa técnica que permite satisfacer el «deber inexcusable» de que habla el 1.7 del Código civil.

Con lo cual todos los presupuestos que subyacían al modelo dominante de jurista contra el que luchaba el *Freirechtsbewegung*: separación de poderes, prohibición del *non liquet*, plenitud del ordenamiento... parecen seguir presentes en nuestro sistema jurídico-político, de modo que no es de extrañar que también en nuestros días aparezcan las imágenes, más o menos peyorativas, que se aplicaban a tal modelo: la del cocinero, ciertamente modernizada ²⁷, e incluso la del funcionario ante una mesa, aunque ya no verde ²⁸.

26. «Aunque actualmente haya podido remitir en parte la superlegitimación de la ley, los fundamentos profundos y las conclusiones últimas de la ideología que se acaba de reseñar permanecen. El dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico ha sido sancionado en nuestro sistema constitucional por principios como el de *división de poderes o sumisión absoluta de los jueces al imperio de la ley*, según el cual los jueces no pueden crear derecho; el de *legalidad* según el que las decisiones de los juristas se legitiman por la existencia de una norma jurídica previa; el de *seguridad jurídica*, mediante el que los ciudadanos deben poder prever con antelación las consecuencias jurídicas de sus actos; o el de *irretroactividad de ciertas disposiciones legales*, que sería conculcado si los jueces creasen derecho.» CALVO GARCÍA, M.: *Teoría del Derecho*, Tecnos Madrid 1992, p. 153.

27. «...Las leyes están en el *Boletín Oficial del Estado* como los alimentos en un supermercado (*sic veniat verba*). El juez va recorriendo los estantes y escoge los productos enlatados y empaquetados, que con su abstracción pueden valer para muchas cosas. Luego, en la cocina de su casa, se prepara el plato concreto y de las múltiples posibilidades que ofrece el arroz termina obteniendo una paella o un arroz negro o un arroz a la cubana. Eso es lo que se come –lo ya aderezado– y no los duros granos del paquete. Vistas así las cosas ni que decir

Pero si esto es así, que parece que lo es, nos vemos en serias dificultades cara a los presupuestos que antes asumimos y, en concreto, respecto a la fusión de horizontes que pretendemos, pues, tal y como resulta de lo anterior, estaríamos ante un mismo horizonte, ante un mismo modelo dominante de jurista.

Semejante conclusión, sin embargo, puede resultar precipitada pues hasta ahora tan sólo hemos dibujado, desde los textos, el modelo de jurista contra el que lucha el *Freirechtsbewegung* así como sus presupuestos, sin atender aún al modelo alternativo que, en su caso, defiende el movimiento; modelo que quizás sí permite matizar nuestro propio horizonte y respetar nuestros presupuestos. Procede, pues, antes de cualquier conclusión definitiva, examinar si el *Freirechtsbewegung* ofrece o no un modelo de jurista alternativo al hasta aquí analizado para, caso afirmativo, cotejarlo con nuestro propio modelo, con nuestro presente.

3. JURISTAS, CURANDEROS, SACERDOTES

A todo esto, quizás hemos dado por zanjada con excesiva rapidez la descripción del modelo dominante de jurista contra el que lucha el *Freirechtsbewegung*, pues junto al alto funcionario estatal de la mesa verde, con formación académica, no sólo está la egregia compañía, más o menos presente, que acabamos de constatar, el legislador, Montesquieu, Beccaria, Napoleón... sino que hay otra, al parecer, no tan recomendable:

tiene que las colecciones de jurisprudencia sirven como libros recetarios para uso de jueces de poca imaginación o demasiado cómodos e insensibles para crear sus propias fórmulas.» NIETO, A. y FERNÁNDEZ, T. R.: *El Derecho y el revés*, p. 161. *Vid.* también la página 164 donde se utiliza la imagen del microondas para ilustrar la solución de los «casos fáciles».

28. «Para entender lo que es el sistema, y la relación de éste con el ordenamiento, nos vamos a permitir la realización de un pequeño experimento.

En nuestra mesa de trabajo, que dejaremos expedita totalmente, vamos a colocar a la izquierda el Código Civil español, y a la derecha los once volúmenes del tratado de Castán, titulado *Derecho Civil, Español, Común y Foral*. A nuestra izquierda tenemos parte del ordenamiento. A nuestra derecha, parte del sistema...» ROBLES, G.: *Teoría del Derecho. (Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho)*, Civitas, Madrid 1998, p. 113.

«Sólo la jurisprudencia se atreve a causa de su supuesta plenitud hermética a poder resolver cualquier problema real o imaginable y exige esta capacidad inclusive del último de sus novatos. Y sin embargo la jurisprudencia no se encuentra completamente sola. El curandero que aún en el caso más oscuro encuentra la diagnosis y aún en la diagnosis más desesperada la terapéutica; el sacerdote que imperturbablemente calcula la penitencia de sus feligreses que Dios exige respecto a cada uno de sus pecados, forman la fatídica compañía con la cual el jurista dogmático recorre su camino...»²⁹

Una compañía «fatídica», «fatal» pero ciertamente de lo más familiar, al menos por lo que toca al sacerdote, y es que no hace falta recordar que ya en el Digesto, a partir de la definición de Celso del derecho como «ars boni et aequi» se nos califica a los juristas de sacerdotes:

«Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, «ius est ars boni et aequi». Cuius merito quis nos sacerdotes appellat: iustitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.»³⁰

Y tampoco es preciso insistir en que esa figura «fatídica» del sacerdote acompaña a la aparición moderna de la profesión de jurista y cómo, basándose precisamente en «ciertas» expresiones del Digesto:

«... se afirma que puesto que la Justicia es sacra, bien puede hablarse de una “religio iuris”, y los que desempeñan el “iustitiae sacratissimo ministerium” son, sin duda, “iustitiae sacerdotes” y su corporación forma el ordo de la justicia a imagen de una orden religiosa o de caballería...»³¹

o que, más modernamente, en el momento de la Codificación, por cierto uno de los presupuestos del modelo antes analizado habrí-

29. KANTOROWICZ, H.: *La lucha por la Ciencia del Derecho*, p. 340.

30. DIGESTO, 1, 1, 1.

31. GARCÍA PELAYO, M.: *La idea medieval del Derecho en Obras Completas*, Tomo II, CEC, Madrid 1991, p. 1097.

amos de recordar a Portalis quien, en el famoso *Discurso preliminar al Código Civil*, afirmaba:

«En el estado de nuestras sociedades, harta fortuna es que la Jurisprudencia constituya una ciencia que pueda atraer al talento, lisonjear al amor propio y despertar la emulación. Por todo ello, una clase entera de hombres se dedica a tal ciencia, y esta clase, consagrada al estudio de las leyes, ofrece consejos y defensores a los ciudadanos que no pueden dirigirse y defenderse por sí mismos, y se convierte en algo así como el seminario de la magistratura.»³²

O, si se quiere y más en general, podría recordarse que el pensamiento filosófico jurídico ha ido unido a la teología prácticamente desde la institucionalización del cristianismo hasta F. Suarez cuya obra capital se titula, sin embargo, significativamente *De legibus ac Deo legislatore*; o que incluso todo un Leibniz afirmaba que la teología es parte de la Jurisprudencia³³, propugnado una *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* correspondiente a un modelo de ciencia jurídica que permitiera solucionar todas las cuestiones³⁴ ... o que, en fin, uno de nuestros presupuestos básicos: la hermenéutica, reivindica expresamente la unión de las figuras de jurista, teólogo y filólogo³⁵. Idea que, por cierto, *mutatis mutandi*, puede encontrarse ya en Dorado Montero quien en 1909, en *El Derecho y sus sacerdotes* hablaba también de los sacerdotes del derecho, los sacerdotes de la religión, y los sacerdotes de la lengua³⁶.

Pero, ciertamente no procede seguir buscando pruebas de lo longevo de esa compañía, de esa «fatal» compañía sino que, más bien, lo pertinente ahora es resaltar que tal paralelismo entre jurista y

32. PORTALIS, J. E. M.: *Discurso preliminar del proyecto de código civil francés*. Edeval, Valparaíso 1978, p. 38 y 39. Trad. de M. Rivacoba.

33. LEGAZ LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*. Bosch, Barcelona 1971, p. 26.

34. FASSO, G.: *Historia de la Filosofía del Derecho*. Vol. 2, La Edad Moderna, Pirámide, Madrid 1979, pp. 156 y 162. Trad. de J. F. Lorca Navarrete.

35. «El caso de la hermenéutica jurídica no es por lo tanto un caso especial, sino que está capacitado para devolver a la hermenéutica histórica todo el alcance de sus problemas y reproducir así la vieja unidad del problema hermenéutico en la que vienen a encontrarse el jurista, el teólogo y el filólogo.» GADAMER, H. G.: *Verdad y método*. cit. p. 400 y 401.

36. DORADO MONTERO, P.: *El derecho y sus sacerdotes*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1909, pp. 40-43.

sacerdote constituye no sólo un lugar común en la época, para lo que cabría aducir la referencia a Dorado que acaba de realizarse, sino, sobre todo, que también lo es en el propio *Freirechtsbewegung*. Y en efecto, aparece tanto en Kantorowicz, como en Ehrlich³⁷ y en Fuchs³⁸ si bien de nuevo la descripción más famosa resulta ser la de Kantorowicz en *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*:

«El paralelismo que hoy por hoy existe entre la ciencia jurídica dogmática y la teología ortodoxa (hablemos sólo de ésta última) salta a la vista. Por un lado se habla de Dios, por el otro del legislador, ambos seres inasequibles a la experiencia. La masa profana desconoce sus intenciones o las conoce sólo de modo confuso. Una casta privilegiada de teólogos o de juristas es mediadora de las relevaciones. Ambas castas pretenden exponer la voluntad de aquellos seres, mientras que en realidad afirman como la voluntad de ellos lo que teólogos o juristas desean que sea religión o Derecho. La situación es necesariamente así, ya que la construcción de la voluntad se basa en meros fragmentos: sagrada escritura, leyes. No obstante, la tarea consiste en responder con su auxilio claramente a todas las cuestiones. El jurista debe ser capaz de demostrar que toda acción es derecho o entuerto: el teólogo que es agradable u odiosa para Dios...»³⁹

Ahora bien, con todo esto, nuestra descripción del modelo dominante de jurista contra el que luchaba el *Freirechtsbewegung* era claramente incompleta, pues en esa celda en la que el jurista «modelo», sentado ante una mesa verde, resolvía, con ayuda de operaciones puramente lógicas y de una técnica secreta que, según apuntamos, debía provenir de su formación universitaria, cualquier caso posible, cumpliendo así su deber de aplicar el derecho dictado por el legislador, se encuentra también, de forma más o menos real, más o menos fantasmagórica, el teólogo, el sacerdote... sentado también, quizás, ante una mesa verde y resolviendo, con ayuda de su formación en las facultades de teología, cualquier caso posible, determinando si cualquier acción real o meramente pensada es agradable o no a Dios... y, desde luego, como mínimo, obligándonos a precisar las conclusiones a que antes llegamos y ello, además, en varios aspectos.

37. *Vid.*, por ejemplo, *Die juristische Logik*, pp. 136 y ss.

38. *Vid.*, por ejemplo, FUCHS, E.: *Schreibjustiz und Richterkönigtum. Ein Mahnruf zur Schul- und Justizreform*, pp. 62-64.

39. KANTOROWICZ, H.: *La lucha por la Ciencia del Derecho*, pp. 357 y 358.

Ante todo en relación al «deber» que, como vimos, ligaba a ese jurista de la mesa verde. Y en efecto, se recordará que, al aplicar el derecho proveniente del legislador o, por decirlo literalmente, al ser capaz de encontrar, con absoluta exactitud, la solución predibujada por el legislador en el código, ese jurista modelo no hacía sino cumplir con su deber «*entsprechend seiner Pflicht*». Un deber que ahora difícilmente puede considerarse tal si, como se desprende del paralelismo entre jurista y teólogo recién señalado, no hay propiamente una aplicación de lo dispuesto por el legislador, sino más bien, de forma más o menos subrepticia, la aplicación, si así puede llamarse, de la propia voluntad del jurista.

Lo cual, además, nos obliga a fijar la vista sobre un elemento hasta ahora desatendido pero que puede, sin embargo, resultar central. Un elemento hasta aquí oculto, apabullado tal vez por la presencia del legislador, de Napoleón, Montesquieu y Beccaria... y al que desde luego deberíamos haber prestado mayor atención: el pueblo, los destinatarios de esa aplicación «debida» del derecho.

Podríamos, con todo, tratar de excusar nuestra falta de interés hacia ese elemento básico, alegando que ciertamente lo hemos tratado de forma más o menos implícita. Y en efecto, al extrapolar el modelo contra el que se rebela el *Freirechtsbewegung* a nuestro propio sistema jurídico-político y considerarlos equivalentes, dimos por sentado implícitamente que también en el modelo analizado, al igual que en el nuestro, el pueblo se encontraba tanto detrás del legislador, en cuanto creador del derecho como, al menos en los casos reales, detrás del jurista, en cuanto destinatario de su «exacta» aplicación del derecho.

Pero con el paralelismo entre jurista y sacerdote que acabamos de esbozar, esa imagen implícita se revela errónea. Ya no hay un *das Volk*, un pueblo concebido democráticamente, que se ordena a sí mismo en la figura del legislador y que se obedece a sí mismo, cumpliendo las aplicaciones que el jurista, según su deber, realiza con absoluta exactitud... Ahora lo que hay, literalmente, es *eine Masse*, una masa que desconoce los dictados del legislador o que sólo los conoce de forma confusa y un jurista, una casta de juristas que, en realidad, aplican su propia voluntad.

Con lo cual, paradójicamente, venimos a salvar aquella identidad de horizontes que ponía en cuestión nuestros propios presupuestos.

Y en efecto, se recordará que la equiparación de ambos modelos parecía impedir la fusión de horizontes a la que aspiramos. Ahora, sin embargo, parece que hemos constatado una diferencia fundamental entre ambos modelos y que, por mucho, que formalmente parezcan idénticos, la presencia de «una masa», en el modelo contra el que lucha el *Freirechtsbewegung*, y de «un pueblo democrático» en el nuestro, los diferencia claramente con lo que bien podríamos, por ejemplo, pasar a analizar las diferencias entre ese «deber» de aplicación que acaba de revelarse falso en el modelo contra el que lucha el *Freirechtsbewegung*, sin que parezca ocurrir lo mismo en el nuestro.

Puede, con todo, que vayamos muy deprisa pues, en definitiva, estamos hablando de un mero paralelismo entre el modelo dominante de jurista y el teólogo-sacerdote, de modo que las conclusiones que acabamos de derivar quizás son excesivas, meros corolarios espúreos de un lenguaje más o menos encendido... Pero no parece que sea ése el caso, a juzgar por las palabras con que Kantorowicz concluye el prólogo a *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*:

«Esperamos que nuestro trabajo haga que se alistén nuevos combatientes para la lucha de liberación de la Ciencia del Derecho, para el asalto del último baluarte de la Escolástica.»⁴⁰

Se trata, literalmente, de conseguir nuevos combatientes para liberar la ciencia del derecho, para asaltar el último bastión de la escolástica. Una idea que, como era de esperar, también está presente tanto en Ehrlich para quien la jurisprudencia tradicional se ha convertido en una «escolástica jurídica»⁴¹ como en Fuchs uno de cuyos trabajos se titula precisamente *Von scholastischer Jurisprudenz zu erfahrungswissenschaftlicher Rechtskunts*⁴²... con lo cual, las conclusiones que acabamos de derivar no eran erróneas. Todo lo más, era errónea la descripción de la relación entre jurista y teólogo a que hemos arribado reduciéndola a un mero paralelismo cuando lo que ahora resulta es que tras esa figura, aparentemente apacible, del jurista en la mesa verde, tras ese modelo dominante, se esconde en realidad, según los autores del *Freirechtsbewegung*, un sacerdote, un

40. *Ibid.* p. 328.

41. *Vid.* «Die Erforschung des lebenden Rechts» en *Recht und Leben*, p. 13.

42. Incluido en *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, pp. 139-155.

escolástico, tratando de imponer, imponiendo, su propia voluntad a esa masa profana que desconoce o, a lo sumo, conoce de modo confuso los designios de un legislador que van perdiendo claramente sus contornos...

Más aún, con esa llamada a liberar la jurisprudencia, desenmascarada como último bastión de la escolástica... parece que hemos concluido el análisis del aspecto puramente crítico del movimiento: la crítica al modelo dominante de jurista y estamos ya en la, si así puede llamarse, fase constructiva. Una fase constructiva, una lucha de liberación que tiene mucho que ver con la lucha por la religión libre:

*«En lo que sigue denominaremos nuestro movimiento, hasta ahora innominado, en analogía del término «religión libre», como movimiento del Derecho libre.»*⁴³

y que reivindica expresamente a un libertador:

*«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, dió al sentimiento carta de naturaleza y enseñó a escuchar la voz de la consciencia; pero no lo es menos que hasta hoy sigue esperando en vano la ciencia jurídica al hombre que siente en sí la fuerza de devenir su Lutero.»*⁴⁴

Lutero... Lutero es la figura que se opone a las de Montesquieu, Beccaria, Napoleón... que rondaban alrededor de la mesa verde... o, por ser más exactos, hace falta un Lutero de la Jurisprudencia que la libere de la escolástica. Un Lutero que oponer al escolástico que se esconde, como en su último refugio, tras el jurista de la mesa verde. Y ciertamente quién mejor para ello que Lutero, el que se rebeló contra las indulgencias, contra aquellos que, según la cita famosa de Erasmo en el *Elogio de la Locura*:

43. KANTOROWICZ, H.: *La lucha por la Ciencia del Derecho*, p. 335.

44. KANTOROWICZ, H.: *La lucha por la Ciencia del Derecho*, p. 361.

«... engañan agradablemente al pueblo con sus pretendidas indulgencias fabricadas por ellos mismos y que miden como con una clepsidra la duración del purgatorio, calculando sin equivocarse y con una precisión matemática los siglos, los años, los meses, los días y las horas?»⁴⁵

Desde luego, no parece preciso insistir en la trascendencia histórica de Lutero y, mucho menos, en su relevancia para el pensamiento iusfilosófico⁴⁶. No es necesario recordar que propugnó expresamente la universalidad del sacerdocio⁴⁷, la supresión de todo intermediario entre Dios y el creyente, así como la doctrina del libre examen... pero sí resulta obligado destacar que la apelación a un Lutero de la jurisprudencia parece contradecir nuestra hipótesis anterior de la existencia en el *Freirechtsbewegung* de un modelo alternativo de jurista que oponer al modelo dominante y también y consiguientemente, al menos desde nuestra perspectiva de juristas, de la existencia de una fase constructiva en el movimiento.

Y es que, en efecto, parece que tal reivindicación expresa parece abundar más bien en la idea de la supresión sin más ni más de la «casta» de los juristas, de esos presuntos intermediarios entre la masa ignorante y el legislador que, en último término, no vienen sino a «imponer su propia voluntad».

Una conclusión que, por lo demás, parece poder corroborarse si atendemos al hecho de que, en esta suerte de *verstehende Erklärung* en la que estamos⁴⁸, falta por considerar un personaje fundamental. Y en efecto, si bien hasta ahora hemos encontrado apoyo para todo

45. ERASMO: *Elogio de la Locura*, Alianza Madrid 1993, p. 104. Tr. de P. Rodríguez de Santidrián.

46. *Vid.*, por ejemplo, LEGAZ LACAMBRA, L.: *Filosofía del Derecho*, pp. 26 y 27.

47. «Dado que Cristo tiene la primogenitura con su honor y dignidad, lo comparte con todos sus cristianos, los cuales mediante la fe, deben ser todos con Cristo reyes y sacerdotes.» LUTERO, M.: «De la libertad del cristiano.» Cfr. ARTOLA, M: *Textos fundamentales para la Historia*, Alianza Universidad, Madrid 1978, p. 256.

48. «Se alcanza una plena explicación sociológica de los fenómenos cuando éstos son fácticamente probables a través de la interpretación causal, y cuando además se conoce el significado para sus agentes sociales. Si se conoce la causación, pero no su significado, el fenómeno sigue siendo todavía incomprendible; si se conoce el significado subjetivo, pero no la causación, el fenómeno carece de probabilidad y sigue siendo una hipótesis. Por ello Weber habla de

el análisis realizado en textos tanto de Ehrlich como de Fuchs, no puede negarse que el texto básico, no sólo para nosotros sino para la mayoría de los investigadores, lo constituye *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Texto que H. Kantorowicz publicó, como ya se ha señalado, precisamente bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius...

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 ⁴⁹ o los magníficos análisis al respecto de Ihering ⁵⁰ o de Fustel de Coulanges ⁵¹... 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 (*dies fasti*) ⁵², ... no es ciertamente inocente.

una sinnhafte Kausalität (causalidad significativa) o de una *verstehende Erklärung* (explicación comprensiva), subrayando la necesidad del concurso de la explicación causal y de la comprensión significativa para conocer sociológicamente las acciones sociales.» SORIANO, R.: *Sociología del Derecho*. Ariel, Barcelona 1997, p. 102.

49. «... Luego, derivadas de estas leyes, se formaron casi a un tiempo las acciones con las que los hombres pudieran pleitear entre sí; las cuales acciones, para que el pueblo no las practicara a su arbitrio, quisieron que fueran determinadas y solemnes; y esta parte del derecho se denomina «acciones de la ley» es decir, acciones legítimas. Y así, casi en la misma época nacieron estos tres derechos a partir de la ley de las Doce Tablas: de ellas derivó el derecho civil y, de ellas procedió la formación de las acciones de la ley. Pero la ciencia de la interpretación de estas leyes así como el conocimiento de las acciones se hallaban en el colegio de los pontífices, de los que se designaba uno que cada año atendiera a los pleitos privados. Y el pueblo se atuvo a esta costumbre durante casi cien años. Posteriormente, habiendo Apio Claudio reunido y puesto por escrito estas acciones, su escriba Gneo Flavio, hijo de un liberto entregó al pueblo el libro que había sustraído y hasta tal punto agradó al pueblo este regalo que le nombró tribuno de la plebe, senador y edil curul.» DIGESTO 1, 2.,9.

50. IHERING, R. v.: *El espíritu del derecho romano*. Abreviatura por F. Vela. Revista de Occidente, Buenos Aires, 1947, pp. 252-254.

51. FUSTEL DE COULANGES, N.M.: *La Ciudad Antigua*. Iberia, Barcelona 1979, pp. 392 y 393. Trad. de C. A. Martín.

52. «Segun POMPONIO, los pontífices conservaron el monopolio de la jurisprudencia durante aproximadamente un siglo después de la redacción de las

En otros términos y resumiendo, la reivindicación expresa de las figuras de Lutero y Gnaeus Flavius, en la lucha por la liberación de la jurisprudencia, en la lucha contra un modelo de jurista que, una vez desenmascarado, ha resultado ser un sacerdote, un teólogo no parece tener otro sentido que la supresión de la casta de los juristas y la comunicación directa entre el legislador y el pueblo. Unas ideas que, por lo demás parecen volver sobre las expresadas por uno de los considerados precursores del movimiento, J. H. von Kirchmann⁵³. Pero no parece que sea éste, ciertamente, momento de volver sobre tales precursores, sino, más bien, de ensayar, con las conclusiones alcanzadas, la fusión de horizontes que pretendíamos cumpliendo así con los presupuestos que, en su momento, asumimos.

4. UN NUEVO MODELO

A todo esto, de nuevo quizás vamos demasiado aprisa pues si bien es cierto que todo el análisis anterior no sólo se ha apoyado en los textos fundamentales del movimiento, sino que, por así decirlo, han sido tales textos los que lo han conducido, parece excesivo pasar a la «fusión de horizontes», a ese correlato entre nuestro modelo de jurista y la supresión de los juristas a las que, al parecer llega el *Freirechtsbewegung*, sin haber examinado siquiera qué entiende por «derecho libre» el movimiento del derecho libre. Procede pues, suspender, momentáneamente, tal correlato y examinar qué entiende el *Freirechtsbewegung* por «freies Recht».

Doce Tablas. En seguida tuvo lugar un proceso gradual de secularización cuya primera manifestación está ligada en las fuentes a una serie de acontecimientos –que sin duda tuvieron una notoria repercusión– debido a la iniciativa de APPIUS CLAUDIUS CAECUS (cónsul en el 307 y en el 296 a.C.) y de su secretario CN. FLAVIUS (edil curul en el 304 a.C.). El primero publicó un pequeño tratado, *De usurpationibus*, y el segundo un libro, llamado más tarde *Ius civile Flavianum*, que, según toda verosimilitud, contenía las fórmulas de las acciones y de los actos jurídicos. CN. FLAVIUS divulgó también, publicándolo cerca del foro, el calendario pontifical, con indicación de los días hábiles para impartir justicia (*dies fasti*). CANNATA, C. A.: *Historia de la ciencia jurídica europea*. Tecnos, Madrid 1996, p. 30 y 31. Trad. del original francés *Histoire de la jurisprudence européenne* de L. Gutiérrez-Masson.

53. KIRCHMANN, J. H. von: *La jurisprudencia no es ciencia*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983, pp. 46 y 47. Trad. de A. Truyol Serra.

«Freies Recht» y/o «lebendes Recht», pues, pese a su común adscripción al *Freirechtsbewegung*, no todos los autores utilizan la misma expresión decantándose por la primera Fuchs y Kantorowicz y, por la segunda, Ehrlich; cosa que, entre otras cuestiones, como la, al parecer, premeditada indeterminación del concepto, ha llevado a la conclusión de que resulta difícil precisar qué se entiende por derecho libre⁵⁴. Pero, a estas alturas de nuestro análisis, parece bastar una caracterización mínima que bien puede seguirse de las siguientes citas de Kantorowicz y Ehrlich:

*«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 del Derecho libre...»*⁵⁵

*«Las reglas que los propios hombres, en su vida en común, tienen por obligatorias son el derecho vivo...»*⁵⁶

y de las que puede deducirse una caracterización negativa: derecho libre/derecho vivo es el que pretende valer con independencia del estado, el que los hombres en su vida en común consideran obligatorio.

Un derecho, pues, extraestatal que sin embargo puede aparecer como derecho estatal:

*«El mismo criterio divisorio mediante el cual hemos separado Derecho libre y estatal es aplicable al Derecho libre. Así resulta sus dos formas principales: Derecho individual y Derecho de la comunidad, según que un individuo reconoce un principio jurídico a base de su propia convicción o a causa de la de una comunidad, no siendo imposible que el mismo principio jurídico aparezca en ambas formas y además como Derecho estatal...»*⁵⁷

54. SEGURA ORTEGA, M.: *El movimiento del Derecho libre*, p. 431.

55. KANTOROWICZ, H. *La lucha por la Ciencia del Derecho*, pp. 332.

56. EHRLICH, E.: *Gesetz und lebendes Recht*, p. 233. Literalmente:

«Die Regeln, die die Menschen selbst in ihrem Zusammenleben als für sich verbindlich beobachten, sind das lebende Recht...»

57. KANTOROWICZ, H.: *La lucha por la Ciencia del Derecho*, p. 334.

En realidad la diferencia básica con el derecho estatal parece radicar en su mayor grado de conocimiento y así:

«Y este Derecho libre, vuelto inesperadamente del olvido a la teoría jurídica, en el acto se muestra por lo menos de igual condición de poder o influencia que el Derecho estatal. Sobre todo le aventaja por el hecho sencillo de que se conoce el Derecho libre, mientras que se desconoce el Derecho estatal, a no ser que el último coincida con el primero... lo que afortunadamente ocurre con frecuencia. En esta ocasión nos encontramos con la primera de esas ficciones, «lugartenientes de ideas más adecuadas» (Merkel), sobre las cuales descansa el edificio de nuestra concepción del Derecho: la ficción de que todo el mundo conozca el Derecho estatal.»⁵⁸

Con todo lo cual, parece que podemos ya corroborar las conclusiones a que antes llegamos; conclusiones que, como se recordarán abonaban la idea de que, en el *Freirechtsbewegung*, no hay jurista alternativo a aquel modelo de la mesa verde y que derivamos de la invocación expresa de las figuras de Lutero y Gnaeus Flavius con la consiguiente apelación a la desaparición de los intermediarios entre el derecho y sus destinatarios, a la desaparición de la «casta» de los juristas.

Y en efecto, parece que la presente invocación a un derecho libre, un derecho vivo o vivido por los miembros de la comunidad, viviente

58. KANTOROWICZ, H.: *La lucha por la Ciencia del Derecho*, p. 335. Se ha modificado levemente la traducción y en lugar de:

«... el pueblo conoce el Derecho libre, mientras que desconoce el Derecho estatal...»

como traduce Goldschmidt, se opta por:

«...se conoce el Derecho libre, mientras que se desconoce el Derecho estatal...»

toda vez que el término «pueblo» no figura en el original alemán. Original que reza literalmente:

«Und dieses freie Recht, dass so unverhofft aus der Verschollenheit in die Rechtstheorie zurückkehrt, erweist sich sofort als dem staatlichen Recht an Macht und Einfluss mindestens ebenbürtig. Es hat zunächst vor diesem den grossen Vorzug voraus, dass man es kennt. Das staatliche Recht aber kennt man gar nicht...»

KANTOROWICZ, H.: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, p. 17.

en ellos, como tales o individualmente, corrobora definitivamente esa desaparición de los intermediarios entre el derecho y sus destinatarios.

Pero, una vez más, parece que vamos demasiado aprisa, pues hay algunos datos que no encajan y que parecen obligarnos a revisar nuestro análisis anterior. Así, ante todo, la invocación expresa a ese derecho libre/vivo contrasta vivamente con la acción de Lutero y G. Flavius; acción que podríamos describir como de arriba/abajo, suprimiendo los intermediarios entre el derecho, el legislador situado más arriba y la «masa» desconocedora de sus intenciones, mientras que la apelación a un derecho libre, en esos términos, habría de describirse como del mismo nivel: entre el derecho realmente vivido y quienes lo viven, individual o colectivamente, al margen de todo legislador.

Abundando en lo mismo, tal y como acaba de verse, resulta que el derecho libre/vivo es compatible con el estatal, de forma que, a lo sumo, podría pensarse, para salvar el análisis anterior, en la necesidad de que tales derechos libre/vivo y estatal coincidieran.

Pero hay sobre todo un dato que parece contradecir todo lo anterior. Un dato al que se ha aludido de forma más o menos implícita y que ahora aflora de forma evidente. En efecto, al igual que jugamos en su momento con el seudónimo con el que Kantorowicz publicó *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, no podemos dejar de jugar ahora con el título de la obra. Título que, de acuerdo con las conclusiones a que hemos llegado, debería ser, si no «La lucha por el derecho», como la obra de Ihering, *Der Kampf um's Recht*, sí, al menos *Der Kampf um das freie Recht*, «La lucha por el derecho libre» y no como realmente es *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, «La lucha por la ciencia del derecho».

En otros términos, la reivindicación expresa de una ciencia del derecho, presente por lo demás tanto en Ehrlich de quien basta con recordar el título de su conferencia tantas veces citada «*Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*» como en Fuchs obligan a examinar de qué ciencia jurídica se trata. Y así:

«De lo dicho se deduce inmediatamente que la relación entre la ciencia del Derecho y ley tendrá que cambiar por completo. Una vez

que se haya conseguido desenmascarar a la ley, la ciencia no se contentará ya con el papel de humilde sirvienta del legislador, de ser su altavoz. Las necesidades de la vida jurídica exigen que otras potencias, en primer lugar la ciencia jurídica, se coloquen libremente y en función creadora al lado del legislador, precisamente en atención a la importancia del mismo para satisfacerlas. Llegó la hora de tomar en serio el lema de la ciencia como fuente del Derecho con el cual la Escuela Histórica en su principio ha coqueteado con frecuencia. La ciencia del Derecho proporcionará las definiciones de todos los conceptos, más no por «construcción», sino dotándoles de aquellas características que los principios del Derecho libre suministran. La ciencia del Derecho tiene que colmar las lagunas, más no por medio de la negación de los Derecho en todos los casos en los cuales la ley no los confiere, sino mediante afirmaciones en la dirección que el Derecho libre indica. La ciencia debe apartar las partes marchitadas de la ley, y tiene que hacer madurar las partes florecientes. Bien es verdad que con todo ello cesa de ser por completo «mero conocimiento de lo ya conocido». Su misión deviene mayor y menos modesta: la ciencia constituye «descubrimiento de Derecho libre» en cuanto halla y aplica Derecho la comunidad; y se eleva a creación de Derecho libre en cuanto produce e impone Derecho individual. La ciencia es voluntad como el mismo Derecho. Con este conocimiento sigue la ciencia jurídica la trayectoria de las ciencias del espíritu en el siglo XIX y entra en su etapa voluntarista.»⁵⁹

No es ciertamente el momento, a estas alturas, de insistir en que Kantorowicz utiliza los mismos términos que Ehrlich, «freie Rechtsfindung», libre descubrimiento del derecho, al referirse a la función de la ciencia del derecho en cuanto que descubre el derecho vivo/libre presente en la comunidad, y pasar a indagar el mayor o menor acuerdo entre los miembros del movimiento sobre las funciones asignadas a la ciencia jurídica⁶⁰.

Tampoco es ciertamente el momento de entretenernos en buscar antecedentes más o menos remotos, más o menos ilustres a esa

59. KANTOROWICZ, H.: *La lucha por la Ciencia del Derecho*, p. 342.

60. Sobre la concepción de la ciencia jurídica en Ehrlich, puede verse, entre nosotros, ROBLES, G.: «Normativismo y sociologismo: la polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica» en *Epistemología y Derecho*, Pirámide, Madrid 1982, pp. 27 y ss.

labor descubridora y/o creadora que ahora se asigna también a la ciencia del derecho, a la *Rechtswissenschaft*, y que bien podrían estar en la Escuela Histórica ⁶¹, expresamente aludida como se ha visto...

Lo que ahora procede es constatar que, pese a todas las conclusiones anteriores, sí hay en el *Freirechtsbewegung* un modelo alternativo al del jurista de la mesa verde. Un jurista, por cierto, que creímos ver desaparecer y que, sin embargo, ahora vuelve a aflorar, si bien notablemente modificado.

Y, en efecto, el jurista de la mesa verde ahí sigue. El siervo, el sirviente del legislador que, de acuerdo con su deber, encontraba con absoluta exactitud las soluciones que aquel predibujaba en el Código a cualquier caso real o posible... sigue con su técnica secreta, sirviendo a la ley. Pero ya no es sólo un siervo de la ley, del legislador... ahora tiene una labor *descubridora* del derecho que vive en la comunidad y, también, una labor *creadora* en cuanto halla y aplica el derecho que vive en en su propia conciencia, en su propio corazón...

Un jurista, pues, uno y trino, por decirlo en términos teológicos, también al parecer recuperados, y una visión de la celda con la mesa verde que hemos de modificar notablemente, pues además del código que le permite conocer, y servir, el derecho estatal, hemos de suponer medios de conocimiento del derecho que vive en la comunidad y que, en su caso, ha de descubrir... y también, de algún modo, hemos de suponer medios para crear ese derecho libre individual que deriva de su propia conciencia.

Pero tampoco es el momento, a estas alturas, de entretenerse en una pintura más o menos preciosista del nuevo modelo a que hemos llegado pues lo realmente importante es, sin duda, dilucidar cuál de esas tres personas que, por así decirlo, se unen en la imagen del jurista es la que prima. Cuestión ciertamente más fácil de resolver de lo que podría pensarse si nos atenemos al siguiente pasaje de *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, por cierto, quizás el más famoso, citado y criticado de todos los del *Freirechtsbewegung*:

61. Vid. SAVIGNY, F. K. von: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, Edeval, Valparaíso 1978, p. 18 y 19. Trad. de A. Posada.

«Partimos del principio de que la jurisdicción es principalmente, y debe seguir siéndolo, misión del Estado. Por ello exigimos que el juez, obligado por su juramento, resuelva el caso con arreglo al texto unívoco de la ley. El juez puede y debe prescindir de la ley, en primer lugar, si le parece que la ley no le ofrece una decisión carente de dudas; en segundo lugar, si no le parece verosímil con arreglo a su libre y conienzuda convicción que el Poder estatal existente en el momento de fallo habría dictado la resolución que la ley reclama. En ambos casos dictará el juez la sentencia que según su convicción el actual Poder del Estado habría decretado si hubiese pensado en el caso de autos. Si el juez no fuese capaz de formarse tamaña convicción, se inspirará en el Derecho libre. Finalmente, en casos desesperadamente complicados o dudosos sólo en aspecto cuantitativo el juez resolverá y debe resolver arbitrariamente. Las partes tendrán la facultad en todo proceso civil de liberar al juez mediante su mutuo acuerdo de la obsevancia de cualquier norma jurídica estatal.»⁶²

No es ciertamente el momento de pasar a indagar con el máximo detenimiento el mayor o menor acuerdo del resto de los autores fundamentales del movimiento con esta proclama de Kantorowicz, pues tal acuerdo, con mayores o menores matices, parece estar presente tanto Ehrlich quien no sólo afirmó⁶³ expresamente que el libre descubrimiento del derecho no se opone a la ley sino que, al igual que Fuchs⁶⁴, se refirió en repetidas ocasiones al famoso art. 1 del Código civil suizo⁶⁵.

Lo importante ahora es constatar que no sólo disponemos ya del modelo alternativo de jurista propugnado por el *Freirechtsbewegung*, un jurista triple, uno y trino, sino que además disponemos de, por así llamarlo, el orden de prelación entre esas tres personas-personalidades que subyacen al jurista. Y, en efecto, si bien pudiera parecer de la mera lectura de los textos que es el jurista de la mesa verde, el

62. KANTOROWICZ, H.: *La lucha por la Ciencia del Derecho*, pp. 363 y 364.

63. *Vid.*, EHRlich, E.: *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, p. 191.

64. *Vid. Juristischer Kulturkampf*, p. 39.

65. Dicho art., como es bien sabido, reza literalmente:

«En los casos no previstos por la ley el juez decidirá según la costumbre y, en defecto de ésta, según las reglas que él adoptaría como legislador. Se atenderá a la doctrina y a la jurisprudencia más autorizadas.»

mero servidor de la ley, el aún dominante, seguido del jurista descubridor de derecho viviente en la comunidad y, en fin, del que aplica su propio criterio más o menos arbitrariamente, el que, si se quiere, crea derecho libre individual... resulta ser éste último, una suerte de *iudex-rex*, claramente, el dominante.

Y, en efecto, por mucho que se afirme que, obligado por su juramento, debe aplicar el texto unívoco de la ley; por mucho que, en términos más actuales, se diga que está vinculado a la ley, no es menos cierto que la apreciación de tal univocidad o de su ausencia le viene asignada, al igual que la de si el legislador existente en el momento habría dictado una resolución semejante para el caso en cuestión, permitiéndosele expresamente dictar la resolución que el legislador según su convicción, la del juez, habría decretado de haber pensado en tal caso.

Por lo mismo debe considerarse que esa presunta vinculación al derecho libre colectivo, como fuente subsidiaria una vez constatada la insuficiencia de la ley, apenas si es tal, en último término, pues es el propio juez el que, una vez más, viene a determinar si hay o no solución al caso en el derecho libre colectivo, resolviendo, por fin y en su caso, de acuerdo con el derecho libre individual, más o menos arbitrariamente.

Todo lo cual ciertamente puede reforzarse con uno de los aspectos básicos del movimiento: su preocupación por la enseñanza del derecho y la formación de los juristas, formadores incluidos ⁶⁶. Conclusión que ciertamente se deriva de los análisis anteriores y es que desde luego ya no basta con una «formación académica» dirigida a conseguir esa actuación mecánica que permita deducir, con total exactitud, las soluciones predibujadas por el legislador en el código, ya no basta una formación para ser mero servidor del derecho estatal... ahora es precisa una formación que atienda a ese «descubrimiento» del derecho libre y, sobre todo una formación que tenga en cuenta ese papel crucial que el juez, el operador jurídico por antonomasia, el *iudex-rex*, desempeña.

66. Así Fuchs:

«Die Erneuerung unseres Rechtslebens muss mit den Hochschullehrern beginnen.»

en *Juristischer Kulturkampf*, p. 63.

Y, en efecto, en todos los miembros fundamentales del movimiento se aprecia una preocupación extrema por la cuestión y ello hasta el punto de proponer reformas en la enseñanza del derecho y en la formación de los juristas. Reformas que al margen de la enseñanza dogmática tradicional, insisten en la necesidad de completarla con estudios sociológicos políticos, psicológicos...⁶⁷ pero, también y sobre todo, éticos, atendiendo a la formación de la personalidad del jurista, del juez toda vez que

«El libre descubrimiento del derecho no es, por tanto, una cuestión de derecho material, sino de selección de las personas llamadas a la función judicial; es, en último término, cuestión de una organización judicial que permita que destaquen las personalidades fuertes...»⁶⁸

o, lapidariamente,

«No hay más garantía de justicia que la personalidad del juez.»⁶⁹

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Así las cosas, tenemos ya una descripción bastante completa del modelo de jurista alternativo que defiende el *Freirechtsbewegung*. Un

67. Vid. KANTOROWICZ, H.: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, pp. 36 y 37. EHRlich, E.: «Gutachten über die Frage: Was kann geschehen, um bei der Ausbildung (vor oder nach Abschluss des Universitätsstudiums) das Verständnis des Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Masse zu fördern?» en *Recht und Leben*, p. 61-75. y, en relación a FUCHS, vid. GARCÍA AMADO, J. A.: *Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre*, p. 821.

68. Vid. EHRlich, E.: *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* en *Recht und Leben*, p. 195. Literalmente:

«Die freie Rechtsfindung ist daher nicht eine Frage des materiellen Rechtes, sondern der Auswahl der zum Richteramt berufenen Personen, also in letzter Linie die Frage einer Gerichtsorganisation, die starke Persönlichkeiten zur Geltung kommen lässt.»

69. EHRlich, E.: *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, p. 188. Literalmente:

«Es gibt keine andere Gewähr der Rechtspflege als in der Persönlichkeit des Richters»

modelo que, en determinado momento del análisis, tuvimos por inexistente, dado que parecía que el movimiento propugnaba la supresión sin más ni más de los juristas, y que ahora se ha revelado mucho más complejo de lo que entonces podía pensarse.

Es, pues, el momento de tratar esa «fusión de horizontes» a que nuestros presupuestos nos obligan, una fusión que también pareció imposible, en determinado momento, precisamente por la presunta identidad entre nuestro actual horizonte de praxis y el del modelo atacado por el movimiento y que ahora sí sería perfectamente posible.

Bien pensadas las cosas, quizás vayamos, una vez más, demasiado deprisa pues puede que nuestro horizonte y el del *Freirechtsbewegung* no sean tan diferentes como suponemos y ello hasta el punto de hacer si no imposible, sí muy difícil tal «fusión de horizontes».

Y en efecto, ese modelo alternativo propugnado por el *Freirechtsbewegung* no resulta, a lo que parece, ser tal. No resulta ser una alternativa sino simplemente una mera descripción de la actividad que realmente llevan a cabo los operadores jurídicos por antonomasia, los jueces:

*«Decíamos al principio del trabajo que el juez es un ser humano. Como todo ser humano ha recibido una determinada educación que en su caso se concreta en una determinada cualificación profesional. Por otra parte, desarrolla su actividad en el marco de una institución que impone unas reglas del juego a las que el juez debe atenerse. Todos estos hechos se convierten en elementos que determinan la actitud del juez al decidir la solución para un caso concreto.»*⁷⁰

Elementos que luego se concretan en «institucionales», equivalentes a la «conciencia jurídica formal» de Ross⁷¹; «culturales e ideológicas», entre los que se contaría la «conciencia jurídica material» también en el sentido de Ross⁷² y, por fin, psicosociales, reducidos al origen social del magistrado y a los diversos factores psicológicos a los que está sometido⁷³.

70. EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: *Los juicios de valor en la decisión judicial*. Anuario de Filosofía del Derecho, T.I, Madrid 1984, p. 58.

71. ROSS, A.: *Sobre el derecho y la justicia*, p. 133.

72. ROSS, A.: *op. cit.* p. 134.

73. EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: *Los juicios de valor...*, pp. 58 y 59.

No parece preciso, gastar muchas palabras para mostrar que tal tripartición de los «elementos que determinan la actitud del juez al decidir la solución para un caso concreto» parece corresponder, casi literalmente y *mutatis mutandi*, con el jurista triple, uno y trino, en que ha desembocado nuestro análisis... lo cual lamentablemente parece imposibilitar la fusión de horizontes que tan infructuosamente perseguimos.

Más aún, no sólo parece coincidir la descripción contemporánea de la labor de los juristas con el modelo alternativo propugnado por el *Freirechtsbewegung* al que llegó nuestro análisis, sino que incluso también la prelación, el papel dominante parece corresponder, hoy por hoy, igual que en el modelo del *Freirechtsbewegung*, al que, en su momento, denominamos «iudex rex»:

«... En conclusión, el jurista de hoy ya ha dejado de creer que la ley es una norma sagrada e intocable y –tan descreído como irrespetuoso– se atreve a enjuiciar su contenido y hasta a poner sus manos en ella. Lejos ya del pasado formalismo, entra en el contenido material de las normas y obra luego en consecuencia de tal forma que, dejando a un lado la autoridad, valora con sus propios criterios y, a sus results, aplica o no aplica, o aplica previa adaptación, las normas.

Pues si esto es así, hora es ya de dejarnos de hipocresías e importa llamar a las cosas por su nombre. Porque si fuera verdad que las leyes ordenan la sociedad y resuelven sus conflictos y que los juristas se limitan a interpretarlas, todos –o al menos la mitad justa– deberían ser suspendidos por ignorantes o castigados por su mala fe, dado que no hay dos abogados que, ante el mismo caso, opinen lo mismo ni dos jueces que dicten igual sentencia. Hora es ya de dejar de burlarnos de los ciudadanos y de engañar a los estudiantes. Porque no se trata de ignorancia o de mala fe sino de algo más grave, a saber, que ni las leyes ordenan la sociedad ni resuelven los conflictos sino que, a todo lo más, son directrices, puntos de referencia que el legislador pone en manos de los funcionarios y de los jueces, a sabiendas de que sólo muy parcialmente van a aplicarlas y que lo decisivo será siempre no la voluntad del legislador sino el criterio personal de operador.

Pero ¿cuáles son esos criterios que impulsan al jurista a aceptar ley sólo cuando y en la medida en que el contenido de ésta concuerde con su juicio? Por lo pronto es seguro que se trata de criterios perso-

nales: lo cual explica la diferencia de decisiones. Y, en segundo lugar, es un criterio ajeno o trascendente a la norma. Dicho sea muy claramente: cada operador jurídico tiene un fin personal en cada caso concreto; llegado el momento contrasta la norma con tal fin y, si le conviene, la aplicará; pero si fin y norma no están de acuerdo, rechazará la norma o la retorcerá sin escrúpulos hasta que le sea útil.»⁷⁴

Una coincidencia que llega incluso, al igual que en el *Freirechtsbewegung*, hasta el mismo énfasis que se pone en la «convicción» del operador:

«... La verdadera cuestión no es el concepto del Derecho ni la determinación de sus fuentes ni su interpretación. Todo esto no son más que epifenómenos de lo esencial. Lo esencial es la actitud personal que adopta el jurista ante el Derecho. No se trata, por tanto, de una actitud intelectual sino vital. No es una teoría sino una praxis; una convicción, no una razón.»⁷⁵

y en la importancia de la enseñanza jurídica:

«... ¿Y qué decir del profesor, cuya responsabilidad social es mucho más grave, puesto que no es lo mismo tirar al suelo manzanas que estropear el árbol en su raíz?»⁷⁶

Pero a todo esto y en lo que nos importa, no parece que podamos realizar esa «fusión de horizontes» que tan infructuosamente perseguimos, pues nuestro horizonte y el del *Freirechtsbewegung* parecen definitivamente el mismo, lo que por cierto y no deja de ser algo, justificaría la remisión contemporánea a tal movimiento a que en su lugar aludimos.

Hay, sin embargo, un aspecto que, quizás, sí permita esa fusión que tan infructuosamente perseguimos. Un dato que parece apuntar a la idea de que algo hemos cambiado, algo hemos, si se quiere, avanzado, y, por tanto, nuestro horizonte no es el mismo que el del *Freirechtsbewegung* y podemos cumplir con nuestros propios presupuestos.

74. NIETO, A.: «Lección magistral» en NIETO, A. y FERNÁNDEZ, T. R.: *El Derecho y el revés*, pp. 15 y 16.

75. NIETO, A.: «Lección magistral», p. 14.

76. NIETO, A.: «Lección magistral», p. 16.

Y, en efecto, como se recordará, tras el análisis del paralelismo que los principales autores del movimiento establecen entre las figuras del jurista y del sacerdote/teólogo, llegamos a la conclusión, reforzada por la posterior reivindicación expresa de las figuras de Lutero y Gnaeus Flavius, de que difícilmente podía extrapolarse nuestro horizonte histórico al de ese modelo, toda vez que nosotros parecemos movernos en una concepción democrática del derecho, mientras que allí, se trataba, literalmente, de una «masa» más o menos ignorante de las disposiciones del legislador.

En otros términos y como se recordará, en nuestro modelo, en principio, el pueblo estaría tras el legislador, ordenándose a sí mismo, y tras el jurista, que le aplicaría, aplicaría al pueblo, lo que el pueblo se habría ordenado previamente. En el modelo atacado por el *Freirechtsbewegung*, sin embargo no cabía hablar de «pueblo», sino de mera «masa» receptora, por cierto, no de las disposiciones del legislador, sino, como vimos, en último término, de la voluntad de los juristas.

Ahora bien del análisis del modelo alternativo presentado por el *Freirechtsbewegung*, no parece seguirse modificaciones sustanciales en ese respecto. Y, en efecto, si bien se habla de una ciencia del derecho y de una correlativa jurisprudencia que, en los términos vistos, no sólo sirven al legislador sino que descubren el derecho viviente de la comunidad y crean derecho libre individual... parece que ha de seguir hablándose de una «masa» y no de un «pueblo» en sentido democrático.

Más claramente, el modelo alternativo presentado por el movimiento parece implicar la presencia sucesiva de una «masa» destinataria del derecho estatal, de una «comunidad» con su *lebendes Recht* y de un jurista o, mejor y si se quiere, un iudex-rex, como figura central, con un rechazo más o menos implícito de cualquier concepción democrática del derecho y, consecuentemente, del jurista correspondiente. Un rechazo patente, por cierto, en la condena expresa en términos ciertamente lapidarios de cualquier recurso a la institución del jurado ⁷⁷.

77. «Pero no hace falta que intentemos acercarnos a esta meta por el camino vergonzoso de confiar la jurisprudencia a los profanos, a los aficionados, y ello en una época de *creciente influencia de los especialistas*. La hora de los jura-

Con todo lo cual, parece que sí podríamos proceder a esa fusión de horizontes pues no parece preciso insistir en que todo ello contrasta vivamente con una concepción democrática del derecho en la que el pueblo, y no la masa, ni la comunidad, ni el iudex-rex... sería el elemento central. Una concepción democrática como la nuestra...

Aunque, bien miradas las cosas y ello no deja de ser coherente con la descripción contemporánea del trabajo del juez hecha más arriba, la presencia de claras insuficiencias democráticas en nuestro sistema ⁷⁸, quizás obligaría a matizar esa distancia que implícitamente acabamos de establecer entre nuestro modelo jurídico y el del derecho libre y con ella la posibilidad de esa fusión de horizontes que tan infructuosamente perseguimos. Ello parece, sin embargo, sobrepasar los límites impuestos a este trabajo.

dos ha sonado: desaparecen como otras ilusiones, si bien tal vez se utilice su nombre para nuevas instituciones. Pero también los escabinos, los tribunales de comercio y otros tribunales mixtos serían superfluos con todos sus inconvenientes, así que se realizase la exigencia natural que el juez como cualquier otro obrero hiciera cuanto hace como especialista. KANTOROWICZ, H.: *La lucha por la Ciencia del Derecho*, pp. 367. Una posición menos radical en FUCHS, E.: *Freirechtleri und soziologische Rechtslehre*, anexo a *Juristischer Kulturkampf*, p. 165.

78. Me he referido a tales insuficiencias en los siguientes artículos: *Sobre perros y destinos: Apuntes democráticos*. La Balsa de la Medusa, 1994, p. 3 y s., *Obediencia al Derecho y Democracia: El modelo español*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 83, Madrid 1995, pp. 303 y ss., *De Sabios e Idiotas: Notas sobre la Abstención*. La Balsa de la Medusa, 1996, pp. 3 y ss., «De Juristas y ciudadanos.» en LÓPEZ MORENO, A. (Dir.): *Teoría y Práctica en la aplicación e interpretación del Derecho*. Colex, Madrid 1999, pp. 153 y ss. y *Soberanía popular, poder judicial y jurado en el sistema jurídico español: Algunas consideraciones*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense núm. 93. Madrid 2000, pp. 221 y ss.