



## EL ESPÍRITU DEL DERECHO POSITIVO

---

Hace cerca de dos siglos el mundo intelectual vió brillar en su horizonte un nuevo rayo de luz, producto de un foco de extraordinaria potencia: ese foco era el Barón de Bréde y de Montesquieu, Carlos de Secondat (1689-1755) y aquella luz, su obra monumental "El espíritu de las leyes".

Como obra del genio, gestada en veinte largos años de meditación profunda y de continuadas vigiliass, aquel libro sigue viviendo al través de los años y aunque "sin más aplicación que la perpetua de elevar el espíritu a la alta esfera histórica, engendrando un sinnúmero de bellas discursiones",—según Sainte Beuve—encontramos aún hoy, concepciones seductoras que han sido vulgarizadas en su expresión verbal, pero deformándose el hondo pensamiento que las inspiró. Restaurar el verdadero significado y alcance de esas concepciones es lo que aquí me propongo hacer, en la medida de mis escasas fuerzas intelectuales.

El "espíritu de las leyes", es una expresión que circula en boca de todos cuantos tienen algo que hacer con ellas; y ha sido de tal modo generalizada—por lo menos en su pretendido significado—que en toda disposición, sea ley, decreto, convención, etc., se busca o se habla siempre de su espíritu.

Pero ¿hay acaso, en la mente de los que así se expresan, un concepto exacto de lo que debe entenderse por "espíritu de la ley"?

Me atrevo a afirmar que no, salvo contadas excepciones de algunos maestros del derecho.

Y esta falta de concepto acerca de tan importante cuestión ha producido, especialmente en nuestro medio, un verdadero estancamiento de la vida jurídica.

Montesquieu escribió su genial concepción acerca del espíritu de las leyes, en una época en que la ley parecía contener todo el derecho; hoy, aquella no es sino una forma de expresión parcial del derecho, y de ahí la necesidad de adaptar el pensamiento de Montesquieu a la vida jurídica moderna. Para eso, y no estando el derecho integralmente contenido en la ley, no debemos hablar ya, del “espíritu de las leyes”, sino del “espíritu del derecho positivo”.

El ilustre filósofo consagró su obra al estudio de lo *que debían* contener las leyes, según los diferentes países, y expresaba con profunda penetración sociológica, que esas leyes debían ser “tan ajustadas a las condiciones del pueblo para el cual se hacen, que sería una rarísima casualidad si las hechas para una nación sirvieran para otra.

Es preciso que esas leyes — continúa — se amolden a la naturaleza del gobierno establecido o que se quiera establecer, bien sea que ellas lo formen, como lo hacen las leyes políticas, bien sea que lo mantengan como las leyes civiles”. (1)

Montesquieu quiso sentar las normas a las cuales debía ajustarse la legislación y determinaba “el espíritu” a que la ley debía responder; yo me propongo — con la salvedad que hice al principio — determinar “el espíritu” del derecho en su aplicación. Su estudio iba encaminado a dar normas al legislador; el mío, tomando sus principios, va dirigido al intérprete del derecho, al que ha de aplicar la ley.

¿Qué es lo que Montesquieu entendía por espíritu de las leyes? En breves palabras, y a modo de definición que sintetiza todo el pensamiento que luego iba a desenvolver en su extenso libro, dice, hablando de las leyes positivas, que ellas “deben estar en *relación* con la naturaleza física del país, cuyo clima puede ser glacial, templado o tórrido; ser proporcionadas a su situación, a su extensión, al género de vida de sus habitantes, labradores, cazadores o pastores; amoldadas igualmente al grado de libertad posible en cada pueblo, a su religión, a sus inclinaciones, a su riqueza, al número de habitantes, a su comercio y a la índole de sus costumbres. Por último, han de ar-

(1) “Del Espíritu de las leyes”; versión castellana de N. Estévez, T. I Pág. 9.

monizarse unas con otras, con su origen y con el objeto del legislador. Todas estas miras han de ser consideradas. Es lo que intento hacer en esta obra. Examinaré todas esas *relaciones*, que forman en conjunto lo que yo llamo “Espíritu de las leyes”. (2) Hé ahí, en síntesis admirable, lo que el gran pensador entendía por Espíritu de las leyes: un conjunto de *relaciones* que las leyes deben tener con diversas cosas.

Y tal es también, en principio, el concepto de lo que yo entiendo por “Espíritu del derecho”: el conjunto de *relaciones* que las leyes deben guardar con la vida social.

El derecho no es sino uno de los tantos fenómenos sociales y si la ley es expresión de derecho, esa ley es también un fenómeno social y como tal debe actuar en armonía con la sociedad para la cual se ha dictado. Esto es claro, pues creo que no se concibe la desarmonía entre la sociedad y los distintos factores que contribuyen a la realización del “fin común” (Giddings) que aquella persigue. Y como la sociedad, por una ley constante de evolución, va cambiando de continuo sus modalidades; como los hechos que caen bajo la acción de la ley sufren también la influencia transformadora de esa evolución, al par que la ley, en su expresión escrita, se mantiene más o menos invariable, resulta evidente la necesidad a que antes me he referido, de que la ley sea aplicada de modo tal que las nuevas formas y los nuevos hechos sociales, pueden ser comprendidos implícitamente en sus cláusulas. Esa tarea de adaptación de la ley a las nuevas formas de la vida colectiva, es la tarea que realiza el jurista, para lo cual buscará las *relaciones* que la ley debe guardar, en el momento de su aplicación, con aquellos hechos y con aquellas formas nuevas. Determinadas esas relaciones, podrá afirmarse que ha dado con el “espíritu del derecho”.

No basta, sin embargo, decir que deben buscarse aquellas relaciones; es necesario establecer el procedimiento o mejor aún, el criterio para determinarlas. Esta necesidad es tanto mayor, cuanto que, según antes decía, es demasiado común oír hablar del espíritu de la ley, y más común — casi general — considerar como tal espíritu, la opinión o la intención del legislador.

Esto es, precisamente, lo que yo conceptúo como el más fu-

---

(2) Ob. Cit. T. I, Págs. 9 y 10.

nesto error, y como el grave inconveniente que retarda la evolución del derecho. Mantener ese concepto, es negar hasta la posibilidad misma de una ciencia del derecho.

Y antes de entrar en la determinación del “criterio” a que me he referido, creo conveniente demostrar la verdad de este acerto. Decir que el espíritu de la ley es la opinión o la intención del legislador es desconocer el significado científico que en mi concepto tiene la expresión “espíritu de la ley” y que Montesquieu fijara con tanta precisión.

En efecto, la opinión del legislador, cuando ella existe expresada, concretamente acerca de una cuestión cualquiera de las que la ley comprende, sólo sirve para fijar el alcance que el mismo legislador ha querido dar a la cláusula legal; pero de ahí, a pretender que ese alcance ha de ser siempre el que deba atribuirse a aquella, hay una distancia tan grande como la que separa el derecho antiguo del derecho moderno, y hay un error tan fundamental que equivale a sostener que el legislador de un siglo atrás y no el juez de hoy, es el que debe resolver una controversia traída a la decisión de éste. Más adelante veremos el absurdo a que conduce semejante concepción.

No menos falso, científicamente, es llamar “espíritu de la ley” a la *intención* del legislador, concepto que sólo difiere del anterior en cuanto aquel está expresado y éste se construye por el intérprete.

Ante todo, ¿qué objeto puede tener el ir a buscar la *intención* del legislador, deduciéndola por procedimientos escolásticos, si en realidad esa intención no ha de ser la misma para todos los que la busquen, ya que la conclusión dependerá de la forma de plantear el silogismo? ¿Por qué, más bien, no se confiesa la verdad y se reconoce que esa pretendida intención del legislador no es sino la concepción subjetiva del intérprete?

Hay en ello, sin duda, una mezcla de superstición y de ficción: superstición por cuanto, partiendo del equívoco de que nada debe buscarse fuera de la ley, se mantiene la antigua creencia de que la ley es todo el derecho, y que apartarse de aquella, en su letra, o en lo que llaman su “espíritu”, es caer en el peligro de lo arbitrario y hacer incierto el derecho. Y ficción, porque, como lo dice con maestría

insuperable Raimond Saleilles (3) esa ficción consistía en creer “que la jurisprudencia como la doctrina, en su función de interpretación de la ley, no realizaban otra cosa que una investigación acerca de la voluntad del legislador, una deducción lógica de las soluciones que el mismo legislador podría aceptar, *no el legislador moderno*, sino el autor mismo de la ley, cualquiera que fuese el tiempo transcurrido entre el pasado y el presente”.

Decía que esta manera de entender el problema, conduce a un doble absurdo: científico y práctico. Desde el punto de vista científico, la tarea de buscar la voluntad o la intención del legislador, es la negación misma de la ciencia. El derecho, se ha dicho, es un fenómeno social, y siendo así, la ciencia del derecho ha de resultar del análisis de ese fenómeno en *relación* con el medio en que se produce, la sociedad, y no de lo que pensaron o debieron pensar uno o varios hombres que, por accidente, desempeñaron las funciones de legislador.

La ciencia requiere, entre otras condiciones, que el estudio del fenómeno que se investiga se haga dentro del campo propio de su fenomenología, y con un método adecuado para llegar a la generalización, a la formulación de la ley, última etapa de la labor científica. Y por cierto que a esto último no puede llegarse si el estudio del fenómeno jurídico ha de hacerse a base de la investigación del pensamiento del legislador. En efecto, la intención o voluntad del legislador se ha referido siempre a “un campo de fenómenos concretos muy restringido y limitado” y el resto de la fenomenología ha escapado por completo a sus previsiones. En tal situación, ¿cómo generalizar principios tan pobremente sentados, si para ello es necesario abarcar en una noción exhaustiva el fenómeno de la “juricidad”?

El legislador no hace sino tomar elementos del ambiente social en que vive y llevarlos al texto legal; su opinión, su voluntad o su intención no van más allá de lo que tiene a su alcance; no puede adivinar lo que aquel ambiente será dentro de algunos años, y de ahí lo inaceptable de ir a buscar una intención que el propio legislador no ha podido tener. Como bien lo expresa Stammler (4), “no es el

(3) Prólogo a la obra de F. Geny: Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo.

(4) R. Stammler: La Génesis del Derecho; Ed. Calpe. Traduc. española de W. Roces Pág. 115.

legislador el que hace brotar la materia del derecho positivo por virtud de su arbitrio soberano. Solamente le es dable el elaborar la materia histórica que la realidad misma de la vida le impone. Sería grotesca necesidad en el médico pretender cambiar por otro el organismo de un enfermo; la única función de aquél es la de coadyuvar en parte a la obra de la naturaleza. Y de modo análogo deberá el legislador renunciar a crear de arriba abajo y como por arte de magia un estado jurídico. Su misión y su poder se limitan a corregir los estados sociales tal como se los ofrece la realidad”.

Hay en esto, como lo dice Saleilles en el prólogo antes citado, un defecto capital “consistente en encerrar en una red de abstracciones, sin más realidad que el pensamiento, a una ciencia, que ante todo, es una ciencia social, la ciencia social por excelencia, es decir, que debe adaptarse a la vida de la colectividad, para la cual está hecha, y dar satisfacción a todas las exigencias de las necesidades prácticas y a todos los *desideratum* consiguientes y que se traducen en concepciones jurídicas”.

De aquel método de investigación “no podía surgir otra cosa que una casuística fría y estéril apoyada en fórmulas impenetrables para la generalidad; casuística acaso necesaria para la vida práctica de la humanidad pero indigna seguramente del nombre de ciencia”. (5)

Esta es la verdad, y eso es lo que debe desterrarse de la ciencia jurídica: el casuismo dogmático y anticientífico. Si la ciencia implica una incesante lucha intelectual por el descubrimiento de la verdad; si ella es la demostración de una hipótesis y por implicancia rechaza lo dogmático; y si, tratándose de la ciencia jurídica, en aquella lucha y en esta labor tiene una gran parte el jurista que debe ir desentrañando el derecho que aplica a sus decisiones concretas, o el que quiere hacer prevalecer con su doctrina, ¿cómo pensar que pueda cumplir esa tarea, si acepta la opinión del legislador como una verdad revelada — no demostrada — o si se limita a deducir por el método escolástico del silogismo, las intenciones del legislador, prescindiendo en absoluto de toda la serie de fenómenos que se producen fuera de la mente de aquél, en lo que hemos llamado el campo

---

(5) Geny, ob. cit. Introducción.

propio de la ciencia jurídica? ¿O se pretenderá que los fenómenos jurídicos no tienen más campo de producción que el muy limitado e impreciso de la mente del legislador? Tal vez se me objetará que éste toma de la vida real los elementos de elaboración de la ley y que al indagarse su intención, indirectamente se interpreta el sentimiento jurídico colectivo, con lo cual se daría ciertos visos de científica a esa tarea. Sin embargo, tal objeción sería puramente efectista. Aparte de que no siempre los legisladores son partidarios de lo que podríamos llamar el “realismo” jurídico ya que aún hoy habrá muchos inclinados al racionalismo Kantiano que subordina toda investigación y toda determinación de la voluntad al “imperativo categórico”, o sea a la fuerza de la razón sobre la voluntad y actividad humanas, (6) nunca podría darnos, aquella investigación de voluntad, la expresión de la conciencia jurídica del momento en que la ley va a aplicarse, sino, a lo sumo, la de aquel en que fué dictada.

Por otra parte, cuando se quiere determinar el principio que da vida a una legislación cualquiera, a base de lo que pudo querer su autor, se confunde el nacimiento de la ley con el del principio que ella contiene, haciendo nacer a éste en el momento en que el legislador concretó en una fórmula su pensamiento y estableciendo así una cierta simultaneidad en la aparición de ambos. Porque es natural que el investigador de la intención legislativa, nunca se remonta a la época — a veces lejana — en que el principio nació, sino que circunscribe su trabajo al momento en que aquél fué llevado a la fórmula legal.

Y éste es, por cierto, un grave error del método, consecuencia del equivocado concepto de que la ley y el derecho son una sola y misma cosa. Ihering, el célebre maestro de la Universidad de Gotinga, en “ese gallardo monumento jurídico”, como le llamara Adolfo Posada, al “Espíritu del Derecho Romano”, dice a este respecto: “Nada más erróneo que creer que el origen de los principios depositado en la ley corresponde a esa fecha. Puede haber entre las dos una gran distancia, y recordaré aquí lo que se ha dicho sobre el origen de las fórmulas de las reglas del derecho. Un principio jurídico puede haber estado vigente largo tiempo antes de haber sido sancionado por la ley, siendo una pura casualidad si no se ha expresado

---

(6) Livio Minguzzi: Lezioni di Filosofia del Diritto. (Apuntes manuscritos, años 1905[6].)

más pronto o más tarde. Sería un error, por consiguiente, fechar el origen de ese principio en el día de la aparición de la ley”.

“¡Qué de cosas — continúa — se elevan sobre el terreno del derecho, de las que las leyes no hacen mención alguna! No se puede asignar fecha, a lo que fué dado al día, bajo forma de derecho consuetudinario, ya por la *potencia creadora de la vida*, ya por la práctica de los tribunales, ni a lo que la ciencia acoje poco a poco. (7)

El apoyo que aquí encuentro a mi punto de vista es de inestimable valor. Si, según queda expresado, hay principios jurídicos que han estado en vigencia antes de haber sido sancionados por la ley, lógicamente, en toda época hay un buen número de esos principios que no están contenidos en la legislación vigente, pero que por ser obra de la potencia creadora de la vida, deben aplicarse como indispensable complemento de la ley. He ahí otra prueba de lo anti-científico del criterio que busca el espíritu de la ley en la intención del legislador. ¿Cómo podría el jurista, con aquella investigación de voluntad, desentrañar el valor y significado de ese cúmulo de cosas que según Ihering, se elevan sobre el terreno del derecho, y de las que las leyes no hacen mención alguna?

La ciencia jurídica, cuya fenomenología tiene por campo la sociedad toda, no podría existir si el estudio e interpretación de esos fenómenos pretendiera hacerse sin más elementos de juicio que la supuesta intención del legislador; para la vida de aquella ciencia, es imprescindible estudiar el fenómeno jurídico en la realidad misma donde se produce, en el seno de la sociedad, y con el auxilio de su ciencia, la Sociología.

Puedo ahora afirmar — para concluir con este primer aspecto de mi crítica — que cuando se busca el *espíritu de la ley* en la intención del legislador, lo único que se encuentra es el *espíritu del legislador*, pues “tratándose de reconocer una voluntad, el descubrimiento de la intención ha de predominar necesariamente; pero la *letra* interviene como manifestación auténtica y solemne del *espíritu*, inseparable de éste, y cuyo objeto es ponerlo de manifiesto”. (8) Por esto es también, que, con el criterio que combato, “no cabe proponer al intérprete la elección un poco inocente entre la *letra* y el *espíritu*

(7) Ihering: El Espíritu del Derecho Romano. T. I, pág. 90. Traduc. española 5ª tirada.

(8) Geny: Ob. Cit. Pág. 249. (Las citas que hago de Geny, podrían inducir a creer que existe identidad entre sus pensamientos y los conceptos que aquí expongo; sin embargo, sólo en pequeña parte coinciden.)



de la ley", (9) es decir, que no puede haber un espíritu de la ley deducido de una intención desconocida del legislador.

Colocándonos ahora en el terreno de la práctica, no es menos demostrable el error y hasta el peligro de ir en busca de la voluntad del autor de la ley para resolver el sinnúmero de casos concretos que el panorama cambiante de la vida presenta a cada paso.

Ocurre con las relaciones jurídicas lo que con las enfermedades: no hay en una misma enfermedad dos tipos de enfermos exactamente iguales, porque ellas se producen en un individuo y las condiciones físicas y psíquicas de este individuo serán, en substancia, distintas de las de cualquier otro; y tampoco hay dos relaciones jurídicas que versen sobre un negocio de igual naturaleza, que presenten las mismas características, porque en cada una de ellas intervienen factores económicos — que esa relación trata de condicionar — y condiciones personales — capacidad, voluntad, etc. de los sujetos—, distintos y especiales para cada negocio jurídico.

En tal virtud, ¿es posible imaginar siquiera que el legislador haya podido contemplar esa variedad infinita que presentan las relaciones jurídicas? Evidentemente no; él no se ha referido — como antes decía, citando a Saleilles, — sino a un campo de fenómenos concretos muy restringido y limitado.

Más aún, la tendencia de las legislaciones modernas está orientada hacia la generalización de los principios jurídicos, prescindiendo en lo posible de casuismos, para facilitar así la aplicación de la ley con el criterio que los nuevos tiempos y las modernas necesidades vayan imponiendo con exclusión de lo que pudo pensar su autor.

En consecuencia, cuando para dar solución a un caso concreto de los muchos que la ley no ha resuelto en cláusulas terminantes, se realiza una investigación acerca de cuál fué la voluntad del legislador, y como esa voluntad o no ha sido expresada o lo ha sido sólo con relación a un supuesto, que, por cierto, será distinto del caso en discusión, resultará que, lejos de aplicarse la voluntad del legislador a la solución del conflicto de derecho, será la voluntad del intérprete, groseramente disfrazada de intención legislativa, la que decidirá la litis.

En efecto, por mucha que sea la capacidad del legislador para

---

(9) Geny: Ob. Cit. Pág. 249.

prever las ulteriores transformaciones que inevitablemente se producirán en la vida social, cuyo aspecto trata de someter a normas legales, no podrá alcanzarlas a todas; y cuando un hecho nuevo, producto, precisamente, de esas transformaciones, se presente a la decisión de un juez, o a la resolución de un jurista, éstos se encontrarán con que el caso no ha sido previsto por la ley, y como no podrán dejarlo sin solución empiezan a investigar la posible intención del legislador. Pero, como esa intención no ha podido, lógicamente, existir, ellos la construyen, o mejor aún, la inventan mediante procedimientos lógicos, empleando silogismos y deduciendo conclusiones que presentan, en definitiva, como la intención del legislador.

Sin embargo, el resultado de toda esa construcción, de acentuado sabor escolástico, no es otro que revelar pura y simplemente, el pensamiento del propio intérprete, una concepción subjetiva del derecho y agena en absoluto a lo que hubiera sido la voluntad del legislador.

Hay en este procedimiento, como antes decía, no sólo un error de concepto, sino también, un peligro para la seguridad de los derechos. Cuando un juez debe resolver un litigio y a falta de disposiciones expresas de la ley, aplica su propio criterio, el que se ha formado después de un estudio concienzudo del caso y el que resulta de su capacidad y preparación jurídicas; cuando un juez, como lo dice el art. 1° del moderno Código Civil Suizo, en defecto de una disposición legal aplicable, o en ausencia del derecho consuetudinario, debe pronunciarse sentando las reglas o principios *que él establecería si tuviera que actuar como legislador*, es indudable que buscará la solución que su ciencia y el concepto de justicia le dicten. A esa solución va unida toda su responsabilidad de magistrado, todo su prestigio intelectual y toda la fuerza moral que emana del ejercicio austero de la función que la sociedad le ha confiado. Y todo esto es, sin duda, garantía de una recta y honrada justicia. En cambio, cuando ese juez dicta sentencia fundándola en lo que él llama la intención del legislador, atribuyéndole a éste los posibles defectos de su conclusión, y cubriendo sus propios errores con la túnica descolorida de un pensamiento ajeno, entonces aquella responsabilidad disminuye, y con ella también las probabilidades de una administración honesta de la justicia. He aquí el peligro a que aludía.

Aparte de las observaciones que preceden, aplicables especial-

mente al supuesto en que el legislador no ha emitido opinión con respecto a un caso concreto, caben también otras para destruir el error de aplicar la ley siguiendo la opinión de su autor.

Desde luego, descarto la posibilidad de que coincidan esa opinión y el concepto técnico del momento en que la ley se aplica, pues cuando ésto ocurre, — y puede serlo en dos supuestos: bien por la subsistencia del principio contenido en la norma cuando esta no es nueva, o bien cuando la ley es de reciente sanción — el espíritu de la ley se revela fácilmente y sin discusión. Cuando nos encontramos en presencia de un caso respecto de cuyos lineamientos generales, el legislador emitió su opinión, pero sin que la ley lo haya resuelto casuísticamente, y habiéndose modificado el concepto jurídico acerca de esa cuestión, el pensamiento del autor no puede jamás tener eficacia para decidir la controversia.

En efecto, toda ley es hija del pensamiento jurídico dominante en el momento de su aparición, y encierra un principio cuya esencia es la noción de justicia que la ley persigue. Pero esa noción es, por naturaleza, relativa y mudable, — más adelante intentaremos precisar su concepto — y con ella varía también el principio que la ley recogió en su hora. Es decir, que el criterio de *valuación* de las acciones humanas se transforma y esa transformación va dejando tras de sí, como un simple antecedente histórico, desprovisto de positividad, el pensamiento que armonizó con aquel principio ya caduco. Y ante esta situación, cuya verdad me parece indudable, ¿cómo valerse de lo que dijo el legislador hace ya muchos años, para resolver un caso semejante al que él previó — aunque no expresó en el texto de la norma — pero, producido en un medio totalmente distinto y en presencia de ideas opuestas a las que prevalecían en su época? ¿Se tiene acaso la seguridad de que ese legislador hubiera tenido hoy, acerca de tal cuestión, el mismo concepto que tenía cuando la ley se dictó? Por otra parte, no es poco frecuente que ideas totalmente opuestas se pongan de manifiesto al tiempo de tratarse la ley — obra de los parlamentos en la que intervienen hombres de orientaciones jurídicas y filosóficas contrapuestas, cuando no hombres carentes de toda orientación — y entonces ¿a título de qué, se daría preferencia en la interpretación a una opinión determinada, posponiendo otras talvez de mayor valor? Se dirá quizá, que debe prevalecer la opinión que obtuvo mayores adhesiones en el parlamento; pero esto, que im-

porta dar preferencia a la cantidad de votos sobre la calidad de los principios, conduce a un verdadero paralogismo, pues en tal caso ya no podría hablarse, en términos genéricos, de voluntad del legislador, sino, a lo sumo, de la intención de tal o cual miembro del cuerpo legislativo. Y esto, por cierto, quita en absoluto valor a la tesis que vengo criticando, hiriendo en su base misma el fundamento que se da para sostenerla. En efecto, como ninguna obligación tienen los que han de aplicar la ley de someterse a la opinión que obtuvo mayor número de votos en el parlamento, resultará que unos seguirán ésta, en tanto que otros preferirán la de los legisladores que formaban minoría; y así tendremos la misma ley aplicada siempre según la "intención del legislador", pero en forma y con resultados totalmente contrapuestos.

Para demostrar esta conclusión veamos un caso concreto. El Art. 26 de la Ley de Accidentes del Trabajo, motivó una extensa discusión en la Cámara de Diputados de la Nación, en cuyo debate se perfilaron netamente dos tendencias: la representada por la opinión del sector socialista—que contó con muchos otros adherentes— y la del sector conservador y algunos radicales. Decía el artículo, redactado por la Comisión de Legislación y que luego fué aprobado, que "En los accidentes producidos sin causa legal excusable para el empresario el mismo está obligado a facilitar gratuitamente la asistencia médica y farmacéutica a la víctima, desde que ocurra el accidente hasta que se halle en condiciones de volver al trabajo. . . etc."

El sector socialista sostenía que esa obligación, que el artículo 26 impone al patrón, debía hacerse efectiva desde el instante de producirse el accidente, es decir, que el empresario proporcionaría de inmediato, y provisoriamente a su cargo, la asistencia médica y farmacéutica; y si después llegaba a demostrarse que el accidente fué producido por causas imputables al obrero, éste reintegraría al patrón los desembolsos hechos para prestarle esa asistencia. Los conservadores, en cambio, afirmaban que la obligación patronal sólo se haría efectiva una vez que se probara en juicio la responsabilidad del patrón y mientras ésto no ocurriese, nada debía pagar el empresario. He ahí, en síntesis, las dos opiniones en pugna acerca del alcance del artículo 26. (10)

---

(10) Diario de Sesiones de la C. de DD. de la Nación, año 1915. T III. Pág. 604 y sigts.

La redacción de esta cláusula no resuelve la cuestión en un sentido o en otro y da margen para aplicarla en cualquiera de los dos que hemos señalado; tan es así, que un diputado expresó: “dentro del artículo 26, tal como lo establece la comisión, yo pregunto: ¿cuándo comienza la asistencia médica y farmacéutica?” Aparte de esto se advierten en los conceptos del miembro informante contradicciones que llevan al ánimo la duda acerca de lo que se quería resolver y que, seguramente, produjo confusiones en el resto de profanos que tomaron parte en la votación.

Ahora bien; presentado el caso a la decisión de los Tribunales, un juez, y luego la Cámara, entendieron que no era posible exigir del patrón el pago de la asistencia médica que él mismo había proporcionado al obrero accidentado; pues, según ellos, el “espíritu” de esa disposición, tomado del pensamiento del miembro informante de la Comisión de Legislación, exigía la previa declaración de la responsabilidad patronal.

Esa decisión no puede ser, ni más absurda, ni más a propósito para demostrar la falsedad de llamar “espíritu” de la ley a lo que pensó un miembro del Congreso, puesto que, con tal criterio, esa ley tendrá dos “espíritus”, representados por las dos tendencias que he señalado. Y ¿cuál de esos espíritus será el verdadero? Sin duda alguna ocurrirá que en otra ocasión, los Tribunales decidirán a la inversa de lo que lo han hecho en el caso expuesto, y en ambos casos, las soluciones opuestas serán siempre deducidas de la intención del legislador. ¡Admirable intención, que a unos condena y a otros absuelve en igualdad de situaciones! ¿Significa ésto, por ventura, dar estabilidad a los derechos, y asegurar el imperio de la ley por sobre el arbitrio de los jueces? ¿No se vé aquí, cómo es cierto lo que antes decía, de que el juez ocultará sus yerros y salvará su responsabilidad haciendo recaer ésta y aquéllos sobre los hombros del legislador?

Una ley de carácter eminentemente social como la de accidentes del trabajo, aplicada con el estrecho criterio que una parte de los miembros del Congreso tenía hace más de diez años, implica una heresia jurídica y conduce al estancamiento de una rama del derecho que precisamente por ser nueva, necesita, más que ninguna otra, “acomodarse a este mundo nuevo, dar satisfacción a esta nueva justicia, cuya esencia subsiste inmutable, pero que, para permanecer tal

justicia, debe *adaptarse* a las transformaciones económicas y sociales que van surgiendo”. (11)

Otra habría sido la solución del caso que he referido, si los Tribunales hubieran buscado el verdadero “espíritu” de la ley de Accidentes del Trabajo para aplicar el artículo 26. Esa ley se dictó para dar satisfacción a una nueva justicia, a un nuevo concepto de las relaciones entre el capital y el trabajo; tiene por *finalidad* proteger al obrero, — que vive en perpetua indigencia — contra los riesgos del trabajo, asegurándole, cuando le ocurra un accidente, la asistencia médica y farmacéutica necesaria. Ha modificado el antiguo concepto de la responsabilidad fundado en la culpa Aquiliana, reemplazándolo por el moderno del riesgo profesional, y llegando, en fin, — para facilitar la obtención de *sus finalidades* — a modificar el añejo principio “actor probat actionem”, estableciendo la inversión de la prueba.

Tal es la esencia de los principios que esa ley contiene, y cuya efectividad está encomendada a los Tribunales de justicia. Y ahora, preguntémosnos: ¿Se ha dado satisfacción a esos principios, cuando se afirma en una sentencia que el patrón no está obligado a pagar los servicios médicos prestados, a su pedido, a un obrero víctima de un accidente del trabajo, mientras no se pruebe su responsabilidad? Puede afirmarse que no sólo se han abandonado los principios que forman el substratum de la citada ley, sino que se ha sancionado una inmoralidad al permitir que el patrón disminuya su responsabilidad por la indemnización, evitando la muerte del obrero con servicios de un médico que él buscó, y autorizándolo a que no pague. Y aún se dirá que no es el juez el responsable de estas herejías sino el legislador...!

¿Cuál es la causa de esta desviación de los principios jurídicos que forman la esencia de la Ley de Accidentes? Esa causa no es otra que la de haber ido a buscar “el espíritu de un legislador” en lugar de buscar el “espíritu” de la ley.

Decía más arriba, (pág. 6) que aplicar la ley con el criterio que resulta de la investigación de una voluntad que pudo o no existir muchos años atrás, conducía al absurdo de sostener que el legislador

---

(11) Saleilles: Prólogo citado, Pág. III.

de hace un siglo y no el juez de hoy, es el que debe resolver un litigio traído a la decisión de éste. Y, en efecto, el ejemplo que acabo de presentar lo demuestra en forma indudable; supongamos que, a semejanza de lo que ocurre con muchas leyes — y aún con buena parte de la misma ley de accidentes del trabajo — no se hubiera discutido el artículo 26 y se hubiese aprobado tal cual está. ¿Qué habría hecho el juez para interpretar su alcance? Seguramente, se habría embarcado en la tarea de *construir* esa intención del legislador que no halló expresada, — dada su tendencia acentuadamente tradicionalista en materia de interpretación — y para ello habríase hecho esta reflexión: el legislador ha querido, con esa ley, proteger al obrero, asegurarle, entre otros beneficios, el de la asistencia médica; para que este beneficio se haga efectivo en el preciso momento en que el obrero necesita de él, ha establecido a priori la responsabilidad patronal, haciéndola nacer en el instante mismo de ocurrir el accidente (art. 5° de la ley); luego pues, el patrón está obligado a proporcionar y pagar esos servicios médicos.

Tal hubiera sido, sin duda alguna, la conclusión que habría presentado como intención del legislador, no obstante expresar su concepto subjetivo respecto del alcance de aquella cláusula.

Pensando por su exclusiva cuenta, el juez habría llegado, por la gravitación propia de concepciones jurídicas que están en el ambiente científico de los tiempos presentes, a interpretar el verdadero espíritu de la Ley de accidentes del Trabajo.

Habría llenado, así, su elevada misión, con absoluta probidad intelectual, sin sometimientos serviles a opiniones ya caducas y a principios que la ciencia de hoy rechaza.

Pero el juez halló más cómodo no pensar nada, y averiguar lo que opinó un diputado, entregando a esa opinión, emitida hace muchos años y que tal vez ya no la mantenga su propio autor, la decisión del conflicto de derecho que las partes le sometieron. De tal suerte que no fué él quien falló la causa sino aquel legislador, que viene así, sin pensarlo y tal vez sin quererlo, a suplantar al juez en su función de intérprete de la ley. El absurdo a que me he referido queda pues de manifiesto: si el juez no hubiese tenido por delante la intención de un legislador, habría resuelto la litis según su propio pensamiento, en sentido inverso a lo que lo hizo entregando la solución a la opinión de aquél.

El punto de vista que sostengo en esta cuestión, no significa, por cierto, desconocer que el juez pueda consultar otras opiniones de tratadistas, legisladores, etc.; por el contrario, sostengo la necesidad de estas consultas, ya que ello implica estudiar el punto discutido, pero sí afirmo que esta labor consultiva debe ser completada con el trabajo de apreciación crítica de las opiniones, de selección de ideas y pensamientos, confrontación de principios, para construir, después, la concepción que conduzca a la realización del derecho, al imperio de la justicia. El juez debe ser el primer soldado en el ejército de los que luchan por el derecho, y de los que combaten aquello que Leopoldo Alas llamaba, con exquisita galanura, “Quietismo jurídico”

Es necesario romper con el prejuicio de que la ley es todo el derecho, ya que ni siquiera es siempre el buen derecho; es preciso sacudir el yugo de un servilismo legalista que deprime las conciencias, apaga la luz de la razón, y condena al espíritu humano, a “un optimismo superficial, excesivo, abstracto, absurdo, optimismo que es materialista al negar a la acción humana una influencia capaz de destruir los efectos del determinismo natural en la obra del espíritu y que, por otro lado, es cándidamente providencialista y casi idólatra al esperar de lo alto una misteriosa y salvadora fuerza invisible que ha de ir realizando el ideal de justicia, en cada momento, según su grado, por un proceso invariable, pero seguro, ajeno a la voluntad del hombre”. (12) La frase que he transcripto y que Leopoldo Alas empleaba para fustigar la corriente providencialista y el quietismo infiltrados en el pensamiento jurídico de su época, es oportuna y aplicable a la tendencia tradicionalista en la interpretación de la ley, que, al igual que aquélla, paraliza la vida del derecho y ahoga en germen todo progreso jurídico que no venga exclusivamente de la ley.

Y aquí creo oportuno salir al paso a una objeción que ya me parece verla formulada. Se dirá que toda esta aspiración hacia un continuo progreso del derecho, por muy laudable que sea, puede ser llevada a la realidad únicamente por la ley; que es el legislador el que debe hacerse eco de las nuevas ideas, de las exigencias de una vida social continuamente renovada.

---

(12) Prólogo al libro de Ihering: La lucha por el Derecho.



Que en virtud del principio, universalmente consagrado en derecho político, de la separación de los poderes, el juez no podría jamás desenvolver con libertad su pensamiento, porque ello importaría invadir la esfera de acción propia del poder legislativo, haría incierto el derecho, e introduciría un fermento de arbitrariedad en las decisiones judiciales.

Todo esto, sin embargo, sería puramente efectista.

No hay duda que al legislador corresponde la tarea de reformar las leyes; pero ¿de dónde toma los elementos necesarios para la reforma? Sin duda que ya nadie pensará en el super-hombre que, eual Moisés, enviado de la divinidad, ha de venir a dictar un nuevo Decálogo, a reformar la legislación con prescindencia de lo que la ciencia jurídica haya hecho hasta el momento de su llegada. El legislador no podrá hacer otra cosa que convertir en derecho positivo los principios jurídicos que la ciencia ha madurado y que la experiencia reclama; él toma del ambiente los elementos para su obra y ese ambiente ha sido formado por el trabajo conjunto de la doctrina y de la jurisprudencia, trabajo que debe ser superado por el legislador. He aquí, pues, al legislador, utilizando la obra del juez, tomando de la jurisprudencia, una cantidad de esos principios que, al decir de Ihering, se elevan sobre el terreno del derecho y de los que las leyes no hacen mención alguna.

Pero, para ello, es necesario que los jueces hayan trabajado en el perfeccionamiento de las leyes vigentes mediante una sabia armonización de sus preceptos con las ideas jurídicas aceptadas en su época. Resulta así una interacción en la obra de los poderes legislativo y judicial, que nadie discute y cuya eficacia es universalmente reconocida.

Por otra parte, la separación de los poderes, sobre no ser absoluta, jamás podría convertir al juez en un autómatas, menos aún cuando las leyes, lejos de prever todas las cuestiones que han de regir, contienen enunciaciones de carácter general y dejan librado, precisamente a la interpretación, el encuadrar los casos concretos dentro de esas enunciaciones. No se invade la esfera del poder legislativo en esta tarea, puesto que es de la esencia del poder judicial interpretar las leyes, es decir, fijarles su alcance; más aún, todos los códigos civiles, desde los de vieja estirpe hasta los modernos, reconociendo su impotencia para comprender la infinita variedad de hechos que la vida

social va produciendo y que deben ser reglados por el derecho, contienen disposiciones como la que ya antes cité del Art. 1° del Código Civil Suizo, y del 16 del nuestro, el primero que autoriza al juez a construir la norma aplicable cuando no haya disposición legal o principio consuetudinario que rija el caso, y el segundo que, en análogas circunstancias — no habla, sin embargo, de la costumbre — manda resolver la cuestión por los principios generales del derecho. Y esto ¿no importa dejar un amplio margen a la concepción subjetiva, sin que nadie desconozca su necesidad y sin que pueda sostenerse que ha creado la inseguridad en las relaciones jurídicas, ni entronizado la arbitrariedad de los jueces?

Todo depende, sin duda alguna, de que el intérprete sepa colocarse en el justo medio: Cuando la ley es clara y terminante respecto de una cuestión dada, es decir, cuando su texto trae la solución del caso concreto sometido a decisión, no cabe, por cierto, interpretarla; la ley debe, entonces, ser aplicada. Pero esto ocurre en el menor número de casos, y la generalidad de las veces el juez debe buscar el espíritu del derecho aplicable.

Demostrado ya el error científico y práctico que implica confundir el “espíritu” de la ley con la intención del legislador, creo llegado el momento de precisar el concepto de lo que debe entenderse por “espíritu del derecho”.

Siguiendo la genial concepción de Montesquieu, que al decir de Del Vecchio, (13) representa una anticipación a su tiempo, he afirmado que el “espíritu del derecho” es el conjunto de relaciones que las leyes deben guardar con la vida social; corresponde ahora fijar el “criterio” de determinación de esas relaciones.

La circunstancia de haber tomado la obra de Montesquieu como punto de apoyo para mis conclusiones, no debe, sin embargo, interpretarse como signo de absoluta coincidencia de ideas. Esa coincidencia sólo existe en lo relativo a la noción general acerca del espíritu de las leyes; pero hay una honda sima entre el pensamiento del ilustre filósofo y mi modesto sentir, respecto a la aplicación de las leyes. Esto, por otra parte, no es sino, consecuencia de los dos siglos que separan a Montesquieu de los tiempos presentes.

Para el sabio autor de las “Cartas persas”, las leyes son algo

(13) Jorge Del Vecchio: Los Supuestos Filosóficos de la noción del Derecho. Traduc. española de Mariano Castaña, Pág. 73.

así como el precipitado jurídico que gobierna a la sociedad humana, y al aplicarlas, los jueces no hacen más que hacer hablar a la ley su propio lenguaje. Carecen por completo de la libertad de juicio que yo entiendo deben tener.

Veamos, sino, lo que nos dice (14) hablando de estas cosas: “Podría ocurrir que la ley, que es al mismo tiempo previsor y ciega, fuese, en casos dados, excesivamente rigurosa. Pero los jueces de la Nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, *seres inanimados*, que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la misma”. Y en otra parte (pág. 227) se expresa así: “Pero si los Tribunales no deben ser fijos, los juicios deben serlo; de tal suerte que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley. Si fueran nada más que una opinión particular del juez, se viviría en sociedad sin saberse exactamente cuales son las obligaciones contraídas”. Se advierte que las ideas de Montesquieu son fundamentalmente opuestas a las que he desenveultado respecto al contenido de las leyes y a la función de los jueces; es que, en la época en que aquello se escribía, el concepto del derecho se fundía en el de la ley, y ésta, como expresión del supremo poder del estado, debía colocarse por encima de la voluntad y del poder de sus voceros.

No se pensaba en la necesidad de una continua evolución del derecho para ponerlo en armonía con las nuevas formas y necesidades de la vida social—talvez por la lentitud de esas transformaciones—y menos aún mediante aplicaciones nuevas de los mismos textos legales. En la fijeza de las decisiones judiciales se veía la única garantía de los derechos; y esto lo expresaba Montesquieu diciendo: (15) “Las decisiones de los Tribunales deben ser conservadas, deben ser aprendidas, para que se juzgue hoy como se ha juzgado ayer y para que la propiedad y la vida de los ciudadanos tengan en las decisiones precedentes fijos, tan fijos y seguros como la Constitución fundamental del Estado”.

A pesar de esto, hay pasajes en la obra del pensador francés, relativos a la aplicación de la ley, que pueden servirnos como antecedente valioso para fijar el “criterio” a que antes me he referido, y que bien merecerían ser léídos por aquellos que, aún hoy,

---

(14) Montesquieu: Ob. Cit. Tomo I, Pág. 234.

(15) Pág. 103, Tomo I.

carecen de una noción exacta acerca de lo que es el “espíritu” de la ley. Discurriendo acerca de “cómo se perdieron los códigos de leyes de los bárbaros, nos dice: (16)

“Convertidos los feudos en hereditarios y habiendo adquirido extensión los retrofeudos, se introdujeron nuevos usos a los que no eran aplicables las disposiciones de aquellas leyes. (Se refería a las leyes sálicas, ripuarias, borgoñonas y visigodas). Se *conservó su espíritu, que era arreglar casi todas* las cuestiones por medio de multas; pero sin duda, por haber cambiado los valores, cambiaron también las multas; y existen muchas cartas en las que los señores fijan las que debían pagarse en sus Tribunales particulares. Esto quiere decir que se siguió el espíritu de la ley, no la ley misma”.

¿Cuál era, aquí, el “espíritu de la ley”? El mismo nos lo dice: arreglar casi todas las cuestiones por medio de multas; es decir, que por tal “espíritu” se entiende el propósito de la ley, o, mejor aún, *la finalidad* que la ley persigue con relación con el estado social al cual se aplica. Adviértase que no se menciona para nada la opinión o intención del legislador. Y no es este un pensamiento aislado de Montesquieu; en la pág. 236 del T. II se lee un párrafo de sentido análogo al que he transcripito.

Bien, pues, tratando de fijar ahora, no ya el espíritu de la ley, sino el “espíritu” del derecho positivo o sea el conjunto de relaciones que las leyes deben guardar con la vida social, es necesario, para hallar el “criterio” de determinación de esas relaciones, partir del concepto del derecho.

¿Qué es el Derecho? No entraré en disquisiciones acerca de la noción del derecho porque saldría de los límites de este trabajo, y excedería la competencia de su autor, y porque, aun cuando mucho se ha escrito y discutido por juriscultos y filósofos, sin llegar a un perfecto acuerdo sobre este tema, existe en la conciencia de todos un punto de coincidencia que basta para tener un concepto general del derecho, con prescindencia de escuelas.

Veamos, sin embargo, lo que insignes maestros enseñan a este respecto:

Levy Ullmann, (17) después de analizar, con amplitud y ad-

(16) Ob. Cit. T. II, Pág. 260.

(17) V. Henri Levy Ullmann: “La Definición del Derecho”. Traduc. Esp. de César Cargano y Marín, Pág. 182.

mirable claridad, las diversas definiciones que del derecho se han dado, llega a formular una, comprensiva de los diversos aspectos del derecho, a mi juicio, bastante completa. Dice así: “el derecho es el deslinde de lo que los hombres y sus agrupaciones tienen la *libertad* de hacer y de no hacer sin incurrir en una condena, en un embargo, o en una acción particular de la fuerza”. Se destaca aquí, como idea central, la noción de *libertad*, puesta en relación con la actividad de los hombres y de sus agrupaciones; el derecho resulta así, según la bella expresión de Ch. Beudant, citado por Levy Ullmann, una “armonía de las libertades”. Y para que esa libertad pueda ejercitarse en forma que haga posible la convivencia de los hombres en sociedad, es decir, para alcanzar esa “armonía de las libertades”, el derecho “deslinda” lo que cada uno puede hacer.

Para Stammler (18) “La noción del derecho no es más que un aspecto del problema de la voluntad. . . El derecho es pura y simplemente una voluntad que tiende a la consecución de determinados *fin*es, valiéndose de aquellos *medios* que pueden servir para su realización”.

Aún cuando difieran por su origen ambas definiciones, — ya que una es esencialmente jurídica y la otra más bien filosófica — creo posible una armonización entre ellas, necesaria para lo que deseo llegar a establecer. Los *fin*es que la voluntad de que nos habla Stammler persigue, no son otros que la “armonía de las libertades” a que Levy Ullmann aspira; y el *medio* de obtenerla, es el deslinde del campo de la actividad individual.

Ihering también afirma que el derecho es una idea práctica que persigue un *fin* “y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio”. (19) Es cierto que no cabría tomar aquí el fin, por el derecho mismo, como tampoco podríamos decir que el “deslinde” a que se ha hecho mención sea el único medio para conseguir aquél, puesto que, a su vez, ese “deslinde” exige el empleo de otros medios que, como la coacción, son de la esencia del derecho positivo. Por su parte, Del Vecchio (20) nos proporciona otro concepto del derecho, armónico

(18) R. Stammler: Ob. Cit. Pág. 73.

(19) R. von Ihering: La lucha por el Derecho. Pág. 1.

(20) Jorge Del Vecchio: El concepto del Derecho. Traduc. Esp. de Mariano Castaño, Pág. 148.

con su posición filosófica neo-kantiana; así nos dice: “el derecho es la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina, excluyendo todo impedimento”.

Bien, pues; no obstante la distinta orientación ideológica de la que han nacido algunas de las nociones que he transcrito — Stammler y Del Vecchio son, sin embargo, neo-kantianos — es posible desentrañar un concepto suficiente al objeto de este trabajo. Sea que consideremos al derecho como el deslinde de lo que cada individuo o agrupación de individuos puede hacer, dentro de la “armonía de las libertades”, ya lo tomemos como una expresión de voluntad con vista a determinados fines, o bien como una coordinación objetiva de las acciones de los hombres, siempre encontraremos este punto de coincidencia: el derecho procura la convivencia armónica de los hombres en sociedad, para lo cual utiliza los medios que legítimamente le permitan satisfacer esa finalidad.

Ahora bien; ¿cómo se realiza esa convivencia armónica? o mejor aún, ¿qué noción debe presidir la realización de esa convivencia? Esa noción no puede ser otra que la noción de *justicia*, y al derecho corresponde sacar la idea de justicia del campo de lo trascendente y llevarla, envuelta en suave manto de armiño, al terreno de la realidad.

El derecho se convierte así, en el “precipitado histórico de la idea de justicia”, y cumple su finalidad dando “al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”.

Pero si es exacto que el derecho positivo es el “precipitado histórico de la idea de justicia”, esta idea “no se agota en el hecho histórico positivo, estando demostrado por su perpetuo renacer en la conciencia como exigencia absoluta, frente a sus actuaciones empíricas o relativas. Como el Saturno de la antigua fábula, la conciencia devora, por decirlo así, a sus criaturas, y de las soluciones ya dadas al problema de la justicia, extrae argumentos para plantear nuevamente el mismo problema que quiere resolver de un modo autónomo. Sin esta vocación y actividad inextinguible de la conciencia, no se explicaría la vida histórica del derecho, ya que precisamente de aquella actitud originaria e inextinguible depende el crear continuo

de las relaciones sociales y de las reglas que las regulan. <sup>(21)</sup> Resulta así, según lo confirman los admirables párrafos del ilustre Del Vecchio, que si bien el derecho positivo es emanación de la idea de justicia, no es, sin embargo, “el último término ni la instancia suprema, ni al par de toda realidad histórica tiene algo de inestable y caduco y está sujeto a evoluciones o revoluciones”.

El derecho persigue entonces un *fin* y ese fin es la realización positiva de la idea de justicia; y siendo esta idea de justicia inagotable, y cambiante por obra de esa actividad inextinguible de la conciencia y de las transformaciones sociales, el derecho necesita también ir transformándose en forma tal que pueda siempre cumplir su finalidad: realizar la justicia que la conciencia histórica exige en cada momento de la vida colectiva.

La ley, expresión de derecho positivo, es ineficaz por sí sola, para realizar el fin del derecho, y de ahí que necesite ser completada con todo el resto de elementos jurídicos que forman, en conjunto, el derecho positivo. Esta obra complementaria de la ley es la que incumbe al intérprete, sea doctrinario o juez. A éstos corresponde tomar los “gérmenes o núcleos vitales” de aquel tanto de justicia incorporado a la ley, y “trabajar sobre ellos en los límites del sistema, para conseguir mayores desenvolvimientos. Todo el que sepa (y los juristas lo conocen), cuan amplio margen dejan, necesariamente a los intérpretes las formulaciones jurídicas positivas, y como todo sistema, aún aparentemente “cerrado”, tiene en realidad sus “válvulas”, y sus medios naturales de renovación, transformación y crecimiento”, <sup>(22)</sup> no puede desconocer la elemental exigencia de que en esa interpretación se procure cumplir el fin del derecho, la realización de la justicia, dando a la ley el alcance que esa realización exija.

Para hacer esa interpretación no debe olvidar que la idea absoluta de la justicia “se presenta como válida y eficaz contra un sistema positivo vigente, cuando éste, por “detención de desarrollo” u otras perturbaciones patológicas en su organismo, oprime y ahoga en sí sus propios gérmenes, de forma que impide la normal renovación de su estructura; cuando, en suma, las determinaciones del sistema vigente contrasten irreparablemente con aquella exigencia ele-

(21) Giorgio Del Vecchio: La Justicia. Traduc. española de Luis Rodríguez Camuños y César Sancho, Pág. 113.

(22) Del Vecchio. La Justicia. Pág. 117.

mental de la justicia, que es la razón de su vida, y que renace imperiosamente de continuo en la conciencia”. (23)

Ahora bien, ¿cómo consigue el intérprete dar efectividad a la noción de justicia?

He aquí un interrogante cuya respuesta me permitirá coronar el presente trabajo.

Para que la noción de justicia adquiriera realidad, debe el intérprete buscar el espíritu del derecho y este espíritu lo encontrará poniendo en relación la ley y los demás elementos jurídicos que, en suma, forman el derecho positivo, con la vida social.

Analizando las condiciones psíquicas, económicas y morales de la sociedad en la cual el derecho ha de aplicarse, y relacionando éste con aquellas condiciones, el intérprete encontrará la forma de aplicación que lo conduzca al fin del derecho, a la realización de la justicia.

He ahí la suprema y noble tarea de lo que he llamado “El espíritu del Derecho Positivo”.

Y ya que al comenzar estas líneas pretendí atraer la curiosidad de los que hubieran de leerlas, recurriendo al nombre ilustre y venerado de Montesquieu, he de cerrarlas con las palabras de otro grande y sabio filósofo del Derecho, de Rodolfo von Ihering, de cuya inteligencia privilegiada ha recibido la ciencia jurídica un legado imperecedero de sabiduría. Estudiando con la profunda penetración que le caracteriza, el organismo jurídico y las fuerzas que lo impulsan, dice el gran maestro: “En cada vena sentimos llenos de vida y más o menos rápidos los latidos de las ideas generales, y la pulsación de los deseos, de las aspiraciones de un pueblo y de una época que, llevando lentamente y de una manera apenas perceptible su alimento a las diversas instituciones sometidas a las fluctuaciones del tiempo, verifican en todo el organismo la mutación correspondiente. Tal es el elemento *psíquico* del derecho, que en su carácter exterior viene a ser lo que el alma al cuerpo. El espíritu del pueblo y el de la época, pues, son el espíritu del derecho”. (24)

MAURICIO L. YADAROLA.

Profesor en la Escuela Profesional anexa  
a la Fac. de Ingeniería y en la Escuela  
Superior de Comercio

(23) Del Vecchio: La Justicia. Págs. 118-119.

(24) El Espíritu del Derecho Romano. T. I, Pág. 59.