

LA LEY Y LOS JUECES
(VALORES POSITIVOS Y NEGATIVOS
DEL POSITIVISMO)

*Eberhard Schmidt**

SUMARIO

I.1. Positivismo jurídico.- 2. Positivismo científico.- 3. Positivismo legal.- II. La ciencia del Derecho y la legislación.- III. Rectitud del derecho, rectitud de la ley y seguridad jurídica.- IV.1 Oposición entre la ley y la justicia.- 2. Derecho natural.- V.1. Leyes que no constituyen Derecho.- 2. Leyes justas responsabilidad del legislador.

* Nació el 13 de febrero de 1938 en Celle, Alemania. Estudió Derecho en la Universidad de Goettingen (1971). Fue profesor en las Universidades de Bochum y en la de Heidelberg. Entre sus obras más importantes destacan: *Constitución* (1969), *Ley de Planeación Urbana* (1972), *Ley Administrativa* (1982), *Ley Ambiental* (1991), *Ley del Procedimiento Administrativo* (1996), *Los Principios Generales de la Ley Administrativa* (1998).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

I

1. Positivismo jurídico

Lo que hoy designamos con el nombre de “positivismo” (jurídico) cobró forma gracias a la tarea llevada a cabo por juristas de tan fina sensibilidad como Binding, Merkel, Windscheid. No es mucho, pues, que continuemos preguntándonos por el sentido, la necesidad histórica y el valor de ese positivismo, por más que el tiempo y los acontecimientos hayan puesto mucha distancia entre ellos y nosotros. Si tratamos de averiguar las razones por las que el positivismo del siglo XIX se ha desacreditado, esto equivale a esclarecer la situación en que nos encontramos los juristas en la actualidad. Pero, puesto que todo lo jurídico está relacionado con los jueces, tal vez sea esta la manera de acercarnos a los problemas que plantea la profesión de juez, que expresamos con la fórmula de “los jueces y la ley” y constituyen el objeto de este ensayo.

2. Positivismo científico

El Profesor Wieacker, en su *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, que está próxima a aparecer¹ y que yo he podido ver, con admiración y entusiasmo, en las pruebas de imprenta, describe cómo la ciencia pandectística del siglo XIX sirvió de base a un “positivismo

1 Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Cito a continuación del cap. 22 (“La ciencia pandectística o el predominio del positivismo científico”) y del cap. 23 (“La transición del positivismo científico al legal”). Hay traducción española de esta obra: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. de Francisco Fernández Jardón, Edit. Aguilar, Madrid, 1957. (N. del T.)

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

científico”. Por tal hay que entender una concepción que deriva todos los preceptos y todas las decisiones jurídicas de los conceptos y principios de la ciencia del Derecho. El jurista que quiera comprender los preceptos o elaborar las decisiones jurídicas no tiene más que representarse el sistema de los conceptos de la ciencia del Derecho. Las “consideraciones extrajurídicas, tales como las de carácter religioso, las de ética social, las derivadas de la concepción del mundo, las económicas o las sociológicas” no desempeñan ningún papel ni con respecto al *ethos* ni con “respecto a la conciencia del jurista”. En especial, a las finalidades económicas y sociales no les puede dar el jurista “la virtualidad de crear Derecho o de cambiarlo”. No tiene por qué preocuparse de lo que no se le presente en el sistema cerrado de los afiligranados conceptos jurídicos.

Gracias a este punto de vista pudo sustituirse plenamente la falta de un Código General de Derecho Privado alemán por la “Dogmática jurídica general” derivada de la ciencia pandectística. Esta dogmática científica fue decisiva para la jurisprudencia y la aplicación del Derecho, incluso en el estado alemán que disponía de una codificación legislativa completa, esto es, en la Prusia del Derecho territorial general del año 1794, gracias al estilo plenamente pandectístico con que este código había sido elaborado y desarrollado en los sistemas didácticos.

Pero Wieacker nos muestra a su vez, en el campo de la historia del Derecho Privado, cómo este positivismo científico se convirtió a finales del siglo XIX en un positivismo legal. Esto era inevitable porque la significación primaria

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

de la dogmática científica tuvo que retroceder, desde el momento en que pasaron a ser decisivas para la jurisprudencia las “leyes establecidas por los órganos constitucionales de la legislación, es decir, al menos intencionalmente, por la voluntad popular”. Esto se realizó en el Derecho Privado con la legislación dada en Alemania entre 1877 y 1900, y en el Derecho Penal y Procesal con los numerosos códigos particulares que había ya entonces en los Estados de la Federación Alemana. Pero, tal como Wieacker ha puesto certeramente de manifiesto, todas estas leyes eran “todavía casi exclusivamente un producto del mismo positivismo científico”. Es posible que la mejor demostración de la rectitud de este aserto sea la historia de la legislación penal desde los mismos comienzos del siglo XIX. Desde 1813 hasta 1871 está totalmente dominada por el influjo de Feuerbach.² No hay ningún Código Penal de esta época que no incorpore el concepto de la pena como prevención general orientada a la práctica, así como su teoría de la coacción psicológica, y que no los convierta en la clave de todo el sistema, por más que desde mediados de siglo ya tienda a dar una consagración mística a esta escueta concepción racionalista de la pena la teoría dialéctica de la retribución propuesta por Hegel.³ Ahora bien, precisamente en los códigos penales sometidos al influjo de Feuerbach podemos observar que el positivismo legal que ellos hicieron posible, y quisieron

2 Cfr. sobre esto, Eb. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 2a. ed., 1951, págs. 222 y sgs., 250 y sgs., 292, 303 y sgs.

3 Kohlrausch, *Die geistesgeschichtliche Krise des Strafrechts. Berliner Rektoratsrede*, 1932.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

realizar, fue obra del espíritu científico y se basa en el positivismo científico, que con anterioridad a su redacción del Código Penal de Baviera del año 1813 había elaborado Feuerbach con todo rigor científico, sobre la base de principios iusnaturalistas, el concepto de la pena, con el cual estaba convencido de que la razón humana había conquistado una originaria verdad iusnaturalista, y se había perfeccionado a sí misma en este aspecto. Por eso Feuerbach calificaba su concepto de la pena, de prevención general y de castigo de la acción, como un “concepto originario”.⁴ A partir de este concepto originario puede establecerse deductivamente todo el sistema penal y todo el mundo conceptual del Derecho Penal. En definitiva, lo que se diga sobre la pena que ha de imponer el Estado es lo que decide todo, principalmente, desde luego, la doctrina de la imputación que, propiamente hablando, abarca toda la doctrina del Derecho penal general. El gran mérito de Feuerbach en su *Revisión* y en el *Tratado* consiste en primer lugar en desarrollar en un sistema compacto todo el edificio conceptual del Derecho Penal partiendo de su concepto originario de la pena, que le es científicamente conocido. Desde esta dogmática, sistemáticamente cerrada transfiere luego sus conocimientos científicos al lenguaje de la ley, que de este modo participa de la conceptualización estrictamente científica y cuyos conceptos deben estar armonizados entre sí al igual que en un sistema científico.

4 Feuerbach lo expuso en su *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe der positiven peinlichen Rechts*, tomo I, 1799; Cfr., a este propósito, Eb. Schmidt, en *Monatschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform*, 1942, págs. 208 y sgs., así como *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, páginas 226 y sgs.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

Pero, precisamente en estos comienzos de la gran tarea legislativa del siglo XIX, se pone de manifiesto al mismo tiempo la justificación del trabajo científico de concepción y las razones por las que este trabajo aspira justificadamente a constituir la fundamentación de las leyes. Feuerbach, a quien se ha llamado el “padre del Derecho natural”, lo introdujo en el campo del Derecho Penal con su concepto de la pena y todas las consecuencias que de él se derivan, puesto que en ese concepto originario de la pena puede verse el resultado último y plenamente desarrollado de la razón humana jurídica. Por eso puede calificar con plena convicción científica su código de Derecho Penal de Derecho Natural en fórmulas legales. Y esta convicción persistió fundamentalmente con respecto a todos los códigos: los particulares derivados del de Baviera y el del Reich del año 1871.⁵ En todos ellos tuvo su parte la ciencia del Derecho Penal, a todos ellos les proporcionó constantemente la garantía de una rectitud en último término incondicional. Lo que fue para el Derecho Civil la *ratio scripta del corpus iuris*, proporcionada por la pandectística, eso vino a ser la dogmática penal, basada en el concepto originario de la pena de Feuerbach, para el Derecho Penal. La dogmática de la ciencia jurídica garantiza, pues, la rectitud iusnaturalista de todas las leyes que ella ha inspirado en todo el ámbito del Derecho Penal. Permite a los juristas que trabajan sobre estas leyes, y en especial a los jueces que las aplican en la práctica, tener confianza en que ha de ser

5 Cfr. Paul Bockelmann, *Richter und Gesetz* (Homenaje a Rudolf Smend), 1952, pág. 29.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

justa cualquier decisión que se derive de estas leyes, de acuerdo con un método apropiado a un sistema conceptual estrictamente científico. Tenía que resultar contraproducente mirar de soslayo a otros valores distintos de los inmanentes a la ley: no tendría otro resultado que el de apartar del verdadero espíritu de la ley y el de llevar así a decisiones “incorrectas”.

Las leyes del siglo XIX que se apoyaban en ese conocimiento objetivo estrictamente científico podían ostentar con toda razón el nombre de “ley”. Tal era el sentido de los esfuerzos de Feuerbach por lograr una legislación penal para Baviera que se fundara en los más sólidos conocimientos científicos: establecer una “ley” que respondiera verdaderamente al concepto de “ley” que arrancaba de Montesquieu y suponía en todos los espíritus más destacados de la época.⁶ Para los pensadores de los siglos XVIII y XIX no es “ley” cualquier expresión de voluntad libremente formulada por los poderes del Estado que tengan facultades para mandar. “Las leyes –según comienza Montesquieu su *Esprit des lois*– son relaciones que surgen necesariamente de la naturaleza de las cosas”. “La ley –leemos luego en el libro I, capítulo 3 de la misma obra– es la razón humana, en cuanto rige a todos los pueblos de la Tierra, y las leyes civiles y del Estado de cada pueblo no tienen que ser más que los diversos casos de aplicación de esta razón humana”. Tal

6 Mayores precisiones sobre esto en Eb. Schmidt, *Montesquieu “Esprit des lois” und die Problematik der Gegenwart von Recht und Justiz*, Kiesselbach, volumen de homenaje, 1947, págs. 177 y sgs.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

concepción supone que cada “ley” que haya que dar coloca al legislador ante una tarea que sólo puede llevarse a cabo con la máxima conciencia de responsabilidad. No se trata solamente de un acto de voluntad orientado por determinados puntos de vista, de un *stat pro ratione voluntas*. Esos serían los procedimientos de los déspotas, cuyos mandatos, según Montesquieu no pueden calificarse de “leyes”.⁷ Había un profundo sentido en la doctrina del Derecho natural a partir de Grocio,⁸ en cuanto eliminaba de la fundamentación del Derecho, tanto divino como estatal, todo elemento volitivo, en cuanto consideraba el Derecho como algo que precedía a toda imposición, sea divina o sea por parte del Estado, en cuanto veía en el Derecho lo que “originariamente se impone por sí mismo”, el *ordo ordinans*, no el *ordo ordinatus*, tal como nos lo muestran los profundos estudios de Cassirer sobre el origen y esencia del Derecho natural. Ahora bien, según la concepción de Montesquieu y la de los juristas de los siglos XVIII y XIX, tan influidos por él, y entre ellos también Feuerbach, las leyes sólo tienen “calidad de Derecho” cuando participan de esta realidad *a priori* del concepto de Derecho. Porque sólo entonces realizan la idea del Derecho como *ordo ordinans* y son expresión de la originaria razón que garantiza la conexión, plena de sentido, del mundo y del cosmos.

7 Montesquieu, *Esprit des lois*, lib. VI, cap. II; también lib. II, caps. I, IV y V.

8 Cfr., sobre eso y lo que sigue, especialmente, Ernst Cassirer, “Vom Wesen und Werden des Naturrechts”, en *Zeitschrift für Rechtsphilosophie*, Bd. 6, págs. 1 y sgs., especialmente 7 y sgs.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Este concepto de la “ley”, dotado de un determinado contenido por la idea del Derecho, se impuso, tras la gran tarea de legislación del siglo XIX, en el campo del Derecho Penal y del Civil, del Constitucional y del Procesal, precisamente por ser un producto de una rigurosa ciencia jurídica. La identificación de la ley con el Derecho, que sólo así es posible, se impuso a todos los grandes juristas y, a través de ellos, a los mismos legisladores. Las mismas ideas que animaban a Feuerbach, al establecer el Código Penal Bávaro sobre la base de su “concepto originario” de la pena, impulsaron así mismo a Franz V. Zeiller,⁹ creador de la legislación penal y civil austriaca. “El Derecho –dice V. Zeiller en 1810– no es ninguna chapucería humana, una institución de los ciudadanos. Los derechos radican en el carácter de un ser racional y proceden de la razón. Tienen validez en virtud de la razón, sin necesidad de presuponer un convenio o pacto social, la formación del Estado no tiene más función que garantizarlos e imponerlos frente a cualquier ataque, gracias al supremo poder irresistible de coacción”.

Se pudo confiar a la ciencia jurídica, como representación de la razón jurídica, la garantía del Derecho, con tanto más razón, cuanto que era indiscutible la buena consideración de la ciencia jurídica no sólo en los ministerios y entre los gobernantes, sino también entre la opi-

9 Franz von Zeiller, *Vorbereitung zur neusten österreichischen Gesetzkunde im Straf- und Civil-Justiz-Fache* (en la edición de Erik Wolf, *Deutsches Rechtsdenken*, H. 14).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

nión pública y, por tanto, también ante los representantes del pueblo, de cuyas decisiones es de donde las leyes procedían en último término.¹⁰ La autoridad de los juristas formados en ese espíritu, y de sus producciones científicas, permaneció inalterable mientras continuó en vigor y mantuvo su prestigio el espíritu burgués en el buen sentido de la palabra, el ideal humanista y el concepto kantiano del deber. Naturalmente, todo esto tenía también un fundamento político. Lo que proporcionó el positivismo científico al contenido de las leyes científicamente elaboradas “estaba en realidad en una inconsciente concordancia con las exigencias políticas y económicas de su época, que era la del liberalismo”.¹¹ Esto se manifestó lo mismo en el Derecho Civil, con su concepto fundamental del Derecho subjetivo y las diversas manifestaciones a que da lugar, ante todo el derecho de propiedad y los derechos personales, que en el Derecho Penal, cuyo concepto de la pena como mera prevención general, con su función exclusivamente reparadora de la acción, sustrae a todo ataque por parte del Estado la personalidad intangible de todo hombre, incluida la del malhechor; y en el Derecho Procesal, en el que preside el principio de la voluntad de las partes, o, como en el caso del proceso penal, son evidentes los esfuerzos del Estado están armonizadas con los derechos de la personalidad, garantizados por la misma Constitución.

10 Sobre esto, ante todo, hoy en día Franz Wieacker, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, cap. 23.

11 Wieacker, *ob. cit.*, pág. 258 de la edic. alemana.

3. Positivismo legal

En la época del comienzo de la legislación sobre la organización de la justicia, el positivismo legal, derivado de la ciencia que entonces prevalecía, era un símbolo de la armonía de todos los elementos que constituyen una vida jurídica sana y ordenada. Fue éste el corto período de tiempo en el que no constituía ningún problema decir que el juez está vinculado por la ley. Gracias a que continuaba teniendo su validez la idea de la “ley” procedente de Montesquieu, y mantenida por todos los grandes juristas de los siglos XVIII y XIX, como la expresión cuidadosamente elaborada de la idea *a priori* del Derecho, esa sujeción del juez a la ley era la mejor garantía de una administración de la justicia muy razonable, aun cuando tan totalmente olvidado en nuestros días. El Derecho es funcionalmente distinto en cuanto se establece y en cuanto se aplica. Por consiguiente, el legislador tiene su específica responsabilidad, del mismo modo que el juez tiene también la que le corresponde. El legislador es responsable de que la ley contenga como precepto una parte del orden que se deriva de la naturaleza de las cosas, de que aparezca con toda claridad en cualquier orden de cosas que haya que regular la orientación hacia la justicia, de que en la consideración de cualquier finalidad impuesta por la vida social la idea del Derecho no sea desbordada por la de una crasa utilidad (independientemente de quien sea al que favorezca). Esta responsabilidad le corresponde en toda su amplitud al legislador y no debe descargarla en el juez. Este, a su vez, ha de poder confiar en que el legislador ha hecho todos los esfuerzos posibles

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

por dar expresión a la justicia y en que proporcionará con sus fórmulas legales unos criterios tales que, si se aplican correctamente, conforme a las prescripciones metodológicas y sobre la base de los principios científicos, darán por resultado un juicio justo sobre el caso concreto. El juez tiene ya bastante responsabilidad con llevar a cabo correctamente esa aplicación, tanto más, cuanto que también tiene que realizar primero la difícil tarea de una adecuada comprobación de los hechos. Nada dificulta tanto el orden que ha de reinar en un Estado como el que el legislador descargue en el juez lo que él mismo tendría que realizar, el que esquite su propia responsabilidad transfiriéndola al juez, que, de acuerdo con sus funciones judiciales, no la podrá soportar. Binding no perdía de vista cualquier actividad del legislador y exigía de él un esmero en la redacción de la ley igual al que exigía del juez en su aplicación. En el caso de que sea el legislador el que falle en la formulación de los supuestos de hecho, como, por ejemplo, ocurre en el artículo 185 del Código Penal, y por ese motivo no lleguen la interpretación y aplicación del Derecho a unos resultados seguros, “la culpa recae”, como explicaba Binding irritado, “no en el que investiga la norma”, es decir, en el juez, “sino en el legislador, que no le permite encontrarla”. Cuando Binding acometió la empresa de redactar su obra sobre las normas, eran todavía los felices tiempos en que el legislador era conciente de la dignidad e importancia de su responsabilidad, y pocas veces incurría en semejante “culpa”.

Pero entre tanto la población de Europa ha experimentado un proceso histórico que, junto a los más profundos

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

cambios sociales y a las catástrofes más atroces en lo político y en lo social, conmovió también en sus cimientos el mundo del Derecho, de tal modo que parecía ya carecer de validez todo lo que al siglo XIX le podía haber parecido como la máxima conquista y como una llegada a la meta. El “positivismo” se convirtió así en una expresión peyorativa. Nada peor puede decir de un jurista, sino que es “positivista”. Apenas puede hoy nadie comprender que Binding¹² considerara como “su orgullo” limitar su trabajo al campo de las leyes positivadas. Pero nada se ha hecho tan problemática como la cuestión de qué es lo que propiamente vincula al juez, es decir, en último término, a qué se tiene que atener el juez en el cumplimiento de sus tareas judiciales, para que pueda decirse a sí mismo que ha cumplido con su deber y está libre de haber incurrido en ninguna responsabilidad. Tal vez lo que con más claridad nos pone de manifiesto la seriedad de esta cuestión sea el hecho de que hayan sido declarados reos de un delito contra la humanidad, por el Tribunal Supremo de Colonia, jueces que habían aplicado correctamente las leyes a unos supuestos de hecho que correspondían a la realidad y de quienes expresamente se atestiguó que no podían ser acusados de ningún tipo de violación del Derecho.¹³ El juez que había aplicado correctamente la ley, ¡resultaba ser un criminal! ¿Puede darse un símbolo más desolador del total desconcierto en que nos ha sumido este siglo que gana en horror a cualquier otro?

12 En la Introducción a su *Handbuch des Strafrechts*, tomo I, 1885.

13 *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Penal*, tomo 2, pág. 269. Sobre esto, H. V. Eber, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1950), págs. 272 y sgs.

II

La ciencia del Derecho y la legislación

Tengo que reducirme para no salirme por completo del marco de este ensayo, a señalar sólo esquemáticamente por qué tuvo que romperse la apretada armonía del positivismo legal y científico.

Apenas si había llegado a su desarrollo político por los años 50 y 60 del siglo pasado el tipo de hombre burgués –en el mejor sentido de la palabra– inspirado por el espíritu humanista y por la moral kantiana, cuando perdió de nuevo el control de la dirección, y en su lugar apareció por una parte, el “burgués” en el sentido peyorativo del término, y, por otra parte, el obrero en cuanto representante de una clase oprimida y enemiga de antemano de todo lo burgués. Empezó así este desgraciado proceso que había de desembocar en las revoluciones de este siglo. Entonces se disipa el prestigio de que gozaba en la opinión pública la ciencia, en cuanto no se tratara de las ciencias de la naturaleza técnicamente aprovechables. Al mismo tiempo cesaba el íntimo contacto entre la ciencia del Derecho y la legislación. Este es, a mi juicio, el momento decisivo para el esclarecimiento de todo lo que hay que decir de nuestro tema. Puesto que la legislación estaba en manos de las representaciones populares, de cuyo entusiasmo por la ciencia dependía plenamente el grado en que quisieran darle cabida en la determinación del contenido de las leyes, había el peligro de emanciparse, cuando pareciera bien, de ese influjo. La política de fuerza que supiera aprovechar para su fines las diversas

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

tendencias políticas que pugnaban entre sí en el seno de las representaciones populares, podía llevar a éstas a la aprobación de leyes que no podían ya ostentar la pretensión de ser emanaciones del Derecho, puesto que debían su existencia a puras consideraciones utilitarias de carácter político. Incluso un político de la categoría de Bismarck sucumbió a esta tentación en sus leyes para el progreso de la cultura y en la referencia a los socialistas.¹⁴ La irrupción de las luchas sociales, con la emigración del campo y la industrialización, el problema de la aglomeración de masas en las grandes ciudades, la alteración y los métodos de la legislación del Estado, y generalmente para peor.

Las necesidades a que tenía que atender el legislador a partir del año 1914 exigieron elevar al máximo el número de revoluciones de la máquina de la legislación, al mismo tiempo que impedían hacerles preceder a las leyes una cierta preparación científica y provocaban un desplazamiento de la labor legislativa, desde el legislador a los representantes del poder ejecutivo, que, sobre la base de la ley de plenos poderes de 4 de agosto de 1914, se apresuraron a dictar leyes en numerosos campos que hasta entonces habían estado libres de la intervención estatal. La forma de decretos, que trajeron consigo las leyes de plenos poderes aprovechadas hasta el exceso, se convirtió en la prototípica del Derecho positivo, llenando amenazadoramente los tomos de las colecciones legislativas, que cada vez aparecían más hinchadas.

14 *Cfr.* Bockelmann (nota 5), pág. 29.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

De este modo quedó devaluado el concepto de ley, con lo que tenía que destruirse la confianza en ella que los juristas habían heredado del siglo XIX, ese producto que tenía que ser suministrado con velocidad cada vez más acelerada no podía realmente ser considerado como un Derecho natural elaborado con una posición crítica cuidadosa. Semejante cúmulo de normas, orientado por la pura conveniencia, a menudo muy efímera, quedaba al margen del sentimiento del Derecho, no se tenía en cuenta con cuidado la contraposición de intereses ni la concordancia de una norma con otras. La ciencia y la práctica jurídicas siguieron con gran preocupación este proceso. Esa preocupación subió de punto cuando la necesidad obligó a que quedaran también afectadas, por este método degenerado de legislación por decreto, las leyes referentes a la administración de justicia. Aún cuando la nueva Constitución del año 1919 había reconocido como indiscutible fundamento del Estado de Derecho el principio de la separación de poderes, se llegó a base de ulteriores leyes de plenos poderes o la de 13 de octubre y la de 8 de diciembre de 1923, a una prolongación de la actividad legislativa por parte de ese gobierno dotado de plenos poderes, que podía adoptar todas las medidas “que considerara necesarias y urgentes para el pueblo y para el Reich”. Refiriéndose a esta situación, hablaba Goldschmidt en un artículo que llamó mucho la atención aparecido en la *Juristische Wochenschrift* de 1 de marzo de 1924, de un “ocaso de la ley” y del final del Estado de Derecho. El positivismo jurídico científico, al que podemos designar también, siguiendo a Wieacker, como “legítimo”, fue

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

desplazado ya en esta época por un positivismo jurídico de 1931¹⁵ y especialmente luego, a partir del año 1933. El acaparamiento del poder que tuvo lugar en el Estado totalitario del Führer despojó a la ley, no sólo de su forma, sino también definitivamente de su propia esencia. Cualquier finalidad política, cualquier disposición que agradara al detentador del poder, podía convertirse en cualquier momento en expresión de una mera fuerza y de una necesidad condicionada, y perder todo contacto con un deber verdaderamente obligatorio.

III

Rectitud del derecho, rectitud de la ley y seguridad jurídica

La ciencia y la práctica jurídica no permanecieron ciegas ante toda esta evolución. Surgió una nueva filosofía del Derecho y, como consecuencia, no se pudo mantener la teoría de las fuentes del Derecho, que había traído consigo la Teoría General del Derecho desarrollada a partir del pensamiento positivista, por lo demás olvidada de los fundamentos iusnaturalistas del positivismo, que todavía se podían ver claramente en Feuerbach. La cuestión que Stammler se planteaba sobre la “rectitud del Derecho” era, en el fondo, una cuestión sobre la rectitud de la ley, o, más en concreto, sobre su incontrovertible carácter de “Derecho”. Todavía al estallar la guerra de 1914–1918 era extremadamente problemática la relación existente entre el Derecho y la ley y todavía más problemática la relación

15 Sobre esto, Radbruch, *Mitteilungen der Internat. Kriminalist. Vereinigung*, Neue Folge, tomo 6 (Reunión de Frankfurt, 1932), págs. 178-79.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

entre la ley y el poder judicial. Alrededor del año 1914 apenas si había alguno que creyera todavía que el “Derecho” está constituido por las leyes y la costumbre. Pero se consideraban muy discutibles las consecuencias que había que deducir de ahí con respecto a los jueces. En la confrontación científica entre Reichel y Radbruch¹⁶ apareció con toda claridad esa pugna de opiniones. Pero mientras aquí se movía en las serenas esferas de la ciencia, las condiciones económicas de la época de la inflación la forzaron a entrar en la práctica de la vida jurídica. Ese era el sentido del famoso comunicado de 8 de enero de 1924¹⁷ hecho público por los jueces adscritos al tribunal del Reich, el someter a la consideración del legislador por parte de la más alta representación judicial lo que Reichel había pedido en 1915 que se reconociera a los jueces, a saber, el poder declarar nula una ley, en el caso de que sea contraria a los sentimientos morales generales, de modo que no se la pueda considerar como expresión de la idea del Derecho.

¿Cómo se habrían desenvuelto las cosas si el propio Tribunal del Reich hubiera permanecido fiel a ese comunicado en el ulterior desarrollo de su jurisprudencia? Bien sabido es que no fue esto lo que sucedió, que no se impuso el derecho de los jueces a un control material de la legislación que las expresiones que a él hacen referencia, en las sentencias repetidamente citadas del Tribunal

16 Hans Reichel, *Gesetz und Richterspruch*, 1915, especialmente págs. 122 y sigs. En contra, Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3a. ed., 1932, especialmente págs. 83-84.

17 *Deutsche Richterzeitung* (1924), págs. 7-8.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

del Reich, en los tomos 102, 107, 111 y 118 de la colección de sentencias de lo Civil,¹⁸ son dudosas y hay que interpretarlas más bien en contra que a favor de ese derecho de control; e igualmente es bien conocido que de la propia jurisprudencia surgieron voces a favor de una obediencia incondicional a las leyes y que ni siquiera se llegó a una solución del problema en el ámbito de los trabajos de la ciencia jurídica. Aun cuando Goldschmidt,¹⁹ Triepel,²⁰ el mariscal von Bieberstein²¹ y otros proclamaron que era sólo el Derecho, no las leyes, el que era sagrado, y que el juez estaba sólo vinculado al Derecho y, por tanto llamado a hacer la crítica de las leyes, en su calidad de única autoridad del Estado que está en condiciones de poder oponerse al absolutismo del Parlamento y de la mayoría, sin embargo, fueron más importantes, más decisivas, más eficaces, las voces que se alzaron en contra, sobre todo las de Radbruch²² y Anschutz.²³ Especialmente la posición de Radbruch a favor de una obediencia de su contenido, tuvo que producir una impresión tanto más profunda y encontrar un eco tanto mayor, en cuanto que Radbruch hacía de la necesidad del juez en los casos de conflicto una virtud, porque veía precisamente en la resignada renuncia del juez a su propia opinión la oca-

-
- 18 *Cfr. Jurisprudencia del Tribunal del Reich en Asuntos Civiles*, tomo 102, pág. 164; tomo 107, págs. 78, 317, 379; tomo 111, pág. 322; tomo 118, pág. 325. Sobre esto, Bockelmann, *ob. cit.*, pág. 31.
- 19 *Juristische Wochenschrift* (1924), pág. 249.
- 20 *Festschrift für Wilh. Kahl*, 1923, II, pág. 93.
- 21 *Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze*, 1927.
- 22 *Rechtsphilosophie*, 3a. ed., 1932, págs. 80 y sgs.
- 23 *Die Verfassung des deutschen Reichs*, 10a. ed., 3a. corregida, art. 102, N. 4.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

sión para la mayor elevación moral de éste; y, por otra parte, reconocía en el juez que se acomodaba a una ley injusta el derecho a consolarse con la idea de que en todo caso había contribuido a la seguridad jurídica y de ese modo participaba incluso en la garantía de la justicia. Todavía en el año 1932, cuando ya nos encontrábamos en plena crisis con respecto a la ley, escribía Radbruch en este sentido.

IV

1. Oposición entre la ley y la justicia

El nuevo orden de las relaciones constitucionales establecidas en Alemania Occidental desde el año 1945 no ha hecho desaparecer en modo alguno la inseguridad que, de acuerdo con todo lo que hemos dicho, ha recaído sobre los jueces con respecto a cuestiones decisivas y fundamentales. Incluso se ha complicado tristemente la situación por el hecho de haberse planteado el problema de la responsabilidad de los jueces que en la época del nacionalsocialismo, como consecuencia de la aplicación de ciertas leyes, condenaron a algunos hombres; cuestión que se ha suscitado en conexión con la de los denunciantes, pero también con independencia de esta última, y que naturalmente ha provocado inquietud y preocupación en los círculos de los jueces.²⁴

Pero ¿no se podría alegar que al establecer las Constituciones, y en concreto la de la República Federal,

24 Radbruch, en *Süddeutsche Juristenzeitung* (1946), columnas 105 y sgs.; Coing, *ibid*, columnas 61 y sgs.; Figge, *ibid*, columnas 179 y sgs.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

se determina con palabras inequívocas la responsabilidad del juez con respecto a la ley y al Derecho? Sin embargo, la verdad es que, cuando consideramos las Constituciones, nos asalta inmediatamente la impresión de que la forma insegura y vacilante de expresarse sus redactores delata su falta de firmeza respecto a la cuestión de qué es lo que vincula a los jueces en su determinación de lo que es Derecho, es decir, qué es lo que ha de tener para ellos sentido de obligación.

La Ley de Organización del Poder Judicial habla al estilo antiguo de los “jueces únicamente sometidos a la ley”. La Ley Fundamental, en su artículo 97, párrafo I, se expresa en los mismos términos sobre “los jueces”. Pero con respecto a la “jurisprudencia” se dice en el artículo 20, apartado 3, que está “vinculada a la ley y al Derecho”. Si esto es así, resulta que los jueces, que son quienes dan vida a la jurisprudencia, en contra de lo que dice el artículo 97, párrafo I, están no “sólo sometidos a la ley”. Las Constituciones de los diversos estados dentro de la Federación manifiestan inseguridades totalmente similares. De la manera más extraña rompe con esta uniformidad la Constitución de Renania-Palatinado: según su artículo 1221, en efecto, los jueces están “sometidos solamente a la Constitución, a la ley y a su conciencia”. Tomado al pie de la letra, esto significa que la sujeción a la ley ha de interpretarse según el leal saber y entender del juez. Pero el artículo 1 de la misma Constitución impone a la jurisprudencia, y, por tanto, a los jueces, la obligación de someterse “al Derecho natural”, “a la ley moral natural” y a las “exigencias del bien común deter-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

minadas de acuerdo con el Derecho natural”. La cuestión sería saber si el juez puede, y hasta qué punto y de qué forma, hacer entrar en juego frente a la ley las “exigencias del bien común determinadas de acuerdo con el Derecho natural”, es decir, en definitiva, el “Derecho natural”, al que lo vincula el artículo 121; pero esto es precisamente lo que tendría que aclararnos la Constitución. Por eso mismo, queda todo sin aclarar. El problema de la “inconstitucionalidad” de una ley ha de someterse al tribunal de garantías constitucionales; pero queda por aclarar si significan lo mismo “inconstitucional” y “contrario al Derecho natural”.

No tiene nada de extraño que en la práctica de los tribunales se haya podido apreciar igualmente un tanteo inseguro en cuanto se trata de caracterizar la posición y responsabilidad de los jueces.

El Tribunal Supremo de Colonia²⁵ formuló en cierta ocasión esta frase: “El juez está sometido a la ley y tiene que aplicarla en todo caso mientras no se lo prohíba la ley moral general”. Por consiguiente, este alto tribunal niega la fuerza de obligar a las leyes que se opongan “a la ley moral general”, sin que por lo demás se nos diga qué es lo que ella comprende. El Tribunal Supremo de Bamberg²⁶ distingue entre “leyes crasamente inmorales” y “leyes contrarias al Derecho natural”, requiriendo la obediencia de los jueces para las primeras y la desobediencia con

25 *Neue Juristische Wochenschrift* (1949), págs. 473 y siguientes (475).

26 *Deutsche Richterzeitung* (1950), pág. 302, con comentarios de Welzel, pág. 303.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

respecto a las segundas. Pero está todavía por decidir la cuestión definitiva de cómo determinar esa diferenciación. El Tribunal Administrativo Occidental²⁷ declaró como no obligatorias las leyes de la zona oriental en cuanto fueron “puros actos de arbitrariedad” o “contrarias a los principios constitucionales” (¿se puede hablar en ellas de “principios”?), o bien “las que fueron contrarias a las buenas costumbres y a la finalidad de prescripciones jurídicas vigentes”. El Tribunal Administrativo de Wuppertal²⁸ no tuvo en cuenta en una ocasión la prescripción legal de aplicar la pena mínima del artículo 243, párrafo 2, del Código Penal, por considerar, según dice textualmente, que “las leyes no han de concebirse por más tiempo como algo rígido y totalmente inalterable, sin tener en cuenta para nada el sentimiento de justicia”, puesto que, continúa, está “por encima de la ley positiva la conciencia del deber absoluto del juez con respecto al Derecho y a la Moral y a sus conciudadanos, a los que tienen que juzgar”. Finalmente, el Tribunal Administrativo de Wiesbaden²⁹ declara que las leyes que “están en contradicción con el Derecho natural” eran “ya nulas al promulgarse”, y designa luego como leyes contrarias al Derecho natural las que violan principios “que están tan íntimamente ligados con la naturaleza y la esencia del hombre, que su negación equivaldría a destruir la naturaleza ético-cultural del hombre”.³⁰

27 *Deutsche Richterspruch*, I (181), folio 19, b).

28 *Deutsche Richterzeitung* (1947), pág. 343, con comentarios de Peters.

29 *Süddeutsche Juristenzeitung* (1946), pág. 36.

30 En cambio, está orientado en sentido plenamente positivista el Tribunal Supremo territorial de Hamburg. *Monatsschrift für Deutsches Recht* (1947), págs. 241 y sgs.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

¡Y con esto ya basta de ejemplos!

¿Qué es lo que nos enseña la inseguridad en la forma de expresarse las Constituciones? ¿Qué es lo que nos demuestra ese desamparado ir y venir entre los criterios objetivos y los subjetivos de las disposiciones citadas, y, por consiguiente, todo ese inseguro tantear en busca de palabras apropiadas a unas de valoración y a unas normas que nos sirvan para valorar el contenido de las leyes, poderlas presentar como “leyes que no son Derecho” y, por tanto, como no vinculantes para el poder judicial? Lo que inmediatamente se desprende es tan solo esto: que tanto los redactores de las Constituciones como los tribunales se mueven en un terreno que no les es familiar y que se enfrentan, ¡y hasta qué grado! con un problema no resuelto todavía.

No hay por qué maravillarse de esta inseguridad, puesto que la ciencia no ha proporcionado ningún punto de apoyo sólido.

El hecho de que Radbruch abandonara en 1946³¹ aun cuando, por lo demás, con extremadas precauciones, el punto de vista sustentado en la Filosofía del Derecho de 1932 naturalmente no pudo hacerle perder la vista su intuición fundamental. Sigue todavía buscando, en el caso de que la positividad de una ley esté en contradicción con la justicia, el dar en todos los casos corrientes “la preferencia al Derecho positivo, asegurado por su formulación legal y por la fuerza coactiva aún en los casos en

31 *Cfr.* nota 24.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

que –según su expresión– sea injusto en su contenido e inadecuado desde el punto de vista de la finalidad”. Se decide a negar a la ley positiva su obligatoriedad y su validez tan solo cuando “la oposición a la justicia alcanza un grado tan intolerable, que la ley, en cuanto Derecho defectuoso, debe ceder ante justicia”. Es, pues, una “cuestión de grado” el decidir si la oposición entre la ley y la justicia, podemos decir entre la ley y el Derecho, llega a tanto que anule la obligación de obediencia del juez y su vinculación a la ley. En sus trabajos de Filosofía del Derecho posteriores a 1946, Radbruch no terminó de desarrollar cómo se haya de resolver en concreto esta “cuestión de grado”; sólo da una orientación en su *Introducción a la Filosofía del Derecho*, y por cierto valiéndose de esta única expresión: el “Derecho natural”.³²

2. Derecho natural

¿Existe el Derecho natural? Tal vez mejor: ¿no existe un Derecho natural que nos proporcione con sus principios repletos de contenido los criterios de valoración para juzgar incluso las leyes? Este viejo problema tuvo que plantearse de nuevo. El “Derecho natural” estaba de nuevo en todos los labios. A veces se le manejaba como si se tratara de un asunto completamente seguro y esclarecido, a pesar de que las precauciones de Radbruch a este respecto eran suficientemente llamativas y deberían

32 Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1947, pág. 108. Hay traducción castellana de W. Roces, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (F. C. E.), 3a. edic., México, 1965. (N. del T.).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

haber supuesto un toque de alerta. Ciertamente hubo juristas prácticos, tales como Waldow, Ernesto Kern y Noldecke,³³ que negaron por completo su aprobación a todo intento de someter las leyes a una valoración iusnaturalista. Pero la fe en un Derecho natural manejable y utilizable era, en general, muy viva. La evocación del Derecho natural se hizo a veces con extremada ligereza, como nos lo muestran algunos de los juicios citados, o el artículo lo. de la Constitución de Renania–Palatinado. Se utiliza el vocablo como si se tratara de un concepto fijo, determinado en cuanto a su contenido; y se cree haber dicho bastante con proponer la exigencia de que las leyes concuerden con el derecho natural. Pero la cosa no era tan sencilla, como puso de manifiesto Helmut Coing³⁴ con su *Ensayo de una nueva fundamentación del Derecho natural*, del año 1947. Se trataba, desde luego, de realizar una tarea científica muy notable: facilitar el hallazgo de criterios valorativos concretos, que se presentaban como de Derecho natural y que debía ir más lejos que la propuesta de Radbruch, que no tenía más que un carácter indeterminado de pauta de orientación. De hecho, Coing llegó a establecer unos “principios supremos” como “contenido imprescindible de cualquier orden como principios fundamentales de carácter iusnaturalista venía a coincidir con lo que, de acuerdo con las exigencias políti-

33 Waldow, en *Monatsschrift für Deutsches Recht* (1948), pág. 338; Ernst Kern, en *Monatsschrift für Deutsches Recht*, (1949), pág. 137; Noldecke, en *Monatsschrift für Deutsches Recht* (1949), pág. 537.

34 Helmut Coing, “Die Obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturechts”. *Schriften der Süddeutschen Juristenzeitung*, H. 4, 1947.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

cas del momento en Occidente, en oposición a la arbitrariedad legal de los nazis y de los bolcheviques, iba a reconocer dos años más tarde la Ley Fundamental de Bonn como derechos humanos derivados de la personalidad moral autónoma. Con todo esto, Coing no había desembarcado en un continente iusnaturalista, ni había abandonado en modo alguno el terreno de lo históricamente condicionado, como pusieron de manifiesto los magníficos estudios sobre el Derecho natural llevados a cabo por Welzel³⁵ sobre las mismas fuentes, en su libro *Derecho natural y justicia material* y en el breve escrito *Sobre la conciencia errónea*. Con ellos tenemos la prueba fehaciente de que no puede haber un orden de los valores determinado en su contenido, derivado de la naturaleza humana. Según las ideas que Welzel expone de manera convincente, la existencia de principios evidentes del Derecho natural, accesibles sin más a cualquiera y sustraídos a los errores de los hombres, no pasa de ser una utopía. Con esto Welzel pronunció también la palabra decisiva para criticar todas esas fórmulas que como tan fáciles y tan evidentes se habían presentado, acogidas incluso por la jurisprudencia, y que se había aplicado o se habían propuesto para la valoración de las leyes. Sólo en el caso de que contáramos con una ética material de los valores que pudiera darnos una respuesta general, plena de contenido, “a la cuestión decisiva sobre los contenidos

35 Hans Welzel, “Naturrech und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie, 1951, Ed. española, *Derecho Natural y justicia material*, trad. de Felipe González Vicén, Aguilar, Madrid, 1957. (Actualmente agotada, se prepara nueva edición). (N. del T.) Del mismo autor: *Vom irrenden Gewissen (en la Col. Recht und Staat, H. 145)*, 1949.

justos de nuestras acciones”, y, de consiguiente, también de las acciones prescritas por las leyes, estaríamos en condiciones de poder conocer en concreto si un precepto legal es “inmoral” o “contrario al Derecho natural”. Pero es preciso considerar como fallidos todos los intentos de construir esa ética material valorativa de validez general.

V

1. Leyes que no constituyen Derecho

¿Hemos de darlo, pues, todo por perdido? ¿Termina todo en una duda nihilista? ¿Nos envuelven las olas de un mar de absoluta inseguridad? Ante la problematización de toda posibilidad de valoración jurídica suprallegal de las leyes positivas, ¿tendremos que arrojarnos en los brazos de un positivismo total, sin contar para ello con la justificación o con la tranquilidad producida por la fe en la ley, propia del siglo XIX?

Ciertamente, no sería nada bueno que así tuviera que suceder. Pero precisamente, Welzel sería el último en querer resucitar un resignado positivismo jurídico, sobre la base de la destrucción total de esa esperanza renacida en la certidumbre de unos principios de Derecho natural con contenido propio y capaces de proporcionar juicios de valor concretos. Pero nuestros propósitos no pueden ser de conquistar las estrellas, sino de asentarnos bien en una tierra firme y bien fundamentada y acomodarnos a nuestra situación histórica y a nuestros condicionamientos.

La posibilidad de que existan leyes que no constituyan Derecho es para nosotros un principio de una certeza

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

incontrovertible. A todos los argumentos teóricos conocidos hay que añadir las experiencias del Tercer Reich y los resultados a que se ha llegado en la zona oriental. Y a pesar del tenor de los textos de la Ley de Organización del Poder Judicial, artículo 1, y de la Ley Fundamental de Bonn, artículo 97, párrafo I, está igualmente fuera de duda que las leyes formales que no constituyan Derecho no pueden vincular a los jueces. Puesto que lo que se dice “obligar” sólo puede ser efecto del Derecho, y la fuerza de obligar de una ley sólo se puede derivar de su carácter “jurídico”. También una ley arbitraria, tras de la que se encuentre el poder de coacción del Estado, puede, naturalmente, “imponerse”. Pero, gracias a Dios, podemos, incluso desde el punto de vista del Derecho positivo, apoyándonos en disposiciones como la de la Ley Fundamental, artículo 20, párrafo 3, llegar a la conclusión de que semejante imposición no puede ser asimilada a lo que entienden las leyes fundamentales de Alemania Occidental por vinculación de los jueces. Aparte de la resistencia a tal imposición se derivaría ya de la adhesión a los principios del Estado de Derecho, que está implícita en todo nuestro Derecho constitucional de la Alemania Occidental.

Pero así como es muy fácil decir, de acuerdo con esto, que el juez sólo está vinculado al “Derecho”, y que, por tanto, en cuanto a las leyes que tiene que aplicar, sólo se entienden las que tengan carácter de “Derecho”, es decir, que en la Ley de Organización del Poder Judicial, artículo 1, y en la Ley Fundamental de Bonn, artículo 87, párrafo 1, en lugar de “ley” lo que tenemos que leer es “Derecho”

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

sin embargo, es muy difícil extraer conclusiones respecto al comportamiento práctico de los jueces que no equivalgan a atribuirles a éstos una excesiva prerrogativa.

Si el juez debe tener en cuenta una valoración crítica de las “leyes”, hay que atribuirle consecuentemente un derecho de revisión, que no se referirá tan sólo a la elaboración formal de la ley sin ningún vicio, sino también a su contenido material. No cabe duda de que, de acuerdo con nuestro Derecho constitucional, existe hoy ese Derecho de revisión. Pero revisión de una ley es lo mismo que valoración según una determinada medida. Y precisamente esta es la cuestión: dar con esa medida, después de haber reconocido que no resolvemos nada con expresiones como “Derecho natural”, “ley moral general” y otras por el estilo. Otra cuestión, aunque francamente mucho menos complicada, es la de si a cualquier juez puede encargársele de decidir sobre la obligatoriedad de una ley, o si tal decisión debe estar reservada tan sólo a determinadas instancias.

1. Vamos a tratar, en primer lugar, de la cuestión de la medida de valoración. Puesto que no contamos con principios de Derecho natural con contenido material ¿nos queda otra solución que encomendar la decisión a la conciencia jurídica subjetiva del juez? De hecho, Peters³⁶ y Rotberg³⁷ han visto en esto la solución. Sus famosas propuestas se reducen a esto: a que se permita desistir de la decisión de un caso concreto al juez que no pueda conciliar con su con-

36 Peters, “Das Gewissen des Richters und das Gesetz”, *Gegenwarts probleme des Rechts*, N. F. H. 1, 1959.

37 Rotberg, “Zu einem Richtergesetz”. *Beihefte zur Deutsche Richterzeitung*, H. 12, 1950.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

ciencia la aplicación de una determinada ley. En mi opinión, difícilmente se puede pensar una solución desacertada. Está desacertada incluso en su planteamiento: porque no se trata en absoluto de sacar al juez de un aprieto, sino de someter la práctica jurídica al dominio incondicional del Derecho y de evitar los daños que puedan producir una ley arbitraria, debida, por ejemplo, a la aplicación desmedida del principio de la mayoría. Esto no se logra dejando a los jueces que abandonen el estrado del tribunal.

2. No sirve de nada decir que se trata de juzgar críticamente las leyes valiéndose de un método objetivo que se deriva de la idea y de la esencia del Derecho. Porque nos preguntamos si eso es posible.

Tal vez pueda aducirse a este propósito que no se está pidiendo con esto a los jueces nada completamente nuevo y extraño. Sino que ya se les había atribuido anteriormente algo similar; por ejemplo, cuando se trata de las causas de justificación o de exención de responsabilidad que no están contenidas en la ley. El juez considera que ha de tenerlas en cuenta siempre que, a pesar de no haber ningún motivo legal de justificación o de exención de culpabilidad, ha de confesarse a sí mismo que la última palabra sobre el valor positivo o negativo de la acción no puede ser la simple comprobación de la subsunción del comportamiento bajo un tipo legal. Pensemos en el modo como un Tribunal del Reich, a propósito de un caso de interrupción de embarazo por indicación médica,³⁸ se desprendió de la legislación positiva entonces vigente

38 *Jurisprudencia del Tribunal del Reich en Asuntos Penales*, tomo 61, pág 242.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

(1927) y elaboró, valiéndose de consideraciones orientadas en un punto de vista muy abstracto y formal respecto a la distinción del proceder correcto e incorrecto, un principio de decisión, aplicable al caso concreto, del que se desprendía la justificación del médico acusado, no obstante la tipicidad del caso, de acuerdo con el artículo 218.

Ciertamente que no se emitió un veredicto negativo sobre el texto mismo del artículo 218, sino que simplemente se negó su aplicación a un caso concreto. Pero ¿por qué se negó esa aplicación? Tan sólo porque en ese caso no habría sido la realización del Derecho, sino de algo contrario al Derecho. Ahora bien, si por razones de justicia el juez puede negar la aplicación de una norma legal en unos casos determinados o incluso en grupos enteros de casos, es decir, considerarse libre en estos casos de su vinculación a esa determinada ley —y pocos serán los que hoy pongan en duda que podemos disponer para esos de procedimientos metódicos irreprochables—, entonces no hay por qué pensar que no deba haber también procedimientos semejantes para negar la validez de una ley en todos los casos igualmente por razones de justicia. Resulta muy útil referirse a esa tarea de creación de Derecho, llevada a cabo por la famosa sentencia de 12 de marzo de 1927, también por otra razón, a saber: porque dicha sentencia nos muestra que la valoración de una norma legal desde el punto de vista de la justicia presupone una elaboración jurídica muy sutil y complicada, que no puede sustituirse por tópicos generales. Esto es lo que se echa de menos, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Administrativo de Wuppertal: que se zafó de su

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

vinculación a la medida de la pena establecida por el artículo 234, párrafo 2, con simples palabras, al contraponer a la norma legal el “sentimiento absoluto del deber por parte del juez”, dejándonos a los demás el trabajo de pensar qué es lo que podemos subsumir bajo esa expresión.

No es eso. Tenemos que elaborar un método que haga posible una crítica de las leyes desde el punto de vista de la justicia dentro del más limpio proceder intelectual jurídico, tal como lo realizó de manera ejemplar el Tribunal del Reich sobre la base de un estado de necesidad supra-legal.

Dicho método tiene que partir, en primer lugar, de una pauta de orientación abstracta y formal, e incluso de un punto de vista material (no formal) de valoración incommovible, con cuya ayuda se elabore una opinión crítica respecto al objeto que se ha de valorar, siempre en la dirección marcada por aquella pauta de orientación. Esta pauta es la misma que nos sirvió anteriormente para la elaboración de un principio de decisión partiendo de las posibilidades de la justificación y de exención de responsabilidad supralegales, es decir, orientadas en la idea de la justicia. Se la pueda formular de distintas maneras. Por mi parte, continúo considerando como la mejor la fórmula de la teoría llamada “finalista”:³⁹ una acción es correcta jurídicamente cuando constituye un medio proporcionado, correcto, irreprochable para la consecución

39 Más detalladamente, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechts wissenschaft* (1929), págs. 350 y sgs., *Mitteilungen der Internat. Kriminalist Vereinigung*, Neue Folge, tomo 5 (Reunión de Essen), págs. 131 y sgs.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

de un fin recto. A la inversa, ninguna acción, ni siquiera del legislador, puede ser correcta jurídicamente si se propone un fin ya en sí mismo incorrecto, o si se propone conseguir un fin correcto con medios desproporcionados o incorrectos. Estas frases, pues, nos muestran la dirección en la que tenemos que buscar el principio de decisión necesario para la valoración crítica de una determinada ley. Naturalmente, ellas no constituyen todavía ese principio; puesto que son, y no pueden menos de serlo, de naturaleza puramente formal y abstracta, es preciso darles en cada caso un contenido con la ayuda de un punto de vista material (no formal) de valoración, que nos informe suficientemente sobre la “corrección” del fin perseguido por una determinada ley, así como sobre la “corrección” de los medios elegidos por el legislador. Este punto de vista valorativo sólo puede encontrarse en el campo de lo históricamente condicionado y sólo puede surgir del significado que tengan para nosotros las ideas y las costumbres en que vivimos, así como la cultura jurídica, todo sobre la base de nuestra formación de nuestro ambiente cristiano tradicional. Welzel plantea a este propósito la cuestión: “¿Hay al menos un bien concreto que haya que respetar en todas las acciones que se presenten?” Ese bien intangible considera Welzel que es violado en todos los casos en que un hombre queda rebajado al nivel de un objeto “que puede ser utilizado como simple instrumento de otros hombres”.⁴⁰

40 Welzel, *Naturrech und materiale Gerechtigkeit*, págs. 196 y sgs. También en *Vom irrenden Gewissen*, pág. 27, especialmente nota 71.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Yo me adhiero a estos puntos de vista, y por mi parte presupongo, como un *a priori* que ya no puede ser demostrado, que únicamente nos es posible a los hombres tener la vivencia de justicia cuando las leyes que regulan nuestra actuación, independientemente de su contenido, parten del respeto a esta “condición de personas” y no del puro “ser útil para un fin”. Pero ¿no estamos ya, en Alemania occidental, en la feliz coyuntura de que nuestro Derecho constitucional ha puesto este mismo principio como fundamento de lo que considera “Derecho” en el sentido de la cultura jurídica cristiano–occidental? ¿Y no se ha adoptado esta posición precisamente por razón de las experiencias que nos han suministrado los sistemas de fuerza totalitarios y que, en la zona oriental, todavía continúan suministrándonos a diario? La Constitución atestigua esa posición en el artículo 1, párrafo 1, con las palabras: “La dignidad del hombre es intangible. Todas las autoridades del Estado están obligadas a respetarla y protegerla”. Al formular más detalladamente los derechos fundamentales, como derechos existencialmente necesarios para el hombre, se concreta en la forma correspondiente a nuestra situación actual la idea fundamental de todo lo “jurídico”. De este modo, la misma Constitución proporciona el material del que se tiene que partir, al criticar el contenido de justicia de una ley, para elaborar el criterio de valoración necesario en cada caso, que nos sirva para obtener el principio de decisión del acto de crítica judicial. Se trata de un trabajo jurídico que hay que realizar con esmero y gravedad. Mientras tengamos en la misma Constitución ese material expresado en

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

intuiciones fundamentales cuya violación equivale a la negación del Derecho, podemos en realidad decir, según mi opinión, que inconstitucionalidad, en este sentido que acabamos de indicar, e injusticia, pueden considerarse entre nosotros como términos de idéntico significado.⁴¹

Una ley que atenta contra los fundamentos de lo justo no es Derecho y carece de fuerza de obligar; no puede presentarse como un deber obligatorio, sino tan sólo como una necesidad condicional. El deber de garantizar la justicia, que obliga al juez a establecer un Derecho auténtico y no una negación del mismo, le prohíbe aplicar ese tipo de leyes.

La ausencia del carácter vinculante de una ley puede provenir también, naturalmente, de otras razones. No es preciso que se trate siempre de una violación de estos últimos fundamentos de todo lo jurídico. Podría suceder, por ejemplo, que una ley sin fuerza de obligar, a la que el juez no está vinculado, aún cuando no es preciso que se trate inevitablemente de un contenido injusto. Pero si es la justicia en cuanto tal la que está en juego, entonces nos movemos en una posibilidad de violación de la Constitución que se deriva de la consideración de los derechos fundamentales, y preferimos pensar que tan sólo en casos raros y excepcionales nos encontraremos en esta situación.

41 Cfr. Jerusalem, en *Süddeutsche Juristenzeitung* (1950), columna 6; Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* (en la Col. *Recht und Saat*, H. 163-64), 1951; Apelt, en *Deutsche Richterzeitung* (1946), página 174.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Ahora bien, dado que la elaboración y la aplicación del criterio de valoración que debe extraerse de la idea de la anticonstitucionalidad de las leyes es una cuestión extraordinariamente difícil y de gran responsabilidad, está plenamente acertada la Ley Fundamental de Bonn al encomendar en su artículo 100 la responsabilidad de este difícil problema al Tribunal Federal de Garantías Constitucionales. Cada uno de los otros jueces de cara al problema de la justicia no tiene la solución en sus manos, sino tan sólo la posibilidad de hacer constar sus reparos. No podemos entrar en la consideración de la multitud de problemas que se agolpan en torno a esta cuestión. Pero no quiero dejar de expresar mi preocupación por la posibilidad de que el Tribunal Federal de Garantías Constitucionales se haya visto sobrecargado de trabajo y demasiado metido en la tarea normal de la justicia y de la política, en lugar de habersele limitado su función tan sólo a las últimas cuestiones más decisivas de la administración, reservando la capacidad de pedir su intervención solamente a las más altas instancias de la justicia y de la administración y dotándolo así de la más alta autoridad.

Voy a terminar. Si es cierto que el juez está vinculado al Derecho; que las leyes, cuando carecen de ese carácter de ser “Derecho”, no tienen fuerza de obligar, estamos ante nuevas perspectivas extremadamente importantes para la responsabilidad judicial y para sus posibles consecuencias. Puesto que al aplicar una ley injusta se hace una injusticia a aquel que sufre las consecuencias previstas en dicha ley, bien se trate de penas, de medidas de

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

seguridad o de otras cosas por el estilo, lo mismo que cuando un juez aplica equivocadamente una ley justa, por ejemplo, al castigar a un inocente, ¿puede haber, por tanto una obligación de responder por parte del juez de esa injusticia que él ha causado? La cuestión de la responsabilidad de Derecho público del juez por sentencia injusta, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, disciplinaria y política (artículo 98), párrafo 2 de la Ley Fundamental, adquiere así un nuevo aspecto, muy serio, en virtud de lo que acabamos de tener en cuenta respecto a la vinculación del juez al Derecho y a su obligación de adoptar una actitud crítica ante la ley. El señalar los límites en esta cuestión de manera viable a la par que justa, que garantice la independencia del juez al mismo tiempo que su ética profesional y su gusto por la tarea que realiza, ha de ser hoy en día más difícil que nunca. Pero precisamente los peligros que veo en esto me hacen pensar una vez más en lo que dijimos anteriormente respecto al positivismo legítimo del siglo XIX. En efecto, lo que resultaba magnífico en aquella época ya pasada del “positivismo legal” científicamente fundado era que los jueces tenían garantizada su independencia de la manera más absoluta con su tranquila sumisión a las leyes, de cuyo contenido no tenían por qué dudar de que era justo. Y no se nos va de la memoria esa división de competencias llena de sentido que le parecía natural al positivismo legal legítimo; de acuerdo con la cual el establecer leyes justas es asunto cuya responsabilidad incumbe al legislador. Hemos de felicitarnos del hecho de que el derecho de revisión material de las leyes ponga en

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

manos de la administración de justicia la posibilidad de controlar al legislador a este respecto; pero hay que hacer todo lo posible para que sea un acontecimiento extremadamente raro el que el resultado de esa revisión sea negativo. Pues apenas si se podrá dar mayor peligro para el buen nombre y para la independencia de la administración de justicia, que el que el pueblo llegue al convencimiento de que es competencia del juez corregir al legislador en cualquier ocasión, que el juez puede disponer de la ley y que se ha equivocado –tal sería la consecuencia que se sacaría siempre– todas las veces que la aplicación de una ley traiga consigo un resultado no deseable por una razón o por otra.⁴²

2. Leyes justas responsabilidad del legislador

Es el legislador el que tiene que procurar, por el modo de establecer las leyes positivas imprescindibles, no sólo que la aplicación correcta de la ley sea garantía del “Derecho”, sino también que lo comprenda y acepte así la opinión pública, que debe ser exigente con la administración de justicia. Si queremos que la profesión judicial no tenga que cargar con una responsabilidad insoportable, es de la máxima importancia, en medio de los intereses de los partidos y de la falta de escrúpulos con que se defienden esos intereses, agudizar el sentido de responsabilidad de los políticos encargados de dar las leyes y llevar al convencimiento de la opinión pública y de sus dirigentes más o menos naturales que no se puede tener al juez como chivo expiatorio de los fallos del legislador. Un

42 Sobre esto, Bockelmann, *ob. cit.*

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

Estado de Derecho democrático, que quiera diferenciarse de la tremenda deformación de la democracia que nos ofrece el bloque oriental, tiene que estar montado sobre leyes que, como emanaciones de la justicia, correspondan a las antiguas exigencias de Montesquieu y de sus herederos espirituales. Hemos de procurar que la legislación se encuentre en esa situación, para que de ese modo podamos decir:

¡El positivismo ha muerto! ¡Viva el positivismo!