

SOBRE LA CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO EN EL DERECHO ALEMÁN

Walther J. HABSCHIED*

SUMARIO

I. *Introducción al tema.* II. *La revalorización del juez frente a la ley codificada.* III. *Los límites de la emancipación del juez.* IV. *Opinión personal.* V. *Observaciones finales.*

I. *Introducción al tema*

En su reciente sentencia en el caso Soraya, el *BVerfG*¹ ha determinado que la jurisprudencia de los tribunales civiles, referente a la indemnización de daños inmateriales por violación del derecho general de la personalidad, es compatible con la constitución:

En 1961 un semanario popular, *Das Neue Blatt mit Gerichtswoche*, había publicado una entrevista de carácter exageradamente sensacionalista, que —según dicha revista— se le había hecho a la princesa Soraya. La entrevista era en su totalidad pura invención. La princesa presentó demanda y los responsables fueron condenados solidariamente al pago de una indemnización de 15.000 marcos. Después de haber confirmado la sentencia el *BGH*, la parte condenada recurrió al *BVerfG*, reclamando entre otras cosas la violación del principio de la vinculación del juez a la ley, formulado en el artículo 20 *GG*: § 253 *BGB* sólo permite la condena al pago de una indemnización por daños inmateriales en casos de excepción, enumerados por la *lex scripta* en los §§ 847, 1300 *BGB*, y en la especie a todas luces no existía tal caso.

El *BVerfG* desestimó este criterio, considerando como constitucional la creación del derecho efectuada por los tribunales civiles con el fin de sancionar la violación del derecho de la personalidad. En su deliberación expuso:

La función de la jurisprudencia puede requerir sobre todo, que los valores, immanentes en el ordenamiento jurídico constitucional sean puestos de relieve en un acto de cognición y valoración... y sean realizados en los pronunciamientos... La decisión judicial llena (aquí) un vacío conforme a las reglas de la razón práctica y orientándose en los conceptos de justicia consolidados en la sociedad.²

* Profesor de las Universidades de Würzburg, Alemania; y Ginebra, Suiza.

¹ Sentencia del 14 de febrero de 1973, *BVerfG* 34, pp. 269 y ss.

² Véase también *BVerfG* 9, 338 (349).

Esta competencia del juez para la creación y evolución del derecho, confirmada nuevamente en la citada sentencia del *BVerfG*, es un problema antiquísimo en la jurisprudencia y la doctrina. El juez no ha sido en ningún tiempo un simple autómatas de deducción y subsunción, sino que siempre ha sido su destino crear y perfeccionar el derecho. Portalis, en su famoso *discours préliminaire*,³ ya hablaba de una “*inevitable imperfection du droit légal*” y Eugen Huber, el autor del Código Civil suizo, solucionó el problema de las lagunas en el derecho en el célebre § 1, II del Código Civil helvético, en el cual estableció, que en caso del silencio o insuficiencia de la ley, el juez decida de tal manera, como hubiera decidido, si hubiera estado en el lugar del legislador.⁴ Finalmente el *BGB* en su primera versión un § 1, que decía así:

“En asuntos, para los cuales la ley no contiene normas aplicables se aplicarían analógicamente las disposiciones previstas para casos jurídicamente parecidos. A falta de tales disposiciones, tendrán vigencia los principios, que surgen del espíritu del ordenamiento jurídico general.”

Más tarde, esta disposición fue suprimida por una segunda comisión no para negar la validez de los principios allí formulados, sino en tanto fue considerada como superflua.

Claro que —aun siendo antiguo nuestro problema— no se puede negar que últimamente se ha producido un cambio de tendencia en la actividad judicial, alejándose ésta cada vez más de una mera aplicación de la ley, en el sentido de una simple subsunción de los hechos verificados bajo una disposición legal más o menos perfecta y orientándose hacia el hallazgo o descubrimiento (*Rechtsfindung*) de la norma y en esa forma hacia una creación del derecho.

II. La revalorización del juez frente a la ley codificada

Esto representa una revalorización del juez frente a la ley codificada. ¿Cuáles son las causas de esta revalorización? A mi modo de ver existen cuatro:

1) *La jurisprudencia ha realizado un desarrollo importante* desde un origen meramente conceptual hacia la llamada jurisprudencia de intereses, para terminar finalmente en una jurisprudencia de valoración. El juez debe penetrar a fondo en los razonamientos y pensamientos del legislador e incluso tiene que procurar perfeccionar y evolucionarlos. Esto exige el despliegue de una actividad que sobrepasa en mucho la cognición mediante la pura razón práctica.

2) *También las leyes envejecen.* Por lo tanto se originan lagunas en el derecho, que el juez debe colmar. La creencia tradicional del siglo XIX, que la ley es la razón sin límites temporales, se ha mostrado tan ilusoria

³ Véase en Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, tomo 1.

⁴ Véase, v.gr., también la disposición en art. 6 del Código Civil español.

como la esperanza de los autores del *BGB*,⁵ que el legislador podría lograr por lo menos aproximadamente una consonancia entre las normas establecidas por él y las circunstancias externas aun cuando éstas estuvieran cambiando.

El caso mencionado en un principio es un ejemplo de lo expuesto: En verdad el legislador quiso una vez reglamentar la cuestión de la indemnización de daños inmateriales por violación del derecho de la personalidad. Pero bajo el “bombardeo” de la prensa —obviamente interesada por causa propia— perdió los ánimos para una reforma. Por eso fueron los tribunales, los que por sí solos tuvieron que llevar la carga de evolucionar y perfeccionar el derecho, ya que a final de cuentas es su obligación esencial en un Estado de derecho, que es lo de pronunciar sentencias *justas*.

3) *El avance de la ética en el derecho*. El valor ético del derecho ha experimentado un notable incremento a causa de la positivización de postulados jurídico-naturales en las constituciones alemanas de la posguerra,⁶ particularmente en la Constitución de Bonn. Los que anteriormente eran valores puramente éticos, como verbigracia la “dignidad humana”, el “desenvolvimiento libre del individuo”, la “libertad de conciencia y culto”.⁷ la “igualdad ante la ley”, se han convertido en conceptos jurídicos,⁸ que por vía del “efecto de los derechos fundamentales hacia terceros”⁹ deben ser observados también en el derecho civil. Asimismo, la decisión de un Estado social y de derecho trae consigo un enriquecimiento ético de nuestra ordenación jurídica.

4) *La mayor acentuación de la equidad*. El avance de la ética en el derecho ha conducido —con ayuda de las cláusulas generales y las disposiciones discrecionales, verbigracia en § 242 *BGB* y §§ 286, 287 *ZPO* a una mayor acentuación de la equidad, en el sentido, de que al juez se le concede cierta flexibilidad e incluso potestad discrecional también en la determinación de las consecuencias jurídicas previstas. Pero, aunado a ésto, el legislador autoriza al juez más y más a la *regularización* del caso en lugar de la *decisión* del conflicto, según la máxima del “todo o nada”; es decir, que el juez obtiene la facultad de elegir según criterios equitativos entre varias soluciones concebibles.¹⁰ Sólo quiero mencionar aquí la *Haus-*

⁵ Motive zum *BGB*, tomo 1, p. 7.

⁶ Como aclaración hay que precisar, que también los *Länder* poseen su propia constitución.

⁷ Sobre la obligación contractual y conflictos de conciencia véase Bosch-Habscheid, *JZ*, 1954, 213 y 1956, 297; A. Blomeyer, *JZ*, 1954, 309; Wieacker, *JZ*, 1954, 466; H. Kaufmann, *AcP* 161, 289; Habscheid, *JZ*, 1964, 246.

⁸ Véanse los arts. 1-4, *GG*.

⁹ Véase Laufke, “Vertragsfreiheit und Grundgesetz” en *Libro homenaje a H. Lehmann*, tomo 1, p. 145.

¹⁰ Véase, v. gr., Bötticher, “Regelungsstreitigkeiten”, en la *Publicación de homenaje a Lent*, 1957, pp. 89 y ss.

*ratsverordnung*¹¹ y la proyectada modificación del derecho de indemnización, donde se intenta conceder al juez la facultad de adjudicar, en casos de culpa leve por los daños sufridos, una suma que no cubre adecuadamente la totalidad de los perjuicios causados por el transgresor.¹²

III. Los límites de la emancipación del juez

Entre juristas realmente no debería haber disputa, sobre la justificación del cambio citado en la relación entre la ley y la judicatura. Esta evolución resulta en parte del refinamiento de la metodología jurídica y de la "naturalidad del objeto", y es en parte también consecuencia de la voluntad del legislador constitucional.¹³

Pero queda aún la pregunta, *hasta dónde* puede llegar la libertad del juez dentro del desarrollo del derecho. En esta pregunta también está incluida la problemática de los límites constitucionales de la emancipación del juez frente a la *lex scripta*.

1) *Empecemos con los criterios juridicopolíticos y metodológicos:*

a) Se encuentra allí, por un lado, el postulado de la *igualdad jurídica*, que exige el cumplimiento riguroso de la *lex scripta*, y, por el otro, la aspiración de conseguir un fallo, que se ajuste en lo máximo a las particularidades de cada caso y que exige un juez en lo posible exento de vinculaciones. Sin embargo, sería un error inclinarse, con base en estas tesis, por una jurisprudencia que se oriente exclusivamente en el caso en cuestión. Esto conduciría forzosamente a una desigualdad jurídica, y —por más que el peticionario ambicione un fallo ajustado a las particularidades de su caso— se puede observar que en nuestra nación se ha conservado una muy fuerte convicción: la de que todo mundo debe ser tratado igual por la justicia. Además, sólo la vinculación a la ley —si es posible, a su significado literal— asegura la posibilidad de predeterminar las decisiones judiciales, lo que a su vez tiene como efecto secundario favorable el que frecuentemente las partes convengan amigable y pacíficamente, sin recurrir a los tribunales.

En otras palabras: Una jurisprudencia que hace justicia empleando únicamente, o en gran parte, criterios equitativos, *precisamente no es equitativa*. La equidad "tiene su precio".¹⁴

¹¹ Decreto sobre el mobiliario doméstico, que concede el juez después de un divorcio la competencia de repartir según su libre apreciación el mobiliario doméstico entre los cónyuges, si ellos mismos no llegan a un acuerdo.

¹² § 255a, *BGB* del "Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften", 1967; véase Esser, *Schuldrecht*, 4ª. ed. tomo I, § 40, II, 4.

¹³ Véase en contra Hans-Heinrich Rupp, "Die Bindung des Richters an das Gesetz", *NJW*, 1973, pp. 1760 y ss.

¹⁴ Véase Gernhuber, "Die Billigkeit hat ihren Preis" en *Summum ius, summa iniuria* (discursos pronunciados por miembros de la Facultad de Derecho de Tübingen), 1963, pp. 205 y ss., 213.

Así pues, la solución está metodológica, jurídica y políticamente en medio de los dos extremos: el postulado de la igualdad jurídica por un lado, y el afán de conseguir un fallo ajustado al caso particular por el otro y que deben ser unidos conjuntamente. El legislador tiene que proporcionarle al juez cuando menos criterios de enjuiciamiento, que sean jurídicamente revisables y a los que el juez esté sujeto. Estos criterios los tenemos en las cláusulas generales y en los estatutos de rango superior, es decir, sobre todo en la constitución.

b) Esta vinculación del juez no sólo es necesaria, porque únicamente así se puede impedir “una jurisprudencia sin brújula”. También es de una trascendencia semejante la tarea de juzgar sin necesidad de orientación en los arquetipos reconocidos generalmente o implantados por el legislador, ya que merma la autoridad y el “carisma”¹⁵ judicial, requisitos que el juez necesita hoy más que nunca, en vista de la creciente importancia de su oficio. Además, sólo mediante una vinculación jurídica se puede garantizar la objetividad y también la independencia del fallo, ya que ésta protege al juez contra el peligro de sugerencias externas.

Sobre esto se debería reflexionar, cuando se escuchan estos tópicos modernos —pero peligrosos— que califican al juez de “médico o ingeniero social”.¹⁶

2) La competencia del juez de crear el derecho y con eso la alternativa “libertad o vinculación del juez” se muestra a nivel *constitucional como un problema de la separación de los poderes públicos*. El *BVerfG* ha aclarado de nuevo esta conexidad en la decisión mencionada en un principio.

Son tres los criterios que hay que observar a este respecto:

a) *Interpretación extensiva y analogía*. Nos encontramos aquí en un terreno donde se plantean, por lo que al derecho constitucional se refiere, pocos problemas. Partiendo de la máxima de que en el derecho no deben existir lagunas, la interpretación extensiva y la integración mediante la analogía han sido siempre reconocidas —por lo menos en el derecho civil— como instrumentos válidos para la aplicación jurídica. Se trata simplemente de la cuestión de buscar y aplicar la *ratio legis* en un caso concreto. La vinculación a la ley, ordenada por la constitución, no se pone aquí en duda.

Sin embargo, quiero aclarar que por *ratio legis* no entiendo el significado que el legislador histórico quería otorgarle a la norma legal (sin quererme pronunciar aquí contra una interpretación que se orienta en las intenciones del legislador histórico; sería reducido aquí el espacio para tratar este problema), sino el “fin normativo y objetivo” de la ley, el cual hay que reconocerlo, puede cambiar. Bajo este punto de vista, considero

¹⁵ Véase Zweigert, “Zum richterlichen Charism in einer ethisierten Rechtsordnung” en *Homenaje a Carlo Schmid*, 1962, pp. 299 y ss.

¹⁶ Sobre la calificación de “médico social”, véase v.gr. Rasehorn, *JZ*, 1970, 735; además cit. 18-20; con respecto al ingeniero social Zweigert, *Die Zeit*, del 21.2.1969, p. 56.

como enteramente justificada, verbigracia, la interpretación usual concerniente a la asociación sin capacidad jurídica, mediante la cual se ha conseguido una asimilación entre ésta y la asociación con capacidad jurídica, entre otros, verbigracia, en la responsabilidad por deudas.¹⁷

b) *Hallazgo o descubrimiento de la norma intra y praeter legem*.¹⁸ Nos encontramos aquí en un terreno donde el desarrollo del derecho se efectúa dentro de un espacio exento de normación, mediante un acto autónomo de determinación judicial: en la aplicación jurídica *intra legem* por medio de la concretación de conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales; en la aplicación jurídica *praeter legem* mediante la creación de normas nuevas en concordancia —y no en contraposición!— con la ley.

En estos casos —más frecuentes, en estos tiempos sometidos a cambios permanentes que antes—, el legislador tiene el deber de hacer uso de su derecho de codificación. Porque el principio de la separación de los poderes públicos contiene también el mandamiento, que entre las distintas autoridades estatales debe haber una “división de trabajo” en el sentido, de que cada uno de sus representantes debe cumplir con aquellas tareas, para las cuales está predestinado, sea por la naturaleza del asunto o por su mayor preparación. Mas en el círculo jurídico continental-europeo el decretar normas con fuerza obligatoria para la generalidad es únicamente misión de las cámaras parlamentarias.

Pero, ¿qué ocurre, si el legislador no cumple con su deber legislativo? De la cognición, que en un Estado de derecho no es tolerable una denegación de justicia, no sólo resulta, que el principio de la separación de poderes no puede estar en contra del desarrollo del derecho *praeter* o *intra legem*, sino también, que el juez —precisamente porque tiene que decidir el caso— debe proceder a la creación del derecho. Claro que no goza de una libertad total. El juez debe extraer la premisa mayor de su sentencia —por decirlo así—, del “espíritu del orden jurídico” de manera, que pueda ser reconstruida y revisada por otro juez. Además tiene que evitar contradicciones valorativas con normas legales; esto no sólo lo exige el principio de la “unidad del orden jurídico” sino también la —bien concebida— primacía de la ley.

El derecho creado de esta manera por el juez es todavía *case law* en el sentido más estricto, es decir, que únicamente tiene relevancia dentro del

¹⁷ Véanse p.e. *RGZ*, 90, 173, 176; 143, 212, 215. Es éste un problema de cierta relevancia en el derecho alemán, ya que según § 54, *BGB*, son aplicables a la asociación sin capacidad jurídica las normas sobre la sociedad (§ § 705 y ss., *BGB*): Esto significaría para sus componentes, que tendrían que responder personal y solidariamente por las deudas de la asociación, lo que va claramente en contra de la voluntad de cualquier individuo que quiere formar parte de una asociación, v.gr., de un club deportivo. Por esta razón la jurisprudencia ha limitado la responsabilidad al patrimonio de la asociación. Esto ya significa un auténtico desarrollo del derecho.

¹⁸ Véase Habscheid, en Habscheid-Pötter, *Beiträge zum Richterrecht*, 1968, pp. 20 y ss.

caso sentenciado. Mas su poder de convicción aumenta, si se transforma en jurisprudencia firme. Pero también ésta es reversible. Sólo quiero evocar aquí la jurisprudencia referente a la repetición de la acción de divorcio por abandono de la comunidad doméstica,¹⁹ según la cual se permitía *praeter legem* la repetición de una demanda rechazada después de tres años o más de separación. Esta jurisprudencia fue confirmada constantemente por el *Reichsgericht*,²⁰ pero más tarde abolida durante la posguerra.²¹ El derecho creado *praeter legem* adquiere tan sólo *obligatoriedad general*, si se convierte en derecho consuetudinario. Un ejemplo para esta transformación es la institución de la transmisión de propiedad en garantía.²²

c) Estas observaciones sobre la calidad jurídica del “derecho jurisprudencial” tienen igualmente vigencia para el descubrimiento o hallazgo de la norma *contra legem*. Pero aquí nos interesa sobre todo la cuestión, si el juez puede sobreponerse a las decisiones del legislador.

Existen autores, que se expresan absolutamente en contra de una creación jurisprudencial del derecho, si ésta modifica la ley vigente. Aquí quiero limitarme a una corta reseña de la discusión actual.

Se puede decir, que ha sido Hans Joachim Hirsch, quien se ha pronunciado últimamente y de manera fundamental y absoluta contra toda clase de creación de derecho *contra legem*.²³ un derecho, creado así por los tribunales, minaría la moral de la legislatura, consistente en sentirse responsable por el estado del orden legal. Porque, si el legislador pudiera tener la certeza, de que la jurisprudencia reacciona en todo caso y a tiempo, tendría una tentación casi irresistible de dejar correr las cosas por su propio cauce. Una sentencia en la cual se dice que la demanda debe ser rechazada, porque el legislador todavía no ha realizado las reformas necesarias, sería —siempre según Hirsch— mucho más provechosa para el funcionamiento del organismo del orden jurídico, que aquella que trata de solucionar la cuestión sin más tardanza, mediante la creación jurisprudencial del derecho; por eso Hirsch no vacila en considerar como intangible la voluntad legisladora, tal como se presenta en la disposición legal. Hirsch no sólo niega, que en los últimos tiempos se hayan producido casos, en los que una corrección de la ley por parte del juez hubiera sido oportuna, sino que incluso cree, que también para el futuro no se podría divisar tal necesidad, ya que siempre quedaría aún el derecho consuetudinario —capaz también de derogar la ley— como reglamento suficiente.

Menos rígido se presenta el punto de vista de Werner Flume, expuesto

¹⁹ § 48, *Ehegesetz* (ley de matrimonio).

²⁰ Tribunal Supremo del Reich.

²¹ Véase Habscheid, *Die Wiederholung der abgewiesenen Heimtrennungsklage. Ein Beitrag zur Lehre der Rechtskraft und Präklusion im Eheprozess*, 1953.

²² Véase, v. gr., Lange, “Lage und Zukunft der Sicherungsübereignung”, *NJW*, 1950, pp. 565 y ss.

²³ *JR*, 1966, pp. 334 y ss.

durante el Congreso Alemán de Juristas 1966.²⁴ Hay que, así dice Flume, distinguir entre cuestiones que afectan al jurista “como tal”, es decir, en su calidad de profesional de derecho, y otras cuestiones. Partiendo de esta distinción, Flume estima como ilícita toda creación modificadora del derecho, si finalmente se oculta detrás de ella a determinación o reforma de “relaciones sociales”, porque aquí, en la determinación de fines no jurídicos, el juez sólo puede tener las mismas competencias que cualquier otro ciudadano. En cambio considera al jurista competente para crear el derecho, si la modificación de la norma en particular resulta del conjunto del derecho positivo, porque en este caso sería precisamente el derecho, quien ordena la decisión judicial oportuna.

Cuatro años después —en el 48. Congreso alemán de Juristas en Maguncia (1970)— cambió totalmente el escenario. Raschorn,²⁵ Wassermann²⁶ y Wiethölter²⁷ pusieron en duda la función tradicional de los tribunales; *postularon*, que las “estructuras autoritarias y jerárquicas” deben ser relevadas por una politización y “sociologización” de la autoridad judicial; y exigieron que no sea un juez vinculado a la ley y al derecho, quien deba decidir sino que un “médico o ingeniero social”, exento de la vinculación a la ley “rígida”, está llamado a solucionar los conflictos sociales. Luego Walter Richter —probablemente influido por estas publicaciones— había opinado en su dictamen²⁸ para el citado congreso, que el juez ocupa hoy en día una

posición independiente entre el individuo y la sociedad, cuyas expectativas respecto a la creación de un espacio máximo de libertad para todos debe satisfacer y cuyas expectativas respecto al desarrollo de estructuras sociales, que suprimen al individuo, debe combatir con todos los recursos que el derecho ofrece.

En esto —continúa así Richter— “ya no tiene a su disposición valores materiales, que le sirva de regla o escala, sino que tiene que pronunciar su decisión *hic et nunc* y responder por ella...”

Ahora bien, no quiero decir con esto, que un jurista tan experto como Walther Richter se haya convertido en un propugnador de la tendencia

²⁴ 46, *Deutscher Juristentag*, tomo II, parte K, pp. 12 y ss.

²⁵ Véanse, v.gr., sus publicaciones “Über den langen March des kritischen Denkens durch die Institutionen der Justiz” en: Wassermann (editor), *Justizreform*, 1970, pp. 32 y ss.; “Unabhängige Richter oder Justizbürokraten”, *JZ*, 1970, pp. 574 y ss.

²⁶ Véanse, v. gr., sus publicaciones “Erziehung zum Establishment” en: Wassermann (editor), *Erziehung zum Establishment*, 1969, pp. 35 y ss.; “Der neue Richtertyp” en: Wassermann (editor), *Justizreform*, 1970, pp. 11 y ss.

²⁷ Véase Wiethölter, *Rechtswissenschaft*, 1968; además en Wassermann (editor), *Erziehung zum Establishment*, 1969, pp. 3 y ss.

²⁸ 48, *Deutscher Juristentag*, dictamen F, “In welcher Weise empfiehlt es sich, die Ausbildung der Juristen zu reformieren?”

siociológica.²⁹ Pues, él mismo subraya en otro pasaje de su dictamen la necesidad, “de no ceder frente a las peticiones que respectiva y momentáneamente circulan en público”. Por el otro lado no se puede pasar por alto, que él afirma ahora, lo que Flume había negado cuatro años antes: la competencia de reformar las “relaciones sociales”. También hay que mencionar, que Richter no califica al juez de órgano estatal, sino que lo sitúa “entre el individuo y la sociedad”, donde debe satisfacer las “justas” expectativas allí existentes. Finalmente, casi es atemorizante su afirmación que este juez “ya no tiene a su disposición reglas o escalas materiales” en su actividad de crear el derecho.

IV. Opinión personal

Con esto, creo, que debo exponer mi propio punto de vista. Según éste, el juez tiene la facultad de crear el derecho, incluso *contra legem*, pero no tiene la competencia de un “médico o ingeniero social”, más o menos libre de toda vinculación, sino la de un órgano estatal, que recibe su poder del pueblo, es decir, del soberano de la democracia, y al que este soberano le ha concedido una independencia, pero una independencia ligada a la ley y al derecho.

Por esta razón, el juez debe estar vinculado también, en su labor de crear el derecho —incluso *contra legem*—, a las normas de rango superior, al conjunto del ordenamiento jurídico y sobre todo a sus valores materiales básicos.

1) Incluso, Hirsch reconoce que *in casu* una decisión *contra legem* puede ser codificable. Pero él sacrifica al ciudadano a la razón de Estado, cuando dice, que la aplicación de una ley anticuada y por esta causa injusta sería mejor aún —para la comunidad—, que dejar la corrección de la ley en manos del juez. Semejante modo de pensar contraviene a mi entender al concepto del Estado de derecho, el cual no permite, que *ius* se convierta en *iniuria*. Además, Hirsch no tiene en cuenta que el derecho consuetudinario derogatorio no puede ser un correctivo suficiente; porque, ¿cómo se puede desarrollar actualmente en la práctica moderna un derecho consuetudinario, si no es por vía de la costumbre judicial?, ¿si no es mediante la creación jurisprudencial del derecho *contra legem*? Por lo menos no me parece impugnabile la siguiente deliberación. No se podrá afirmar que el desarrollo del derecho, realizado en contradicción a la voluntad del legislador histórico, se mantenga dentro del significado del texto legal, sea por ello lícito, en tanto que sea ilícito aquél, que excede del texto legislativo o incluso le es contradictorio. Porque entonces todo dependería de la eventualidad de si el legislador pudiera formular sus pensamientos con precisión y claridad o, si lo hubiera hecho de manera ambigua. Mas tales

²⁹ Véase sobre la controversia con Richter: Habscheid, “Zur Aufgabe der Gerichte im sozialen Rechtsstaat” en: *Festschrift till Per Olaf Ekelöf*, 1972, pp. 283 y ss.

eventualidades —aunadas a que también el significado de un texto legal puede ser alterado con el tiempo— no pueden ser decisivas.

Por lo tanto soy de la opinión, que el juez tiene la facultad de desarrollar el derecho *contra legem* y que ésta precisamente resulta de la misión, encomendada a los tribunales, de impartir justicia. Un fallo judicial —y aquí cito a Günter Less—³⁰ cuyo contenido es contrario a la “conciencia jurídica general” no puede cumplir ni con su función de impartir justicia, ni con su función de ordenamiento. Una decisión así provoca inquietud y confusión en la publicidad, mina la confianza en la autoridad judicial y destruye el respeto ante el ordenamiento jurídico, incluso más que una decisión ilegal. Aquí es válido todavía, lo que Wilhelm von Humboldt ya había escrito hace más de 150 años en su obra *Über die Grenzen der Wirksamkeit des Staates*:³¹ pero deja totalmente de ser provechoso, si se sacrifica al hombre en beneficio del ciudadano”. Esto también como réplica a Joachim Hirsch.

2) Pero, ¿existe una casuística, que nos diga, cuales son los límites del desarrollo del derecho *contra legem*? la observo en lo siguiente: la creación del derecho, incluso contra la ley, es solamente lícita en cuatro casos:

- a) desarrollo del derecho *contra legem sed intra constitutionem*;
- b) leyes, que se han convertido en obsoletas con el transcurso del tiempo;
- c) reglamentación legal desacertada;
- d) antinomia entre la norma legal y la ética jurídica.³²

Por lo demás el juez está ligado estrechamente a la ley. Permítaseme aclarar esto detalladamente:

a) *Desarrollo del derecho contra legem sed intra constitutionem*. Si excluimos por razones de espacio la cuestión del control incidental de normas por el *BVerfG* mediante la presentación según artículo 100 *GG* y el recurso de inconstitucionalidad,³³ será entonces únicamente el juez, quien tiene verdaderamente la obligación de corregir la ley, si la reglamentación de una norma legal, que ha sido promulgada anteriormente a la constitución,³⁴ es contradictoria a una determinación constitucional.

³⁰ *Vom Wesen des Richterrechts*, 1954, pp. 81 y ss.

³¹ *Sobre los límites de la actividad del Estado* (reimpresión), Nürember, 1946, p. 81.

³² Más detallado en mi publicación (cita 18), pp. 28 y ss.

³³ El art. 100 *GG* ordena lo siguiente: si un juez considera como anticonstitucional una ley, cuya validez o invalidez sería decisiva en el caso concreto, tiene que suspender el procedimiento y pasar el caso al *BVerfG*; es decir, que en un caso así no es el juez de instancia sino el *BVerfG*, el que tiene la competencia de declarar una ley inconstitucional y nula. Pero, según la opinión reinante el art. 100 *GG* sólo tiene validez, si se trata de leyes, que son posteriores al *GG*, mientras las anteriormente promulgadas pueden ser corregidas o declaradas nulas también por el juez de instancia. Finalmente el *BVerfG* puede invalidar una ley o parte de ella también con motivo de un recurso de inconstitucionalidad (art. 93, núm. 4a, *GG*), el cual puede ser promovido por cualquier ciudadano, si afirma haber sido vulnerado por la autoridad estatal en sus derechos constitucionales.

³⁴ Véase cita anterior.

Esto es, lo que ocurrió también en el caso mencionado al principio de este trabajo. Después del reconocimiento constitucional del derecho general de la personalidad resultó, que el ordenamiento de los §§ 253, 847, 1300 *BGB* —indemnización por daños inmateriales únicamente en caso de daños corporales o de la salud, de violaciones de la libertad y finalmente en el caso de la novia abandonada— era contradictorio a la decisión constitucional de los artículos 1, 2 *GG*; disposiciones que exigen una protección efectiva de este derecho precisamente también por parte del derecho civil. Aquí, pues, el juez estaba llamado a hacer una corrección de la ley.

Admito, que igualmente se podría solucionar estos casos de concretación de normas constitucionales mediante la regla del rango superior del derecho constitucional, es decir, con ayuda de una mera técnica de aplicación jurídica. Pero de esta manera tampoco se puede ignorar, que el § 253 *BGB* ha sido “*modificado*”. Sin embargo, una modificación realizada, y aquí se observa claramente la vinculación al conjunto del ordenamiento del derecho civil, recurriendo a la máxima —únicamente restringida por § 253 *BGB*—, señala que en principio el transgresor tiene que indemnizar todos los daños, incluso los inmateriales, si no *naturaliter*, en todo caso por lo menos, por medio de una indemnización pecuniaria. Richter acerca del juez, que —según él— ya no tiene valores materiales a su disposición, hay que hacer constar entonces lo siguiente: aún en nuestros tiempos existe una convicción jurídica general y obligatoria. Los valores materiales de nuestro orden jurídico se encuentran en la constitución o acaso ¿no son valores materiales la dignidad humana, el libre desenvolvimiento de la personalidad, la libertad religiosa, el amparo de la familia y del matrimonio, el reconocimiento de la libertad de expresión, la protección contra la expropiación arbitraria?

Me parece, que en la aplicación y realización de estos valores, también contra la ley, existe aún un extenso campo de actividades para nuestros tribunales.

Quisiera intercalar aquí aún lo siguiente: Cuando el tribunal constitucional federal invalida una disposición legal por quebrantamiento de una norma constitucional, surge una laguna en el derecho, que debe ser colmada por medio de una creación del derecho *praeter legem*. Después de la derogación de los §§ 1628, 1629, I *BGB*, que otorgaban al padre el voto decisivo en asuntos entre padres e hijos, la jurisprudencia referente a la competencia para determinar la competencia del juez tutelar nos ha mostrado, que los tribunales han sabido cumplir esta tarea.³⁵

³⁵ El *BVerfG* anuló los §§ 1628, 1629, I, *BGB* (véase en *NJW*, 1959, 1483) por ser contrarios al principio de igualdad de derechos entre hombre y mujer (art. 3, II, *GG*). Mas el legislador no reaccionó y hasta el momento no existe norma alguna que determine como se ha de proceder, si entre los padres no hay acuerdo en el ejercicio de sus obligaciones y derechos paternales. La jurisprudencia ha colmado esta laguna, otorgando en estos casos al juez tutelar el voto decisivo con la restricción, que debe existir una solicitud correspondiente de uno de los padres y tratarse de un asunto de cierta importancia. Esta restricción se hizo en vista del

b) *Leyes que se han convertido en obsoletas con el transcurso del tiempo.* El juez no debe ser esclavizado por la ley ni obedecerla servilmente, sino con la debida reflexión. Existen casos, en los que con el transcurso del tiempo, las circunstancias reales han cambiado de tal manera, que ya no tiene sentido el objeto perseguido por el legislador histórico y éste tampoco es reemplazado por otro significado que sea compatible con la ley: *cessante ratione legis cessat lex ipsa*. Un buen ejemplo nos ha reseñado Peter Liver en su discurso rectoral, pronunciado en el año 1954 en Berna;³⁶ en un valle del cantón suizo de Graubünden, donde había escasez de madera, fue prohibida la construcción de cercas de madera, para evitar una explotación excesiva de los bosques restantes. Más tarde se normalizó la situación e incluso se exportó madera. La ley, por cierto, nunca fue derogada formalmente, pero los tribunales simplemente ya no la aplicaron.

c) *Reglamentación legal desacertada.* Una norma legal también puede volverse obsoleta, si su *ratio* caduca, porque posteriormente —después de un largo tiempo— su reglamentación resulta ser un medio no idóneo para producir el resultado deseado: *lex sine ratione non lex*. Se trata de casos, donde las expectativas del legislador han naufragado. El ejemplo típico de una norma legal, con la cual el legislador quería lograr infructuosamente un resultado deseado por él, es la "semicapacidad para ser parte" de la asociación sin capacidad jurídica (§ § 50 ZPO, 54 BGB).³⁷ El motivo de esta reglamentación fue el interés político-jurídico (del año 1900) de controlar las asociaciones, mediante la imposición de la forma jurídica de la sociedad (§ 54 BGB), que de antemano y a toda vista era totalmente inadecuada por la estructura de la asociación sin capacidad jurídica y la semicapacidad para ser parte (§ 50 ZPO), se esperaba, que se impondría cada vez más la convicción, de que era preferible dejar registrar las asociaciones, lo que a su vez facilitaría su control.³⁸ Pero estas esperanzas no sólo no se cumplieron, sino que en la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico se efectuó un cambio favorable para las asociaciones, particularmente en lo que a los sindicatos respecta, que fueron el blanco principal del legislador histórico y que ahora se han convertido en una institución de reconocimiento general. Por eso y con razón el BGB ha concedido, en contra del § 50 ZPO, a un sindicato sin capacidad jurídica la plena capacidad de ser parte ante los tribunales civiles, inclu-

art. 6, II, GG (libertad de expresión), es decir, orientándose en valores materiales formulados en la constitución.

³⁶ *Der Wille des Gesetzes*, 1954, p. 21.

³⁷ Según § 50, II, ZPO, la asociación sin capacidad jurídica únicamente posee la capacidad *pasiva* de ser parte, es decir, que puede ser demandada pero no ser demandante: mientras que según § 54, BGB, es aplicable a la citada asociación el derecho de la sociedad; véase sobre esto también cita 17.

³⁸ Ya que las asociaciones con capacidad jurídica necesitan para su validez jurídica ser inscritas en el registro para personas jurídicas, § 21, BGB.

so para demandas de daños y perjuicios y acciones de abstención.³⁹ De manera diferente a los procedimientos análogos e interpretativos, con ayuda de los cuales parte del derecho de la asociación sin capacidad jurídica ha sido asimilado —quizás *praeter legem*— al derecho de la asociación con capacidad jurídica, la jurisprudencia realizó aquí una creación de derecho tanto en contra del texto legal inequívoco, como en contra de la clara intención de los §§ 50 ZPO, 54 BGB: creación de derecho, que sin embargo se orientó hacia un cambio de intención en la totalidad del orden jurídico, también claramente perceptible, y por lo tanto realizada en vinculación a este orden jurídico.

d) *Antinomia entre la norma legal y la ética jurídica.* La creación jurisprudencial del derecho *contra legem* es también necesaria, cuando existe o se origina una antinomia entre la reglamentación legal y un principio de la ética jurídica; un principio ético-jurídico quizás aún no percibido al promulgarse la ley o al que se le atribuía menor importancia, ya que en un Estado de derecho una norma preceptiva o prohibitiva sólo puede reclamar la autoridad, que al derecho le corresponde, si no es contraria a la conciencia jurídica general.

Se puede formular también en esta forma: si la *lex scripta* quebranta un principio ético-jurídico, que por la generalidad es considerado como preferente, y el legislador queda inactivo, entonces el juez no excede de sus competencias, si trata de adaptar el derecho otra vez a la conciencia jurídica general.

Naturalmente, no resulta fácil formular aquí ejemplos, que ilustren esta problemática y que sean aceptados generalmente o por lo menos por una mayoría. En todo caso ha sido en nuestro país el Estado nacional-socialista, el que nos ha mostrado, que existen casos de esta índole, incluso de los más graves y penosos; casos, en los cuales la ley fue moral y éticamente injusta *desde el principio*. Basta pensar solamente en la legislación relativa a los judíos.

Ciertamente: hoy en día, teniendo como base condiciones jurídico-estatales, tenemos garantizado un máximo de concordancia entre el derecho y la realización del derecho por un lado y la ética jurídica por el otro. Pero —y por eso no se debe desatender estos casos— no existe ordenamiento legal inmune contra un “Estado de injusticia”. Por esta razón se deberá subrayar siempre la competencia, aún más, la obligación del juez, de negar obediencia a la ley injusta.

Pero además de eso, un observador atento puede percibir, que nuestro Estado ha ido afinando la visión para ciertos principios jurídico-éticos; principios que tratamos de deducir de la constitución: así verbigracia ha sido planteada la cuestión, si la plena responsabilidad por daños, incluso en caso de *culpa levissima*, realmente es compatible con el principio de la proporcionalidad, valedero también en el derecho civil, no se puede

³⁹ BGHZ, 42, 210; 50, 325.

tampoco pasar por alto, que el concepto del Estado social ha modificado la ética jurídica de nuestros tiempos.

Es mi aspiración, pisar también aquí tierra firme: no abogo por categorías suprajurídicas, verbigracia, en forma de un derecho natural. La ética jurídica de nuestros tiempos ha encontrado su formación en el conjunto de nuestro orden jurídico y *sobre todo* en los derechos fundamentales de nuestra constitución. De éstos se puede —la jerarquía de los derechos fundamentales de Dürig nos lo demuestra—⁴⁰ construir un sistema de la ética jurídica perfectamente evolucionable.

3) *Por lo demás, el juez no está autorizado a la creación del derecho en contra de la clara e inequívoca voluntad de la ley.* Está vinculado rígidamente a la ley.

V. Observaciones finales

La discusión sobre la competencia de la jurisprudencia de crear el derecho se ha reanudado después de las experiencias habidas durante el gobierno nazi; y aún no ha llegado a sosegar, como demuestra este análisis. Por un lado se ha hecho responsable al positivismo por la degeneración que sufrió la jurisprudencia durante el tercer Reich. Por otra parte se ha dicho, que solamente una aplicación rígida del derecho *secundum legem* y una redacción precisa de la ley, que ofrezca al juez poca libertad de juicio, son la barrera más segura contra un gobierno injusto. Ya que así lo expresa, verbigracia, Hirsch, incluso las dictaduras moralmente degeneradas no se pueden permitir pasar en sus leyes de los límites de la moral más allá de cierto punto, porque mediante su promulgación harían público sus intenciones reprobables; por eso existirían pocas leyes realmente injustas. Además, toda tendencia favorable a la creación jurisprudencial del derecho debilitaría la judicatura frente a eventuales presiones de las autoridades estatales: al juez se le quitaría de esta manera su “alibi jurídico”, de que únicamente está aplicando la ley vigente.

Ciertamente hay mucha verdad en estas deliberaciones. Para mí tampoco existe duda alguna, que un juez transformado en “ingeniero o médico social”, en gran parte libre de una vinculación jurídica, tiene que sucumbir mucho antes que un juez sujeto rígidamente a la ley ante las tentaciones y presiones de fuerzas radicales, que sólo ambicionan nuevas formas totalitarias.

Por esta razón, la libertad del juez para crear el derecho sólo puede ser una libertad dentro de unos límites exactamente determinados. Estos límites tienen que ser deducibles del ordenamiento jurídico.

Yo he tratado de mostrar estos límites en el derecho alemán.⁴¹ Mi tesis en pro de una creación jurisprudencial del derecho, incrustada en el or-

⁴⁰ Maunz-Düring, *Kommentar zum GG*, 2ª ed., art. 1, 1, núm. 6 y ss.

⁴¹ En lo cual tengo la convicción, de que la problemática es en todo el mundo la misma.

denamiento jurídico, defiende el orden jurídico-estatal, bajo el que vivimos aquí en la República Federal de Alemania, ya que en suma —así me parece— no existe para nosotros mejor sistema de protección jurídica. Mi tesis defensiva es también progresiva, porque procura mejorar este sistema. Por eso quiero terminar con unas palabras de Edmund Burke (1729-1757). Decía sobre el hombre de Estado, que éste debería tener la habilidad de conservar y la afición de perfeccionar. Esto es —en un Estado social y de derecho igualmente válido para el juez— al jurisconsulto, que a su manera puede dar impulso a la evolución del derecho, creo que se le debería pedir lo mismo. La habilidad de conservar lo bueno, de perfeccionar lo menos bueno y de eliminar lo malo, caracteriza la obra científica del profesor Niceto Alcalá Zamora y Castillo, a quien está dedicada esta publicación de homenaje. A él, que ha manifestado tantas veces su adhesión a la doctrina alemana, le dedico este trabajo como homenaje de un colega.

Traducción del alemán por Jorge
A. Sánchez-Cordero y Dávila