

1. ERNEST FUCHS Y LA DOCTRINA DEL DERECHO¹.

Juan Antonio García Amado

Die Erneuerung unseres Rechtslebens muss mit den
Hochschullehrern beginnen (Fuchs 1912a: 63)
Nur die schreiben gute Bücher, die eigentlich keine Zeit
dazu haben (Fuchs 1912a: 65)

Las últimas décadas del siglo XIX y, especialmente, las primeras del XX suponen en el debate europeo en torno a la metodología jurídica una auténtica revolución. Las doctrinas hasta entonces dominantes, la Jurisprudencia de Conceptos en Alemania y la Escuela de la Exégesis en Francia, sufrirán un radical cuestionamiento en el marco de lo que Lombardi Vallauri ha denominado una epidemia de sinceridad (Lombardi 1967: 369). En efecto, un buen número de autores, de los que los más citados serían Geny, Ehrlich, Isay o Kantorowicz, amén del importante impulso inicial del segundo Jhering, concentrarán sus críticas en el carácter irreal y engañoso de la teoría de la subsunción, de la concepción del sistema jurídico positivo como completo y coherente, del ontologismo conceptualista. Se insistirá en que el derecho es un fenómeno social e histórico, en el que no cabe desconectar la normatividad jurídica y su interpretación de las realidades, necesidades y vivencias sociales, y en el que las lagunas no son la excepción, sino la regla, y se afirmará el carácter ineludiblemente creativo de la labor judicial.

En ese marco, las más rotundas críticas al patrón metodológico hasta entonces dominante en la teoría y la práctica, provendrán del llamado movimiento o doctrina del derecho libre². Y serán también los autores adscritos a ese movimiento los que recibirán los mayores reproches. Una y otra vez se les acusará de querer disolver el principio de legalidad, de propugnar un incontrolado activismo judicial y de pretender acabar con el principio de seguridad jurídica. La gran cuestión está en determinar qué papel juega la ley en la decisión judicial. Oscilan entre el radicalismo más extremo, justificando abiertamente la decisión contra legem cuando la norma legal vulnera el sentimiento de justicia o los requerimientos de las necesidades sociales, y posturas más prudentes, que se limitan a reivindicar una amplia libertad decisoria dentro de los márgenes del tenor literal de la ley. Ya en 1911

1. LIBRE Este trabajo se realizó en el marco del proyecto de investigación PS94-0150 de la DGICYT, que lleva por título: La metodología moderna de interpretación y aplicación del derecho.

2. Entre la reciente bibliografía en castellano sobre el tema merece ser citado el trabajo de Manuel Segura (Segura Ortega 1993), que ofrece una magnífica panorámica sobre este movimiento. Una muy rica antología de textos de la época en los que se puede examinar la gran polémica metodológica, así como una muy completa bibliografía, puede verse en Gängel/Miltrau 1992.

Kantorowicz publicó un decisivo trabajo, *Die Contra-legend Fabel*, en el que tilda de fábula a la acusación de que pretendían acabar con el principio de vinculación del juez a la ley. De todos modos, tales imputaciones seguirán proliferando y los autores del movimiento en cuestión continuarán moviéndose en un difícil equilibrio entre respeto a la legalidad y defensa de la libertad decisoria.

En este trabajo nos limitaremos al análisis de la obra de Ernest Fuchs, posiblemente el más radical y temperamental (Larenz 1994: 83) de estos autores, y uno de los menos conocidos en nuestros días. En Fuchs³ veremos plenamente expresadas las posturas, e incluso las contradicciones y ambigüedades de esta doctrina, pero comprobaremos también como en él se insinúan y anticipan muchas de las tesis que en nuestros días cobran pleno vigor.

1. Lagunas, casos, lógica.

Fuchs, en coincidencia con todos los autores del movimiento⁴, pone especial énfasis en demostrar que la ley no puede dar respuesta expresa a todos los casos posibles y que es quimérica toda invocación de la capacidad del sistema legal para autointegrarse. Y ataca especialmente la idea de que los conceptos jurídicos posean una especie de capacidad generativa que los haga capaces de producir por sí mismos nuevas soluciones para nuevos casos.

Como también dijo Kantorowicz, hay tantas lagunas como palabras (Kantorowicz 1906: 18). En palabras de Fuchs, la ley es siempre demasiado ancha y demasiado estrecha, y más de siete octavos de las decisiones del Tribunal del Reich son colmados de lagunas (Fuchs 1909: 220). Esto no puede ser de otro modo, ya que la ley se expresa en palabras y las palabras nunca pueden abarcar plenamente la realidad⁵. Es cierto que derecho y lenguaje se dan juntos (Fuchs 1926-27a: 26), pero dada esa insuficiencia del lenguaje para aprehender la compleja realidad, el arte del Derecho no puede ser una pura cuestión de palabras. Si las palabras de la ley retrataran exactamente toda realidad, la decisión jurídica sería inequívoca e indiscutible, entonces sí que podría verse como pura álgebra conceptual y no se necesitaría ni un sistema de recursos ni una legión de abogados (Fuchs 1912a: 24). Si

3. Sobre la biografía de Fuchs puede consultarse Foulkes 1965: 225ss. La lista completa de sus obras está recogida en Fuchs 1965: 261ss.

4. Ehrlich, en su obra de 1903, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, se proclama a sí mismo como el primero que hizo ver con claridad, en sus escritos de 1888 (*Über Lücken im Rechte*) y de 1893 (*Die stillschweigende Willenserklärung*), que las lagunas son la vía por la que el juez actualiza el derecho, echando mano de conceptos vagos como buena fe, naturaleza de la cosa, etc. (Ehrlich 1903: III-V).

5. Ya Ehrlich había dicho también que la palabra es una muy imperfecta herramienta del pensamiento, y nadie ha conseguido dominar las cosas por medio de las palabras (Ehrlich 1903: 27). Véase Fuchs 1920a: 497 y Fuchs 1920b: 150, resaltando lo que hoy llamaríamos la equivocidad del lenguaje ordinario.

la ley es siempre insuficiente y equívoca, no tendrá sentido propugnar la vinculación a la ley como fidelidad a la letra de la ley⁶.

Así pues, por la propia naturaleza del lenguaje legal, sumada a la dinámica social que hace aparecer continuamente nuevas realidades y problemas, las lagunas no son la excepción sino la regla en el Derecho, y todo caso práctico verdaderamente polémico muestra lagunas (Fuchs 1909: 220). ¿Qué es lo que hace aparecer una laguna?. La respuesta de Fuchs sería ésta: la especialidad del caso. Toda regla jurídica está pensada para un caso normal, pero circunstancias especiales del caso pueden siempre demandar una respuesta especial, y la esencia del arte jurídico estriba precisamente en reconocer esas circunstancias especiales (Fuchs 1912c: 466). La ley no puede abarcar la inagotable riqueza de la vida, y cuando la ley o la costumbre no fueron pensadas para un caso resulta injusto forzar la introducción de ese caso en dicha norma (Fuchs 1912a: 52).

De todos modos lo relevante a la hora de convertir un caso en especial, a la hora de atribuir una especial consideración a las circunstancias del caso, de modo que éste se sustraiga al criterio abstracto de la ley, es un elemento valorativo, un cierto sentimiento de justicia o equidad que lleva a ver como injusta la aplicación de la ley al caso que se tiene entre manos. Lo diferente de las circunstancias del nuevo caso se pondera a la luz de la justicia o equidad de atribuirle a ese caso la solución genérica de la ley. Para Fuchs, lo que determina cuándo existe una laguna no es la dicción literal, la palabra que la ley emplea, sino el que con arreglo a un cierto sentido común o experiencia se muestre que la ley no puede aplicarse al caso que se enjuicia. Aunque los términos de la ley estén claros, hay laguna, y no procede por tanto su aplicación, sino la decisión libre, cuando el caso no se inserte con equidad y justicia bajo ella, no bajo sus términos. Habría laguna cuando el encaje de un caso bajo la ley resulta contraituitivo, inadecuado o injusto⁷. Todo esto lo sintetiza Fuchs en la idea que para todo código y toda ley rige como primer artículo tácito lo siguiente: esta ley, como toda ley, tiene lagunas. Cada uno de sus párrafos tiene su límite allí donde su aplicación literal resulte inadecuada o irrazonable (Fuchs 1920b: 150).

Con esa pauta valorativa está dado también el criterio para la decisión en todos esos casos de laguna: las lagunas han de colmarse meramente con arreglo a la libre consideración de la equidad y la justicia, sobre la base de una completa investigación y ponderación, no de toda clase de expresiones de los escritos, sino de los intereses reales (Fuchs 1908: 86). Es el mismo procedimiento que se sigue

6. Véase Fuchs 1912b: 193.

7. Véase Fuchs 1909: 168-169; 219 y Fuchs 1929a: 295.

cuando la ley remite la decisión a la consideración de la buena fe, de la interdicción del abuso, de las buenas costumbres, etc.

Volveremos más adelante sobre los criterios decisorios que con carácter general propone Fuchs. Lo que aquí resulta interesante resaltar es el modo como Fuchs diferencia constantemente entre lo que, en terminología actual, llamaríamos casos fáciles y casos difíciles. Insiste Fuchs en que la doctrina del Derecho Libre es de aplicación sólo en los casos de lagunas (Fuchs 1912a: VI), con lo que pretende sustraerse a la acusación de que propugna la decisión contra legem, si bien, obviamente, con ello no decae la importancia del método propuesto, dado ese carácter omnipresente de las lagunas⁸. Dicho de otro modo, la libre decisión se impondría en los casos difíciles, mientras que en los fáciles, aquellos que exactamente y sin distorsión encajan en la letra de la ley, procedería la mera solución legal.

Para referirse a lo que hoy llamaríamos casos difíciles, Fuchs suele hablar de auténticos procesos (*echte Prozesse*) o casos límites, si bien puntualiza que éstos son los más (Fuchs 1925-26c: 251). Un proceso auténtico es aquél cuya solución no es inequívoca (Fuchs 1914: 273). Ahora bien, sabemos ya que las palabras de la ley son por definición equívocas, y el propio Fuchs resalta que de los términos aparentemente claros de una ley puede sacarse cualquier cosa, por lo que la llamada interpretación literal es puro subterfugio encubridor (Fuchs 1912a: 34; Fuchs 1922: 7). Y también sabemos que la clave del arte jurídico está precisamente en acertar a mostrar qué es lo que convierte un caso en especial. La pregunta capital, entonces, es dónde está el límite de ese poder del juez para poder convertir un caso en especial y sustraerlo a la dicción genérica de la ley, de modo que su actuación no pueda tenerse por arbitraria o prevaricadora. A esta pregunta contesta Fuchs en los siguientes términos: imperativo de la justicia, sentimiento jurídico general, exigencias del desarrollo jurídico, necesidades jurídicas emergentes, necesidades del tráfico, *exceptio doli generalis*; todas estas fórmulas no significan sino ponderación sociológica de intereses y justicia del resultado en casos especiales, en lugar de culto a la letra y álgebra conceptual (Fuchs 1914: 271). En suma, el juez valora el concreto caso que enjuicia a fin de ver si sus perfiles permiten aplicarle o no la solución legal de modo que el resultado sea justo. Cuando la conclusión sea negativa, esa exigencia de justicia llevará a subrayar lo que de especial hay en el caso y que determina la injusticia de aplicarle sin más la ley; de ese modo esas peculiaridades del caso lo sustraen del supuesto legal abstracto y se genera así una laguna, laguna que el juez deberá decidir ya no propiamente

8. El jurista nato, mediante su sentimiento jurídico (sensibilidad jurídica, sentido jurídico, conciencia jurídica) descubre siempre una laguna en el derecho positivo allí donde la inclusión bajo una norma no se aviene con el sentimiento de justicia o de equidad (Fuchs 1929b: 15).

contra legem, sino praeter legem, guiándose por los criterios decisorios que Fuchs propone y que luego examinaremos.

Ya vemos que la consideración del caso y de la justicia de su resultado prevalece sobre cualquier intento de hacer de la decisión jurídica un menester puramente lógico. Para Fuchs, la búsqueda del resultado justo impera sobre el sistema y la lógica⁹ (Fuchs 1928-29: 153) y el verdadero Derecho no tiene nada específico que ver con la lógica formal. Con la mera lógica nada puede probarse, y menos aún cabe completar el Derecho mediante la deducción a partir de conceptos¹⁰, de igual manera que tampoco la ponderación de intereses que el legislador realiza está guiada por las reglas de la lógica (Fuchs 1912a: 34). ¿Significan esas afirmaciones una apología del irracionalismo en el Derecho, un abandono de las reglas de la lógica en el razonamiento jurídico?, no. Lo que Fuchs cuestiona es la existencia de una específica lógica jurídica con capacidad para producir por sí misma las soluciones, cosa que en nuestros días resultará obvia, pero que responde al confusionismo de la terminología pseudológica manejada por la Jurisprudencia de Conceptos. Para Fuchs nada hay más objetivamente ilógico que una específica lógica jurídica (Fuchs 1909: 274). La lógica que está presente en el razonamiento jurídico es la lógica general, ese armazón intelectual que es atributo de todo ser humano en su sano juicio. Para los juristas cualquier otra lógica que no sea la lógica general no sólo es innecesaria, sino nociva (Fuchs 1909: 336). Contundentemente afirma que sin lógica no se puede ni construir una casa ni fabricar una máquina, y de la misma manera no cabe, sin lógica, hallar la verdad y el Derecho. La lógica está ahí presente de la misma forma que está presente la gramática en el lenguaje o la teoría de la armonía en una sinfonía; pero la lógica no hace al jurista, al igual que la gramática no hace al escritor o el conocimiento de las notas musicales al músico (Fuchs 1912a: 34). Lo que sucede es que la lógica en el Derecho no ocupará el lugar principal, sino un puesto subordinado. Más relevante ahí que la lógica formal será la lógica material¹¹ (Sachlogik). En el Derecho la prioridad lógica pertenece a los hechos (1909: 266). Es cierto que desde un punto de vista lógico toda sentencia es una conclusión a partir de una premisa mayor extraída del Derecho y una premisa menor consistente en un hecho efectivo. Pero para llegar ahí

9. En los procesos auténticos, o en los casos difíciles como diríamos hoy, no decide la lógica, sino el resultado práctico. En todo auténtico proceso ambas opciones pueden ser igualmente defendidas desde un punto de vista lógico (Fuchs 1912b: 194). Las cuestiones jurídicas que en dichos procesos se debaten se despliegan en la movieda frontera de los conceptos (Fuchs 1929a: 293).

10. Puntualiza Fuchs que no se pretende atacar al pensamiento sistemático, pero lo que sí se ha de abandonar es el realismo conceptual, la deducción de verdades jurídicas a partir de conceptos y sin atender al resultado (Fuchs 1920c: 8). Creer que con la mera reflexión se pueden alcanzar verdades es una errónea sobrevaloración de la actividad intelectual pura (intelectualismo o racionalismo), (Fuchs 1918-19: 13). Obviamente, con todo esto Fuchs está atacando la raíz de la Jurisprudencia de Conceptos.

11. Cada ciencia tiene, además de las leyes generales del pensamiento, su especial y específica lógica material (Fuchs 1920c: 8).

es preciso, previamente, averiguar la verdad de los hechos e interpretar el Derecho (Fuchs 1908: 94).

Desde una perspectiva actual, poco aportarán, quizá, estas últimas consideraciones de Fuchs. Pero importan por lo que significan de origen¹² de tesis que hoy son lugar común en la doctrina. Sus críticas al logicismo y conceptualismo y su insistencia en la relevancia central del caso dejan poco lugar a la originalidad de doctrinas posteriores, que hicieron de tales asertos el eje de sus tesis.

2. La decisión jurídica y la interpretación.

En el movimiento del Derecho Libre el componente crítico supera en peso a la propuesta constructiva¹³. Se ensañan sus autores, y especialmente Fuchs, con la doctrina metodológica anterior; pero al tiempo de elaborar unas pautas metodológicas alternativas, sus tesis son más vagas y se mueven en cierta ambigüedad. Quizá por eso fue mayor la efectividad de su crítica que el éxito de sus propuestas. De todos modos, es posible decantar en algunos hitos centrales la propuesta de Fuchs a este respecto, y nuevamente veremos cómo aparecen, poco más que como intuiciones escasamente desarrolladas, tesis que en nuestros días forman el núcleo de las doctrinas que se tienen por más innovadoras y que concentran casi en exclusiva la atención de los estudiosos del tema.

Hay un cuestionamiento rotundo del modelo de juez y de decisión judicial que sostenía la doctrina anterior y se subraya el componente ineludiblemente creativo de la actividad judicial. El juez y jurista que propugna el estricto apego a la letra de la ley sería, para Fuchs, como el criado al que en invierno se le ordena que encienda diariamente la calefacción y en verano sigue encendiéndola cada día porque el mandato no ha sido revocado (Fuchs 1909: 195). Al proceder de tal manera se desconoce que el Derecho no se puede desvincular de las circunstancias y necesidades sociales, ni de las peculiaridades de cada caso. Se pierde de vista así que los jueces no son como cocineros que tengan que cocinar siguiendo recetas acabadas, sino que son ellos los que dan su orientación determinante a los casos difíciles (Fuchs 1912a: 129). Frente al modelo de juez máquina, la verdadera justicia judicial tendría en su núcleo más íntimo algo de artístico (Fuchs 1907: 133). Fuchs compara continuamente la labor jurídica, especialmente la judicial, con la práctica de la medicina o con el trabajo artístico.

12. No hay que perder de vista que en el origen de esas tesis están también otros autores ya mencionados, como Ehrlich o Kantorowicz. Kantorowicz decía también que sería ridículo que el nuevo movimiento rechazara la lógica por inútil, pero lo que no se puede admitir es que se haga pasar por resultado de la lógica lo que es producto de la voluntad. ¡Qué cosas se hacen pasar por hijas de la señora lógica!, concluía Kantorowicz (1906: 23).

13. Esto ya lo resaltó Max Rumpf en 1910, refiriéndose a Fuchs (Rumpf 1910, p. 148).

Veamos un nuevo ejemplo de esto último: Una buena sentencia -dícese diferencia de la labor de una máquina en dos cosas. Por un lado, no es mera obra de una técnica de disección de conceptos (Winscheid), sino que es como una obra arquitectónica que se adapta bien a las peculiares condiciones espaciales y, al mismo tiempo, es sobre todo una obra de arte inspirada por un sentimiento jurídico. Y, simultáneamente, en todos los casos límite -que son los más- es una obra guiada por convicciones (Fuchs 1925-26c: 251).

Como ya sabemos, la clave decisoria la proporciona el caso. El adecuado proceso de decisión no es deductivo, sino inductivo (Fuchs 1909: 187-188). El juez selecciona la norma a partir del propósito central de hacer justicia para el caso. Ahora bien, con esto cabe entender que la decisión jurídica es mera decisión en conciencia, guiada simplemente por la opinión o el sentimiento del juez. Más adelante veremos qué papel le toca al llamado sentimiento jurídico. Pero en este momento conviene precisar el modo en que Fuchs hace de la decisión jurídica una decisión con un fundamento social y no una mera opción personal y gratuita¹⁴. Lo que el juez ha de realizar es una ponderación de intereses, tratando de dar satisfacción al interés social, a un cierto interés general. El método que se propone, y que según Fuchs trata de reemplazar la ideología por la razón natural práctica (Fuchs 1909 16), tiene su clave en una ponderación de intereses que trata de determinar qué interés es el de más peso y el más social desde el punto de vista de la generalidad (Fuchs 1909: 19). Puesto que todas las cuestiones jurídicas tienen un trasfondo sociológico (Fuchs 1909 39), la perspectiva social es la determinante. El juez debe comenzar por conocer los intereses reales que se enfrentan en el litigio que ha de decidir y sopesarlos a la luz de la justicia, es decir, ha de proceder como lo haría el legislador si él tuviera que decidir la cuestión (Fuchs 1908: 72). En suma, el juez primeramente considera las circunstancias del caso para ver si encaja de modo justo bajo la norma legal, y si la respuesta es negativa y estamos ante una laguna, el juez decide el caso ponderando intereses a la luz del interés general y sobre la base de un adecuado conocimiento de su sociedad, como lo haría el legislador.

Lo anterior nos hace ver que la justicia que se invoca no es un sentimiento puramente subjetivo y arbitrario. Fuchs insiste en que la equidad que preside la labor del juez no es la pura equidad del sentimiento, no es pura subjetividad, sino que está presidida por la atención a las necesidades sociales y del tráfico, por la conveniencia general¹⁵. El juez es representante de la cultura y los conocimientos

14. Arthur Kaufmann, parafraseando la expresión criptosociologismo que Fuchs utiliza, acusa al movimiento de Derecho libre de criptonormativismo, pues estos autores presupondrían ciertos parámetros o criterios valorativos de la decisión que no fundamentan científicamente (Kaufmann 1965: 13). En lo que sigue veremos que en Fuchs sí se contiene un cierto desarrollo doctrinal a ese respecto.

15. Véase Fuchs 1920a: 499 y Fuchs 1926-27a: 29.

de su tiempo, por lo que sus juicios deben coincidir, y generalmente coincidirán, con lo que en cada tiempo resulte más razonable y adecuado (Fuchs 1909: 82). Llegamos así a una serie de afirmaciones de Fuchs que parecen anticipar algunos de los postulados centrales de las actuales teorías de la argumentación jurídica. Dice por ejemplo que una sentencia es correcta cuando es aprobada por los ciudadanos legos del correspondiente círculo vital que sean justos, informados y razonables, y es errónea en la medida en que sea rechazada por dichos ciudadanos (Fuchs 1909: 73). Y otro texto muy relevante a este respecto es el siguiente: el juez debe buscar la sentencia que sea correcta con arreglo al sentimiento jurídico de aquellos conciudadanos que sean honestos, razonables, informados en el asunto, imparciales y justos a la hora de ponderar los intereses en pugna¹⁶ (Fuchs 1912a: 138). Y repárese igualmente en las resonancias de la siguiente afirmación: una disputa sociológica¹⁷ puede terminar cuando yo convengo a mi rival de que de la opinión que defendiendo resulta la regulación más justa y más adecuada en la práctica (Fuchs 1909 39).

El empleo de ese criterio decisorio de base consensual acarrearía, además, varias ventajas que resolverían otros tantos defectos de la jurisprudencia al uso: acabaría con la *Weltfremdheit* de los juristas y de la jurisprudencia, aseguraría la *Volkstümlichkeit* de las resoluciones judiciales y aumentaría el carácter democrático del Derecho.

Weltfremdheit y *Volkstümlichkeit* son dos tópicos que se repiten continuamente en la literatura metodológica de la época. Con el primero de esos términos se alude a la ajenidad o alienación, al alejamiento del mundo real a que ha conducido una teoría del Derecho y una metodología más preocupados por el preciosismo conceptual y por la coherencia del sistema de conceptos que por las necesidades y la evolución real de la sociedad. Y por esa misma razón se afirma que las resoluciones judiciales no son *volkstümlich*, es decir, adecuadas al sentir y las inquietudes de los ciudadanos. Pues bien, para Fuchs la *Weltfremdheit* significa la defectuosa familiaridad con la vida real y su acontecer social y económico. Cada vez es más profunda -añade- la cesura entre la jurisprudencia y el sano sentimiento jurídico, entre Derecho de juristas y Derecho del pueblo (Fuchs 1907: 6). Esa desconexión del juez frente a la realidad que le circunda obedece tanto

16. Importa poner de relieve que este párrafo se sitúa en el contexto de la refutación de Fuchs a la idea de espíritu del pueblo de Savigny. Para Fuchs la decisión judicial ha de conectar con el sentimiento popular, pero niega que pueda existir la mítica unidad del pueblo de que habla Savigny. Por otro lado, un texto similar al anterior, remitiéndose al consenso mayoritario y bien informado como criterio de corrección, puede verse en Fuchs 1909: 236. Y puntualiza también que el juez no debe seguir una opinión pública desviada, pero en la mayoría de las ocasiones la opinión común del hombre se corresponde con el sentimiento jurídico general y con el *gesunde Menschenverstand* (Fuchs 1908: 71-72).

17. Cuando habla de disputa sociológica se refiere Fuchs al modo de enfocar la resolución del litigio jurídico por el propuesto, esto es, atendiendo a las circunstancias y necesidades sociales y no a la pura disquisición conceptual y pseudológica.

a su escasa preparación en materias sociales y económicas como a las carencias del método conceptualista¹⁸. Acabar con ese distanciamiento de la jurisprudencia será tanto como convertir sus resoluciones en acordes con el sentir y las inquietudes de los ciudadanos¹⁹, será hacerla volkstümlich. Y una jurisprudencia así popular deberá expresarse en sentencias comprensibles, eliminando de ellas toda vacía erudición y todo carácter libresco²⁰. Y también el estricto legalismo se opone a la volkstümlichkeit²¹. Concluye Fuchs que ese acercamiento de la jurisprudencia al sentir social, en detrimento de un intemporal conceptualismo y de una lógica que se pretende pura técnica, significa un mayor carácter democrático de la actividad judicial. De esta forma, el método que el movimiento del Derecho Libre propugna se correspondería –dice Fuchs en 1925- con el régimen democrático que en Alemania se ha instaurado, mientras que la Jurisprudencia de Conceptos cuadraría con el anterior absolutismo estatalista (Fuchs 1925-26c: 252).

Dentro de este apartado aún podemos señalar otra importante precisión con la que Fuchs se anticipa a la doctrina posterior. Tiene claro que toda interpretación del Derecho y toda decisión jurídica tienen carácter valorativo²². Y por mucho que se propongan, en los términos que acabamos de ver, los criterios que han de guiar esas valoraciones, no nos movemos en un marco de segura objetividad y soluciones indiscutibles. De ahí que Fuchs insista en que es fundamental para el nuevo método que se prescinda de todo intento de enmascarar las valoraciones bajo el manto de una técnica objetiva y que las valoraciones que el juez realice se hagan explícitas y se sometan a la discusión abierta. El Derecho Libre exige que los verdaderos fundamentos de la decisión se sometan a la abierta contraposición de opiniones²³ (Fuchs 1918c: 20). Sólo cuando conocemos los verdaderos fundamentos de la decisión podemos debatir honestamente (Fuchs 1909: 84).

No es extraño que, con todo lo anterior, Fuchs profese una profunda admiración al famoso artículo 1 del Código Civil suizo, admiración que era compartida por todos los autores de la época que eran críticos con el logicismo y conceptualismo. Es bien sabido que dicho artículo establece que en defecto de ley o costumbre el juez decidirá según la regla que él mismo establecería como legislador. Con ello se estaría reconociendo abiertamente el carácter creativo de la jurisprudencia, máxime si se da a la presencia de las lagunas el alcance tan amplio que Fuchs les asigna y que antes hemos visto.

18. Véase Fuchs 1912a: V, 22.

19. Véase Fuchs 1918b: 382.

20. Véase Fuchs 1909: 36-37.

21. Para la verdadera ciencia jurídica popular (...) la ley no es más que un límite elástico (Fuchs 1909: 101).

22. Véase por ejemplo Fuchs 1912c: 467.

23. Véase también Fuchs 1912b: 195; Fuchs 1912a: 128; Fuchs 1909: 3.

Sostiene nuestro autor que un párrafo similar debería introducirse en el BGB, y para el mismo propone la siguiente redacción, en la que se sintetizan sus postulados metodológicos: Las leyes y los negocios jurídicos han de interpretarse atendiendo a su fin, del modo como lo exigen la equidad y la justicia y buscando la mejor correspondencia con las necesidades del presente. Si de la ley o el negocio jurídico no puede extraerse un precepto o si su aplicación conduce, dadas las especiales circunstancias del caso, a un resultado que con arreglo a la opinión general y al sentimiento jurídico de los ciudadanos sea irrazonable o injusto, el juez decidirá según el Derecho consuetudinario y los usos. Donde también falten el Derecho consuetudinario o los usos, especialmente allí donde se den nuevas realidades vitales, el juez decidirá según la regla que según la opinión general y el sentimiento jurídico de los ciudadanos²⁴ se muestre como más adecuada y justa²⁵ (Fuchs 1912a: 6). Y nuevamente destaca aquí Fuchs que el artículo 1 del Código suizo -o el artículo que como alternativa él propone- no faculta al juez para decidir según su sentir puramente subjetivo; al contrario, el juez debe colmar las llamadas lagunas como si fuera un legislador, debe (...) establecer una regla, una norma para todos los casos iguales, regla que se inserte armónicamente en los principios básicos del ordenamiento y que los complemente armónicamente (Fuchs 1912a: 127-128).

Ese núcleo de su doctrina metodológica lo ilustra Fuchs aún de una forma más. Dice que exigencias como la de la buena fe, presente en el párrafo 242 del BGB son de aplicación también a la labor judicial y forman el núcleo evidente del Derecho judicial (Fuchs 1929a: 292); gobiernan también la interpretación y aplicación de la ley, aunque no fuera esa la intención del legislador; son el punto arquimédico que rompe con el viejo modelo jurídico y da paso al nuevo método (Fuchs 1925-26d: 349). Habría pues, una serie de principios plasmados en la ley y que constituirían una especie de suprallegalidad capaz de condicionar y matizar la aplicación del resto de las normas legales. ¿No es cierto que también esto tenga resonancias muy actuales?²⁶. Tal parece que el Derecho Libre estuviera en nuestros días renaciendo bajo otros

24. Es muy importante la puntualización que Fuchs introduce a este propósito: después de explicar que si el juez siguiera su sentir en lugar del de la generalidad, el juez se estaría poniendo por encima de la ley, añade que no se trata de que el juez haga una especie de encuesta para cada concreto caso, sino que ahí lo determinante será el saber y la personalidad del juez (Fuchs 1912a: 128). Con ello tocamos un tema que veremos más adelante. Merece destacarse que en 1929 toma Fuchs cierta distancia de las entonces frecuentes y políticamente sesgadas apelaciones a la conciencia de la comunidad como clave de la validez del derecho, y dice que el contenido de esa conciencia sólo puede establecerse por vía constitucional (Fuchs 1929b: 39).

25. Consideraciones similares pueden verse en Fuchs 1908: 72.

26. Veamos algún texto más que permite abundar en esta idea. Dice Fuchs que lo que de salvable y más importante hay en el BGB son algunas normas generales y principios que forman el ámbito del ordenamiento jurídico superior, y se refiere en concreto a justicia y equidad, buena fe, buenas costumbres, necesidades dinámicas de la vida y el tráfico, los fines económicos de la ley y los contratos. Ese -añade- es el campo del llamado Derecho libre, del Derecho judicial, el cual interpreta creativamente, completa y desarrolla normas jurídicas y negocios jurídicos, ese es el campo del futuro derecho y del arte jurídico del porvenir (Fuchs 1926-27b: 441).

nombres y con menor sinceridad.

En este marco podemos contemplar también las observaciones de Fuchs sobre la interpretación jurídica. Por supuesto, critica al formalismo y mantiene que la interpretación debe estar guiada por la atención a la justicia del resultado (Fuchs 1912a: 25). No cree, como ya hemos dicho, que quepa una interpretación puramente literal y cuestiona por ficticia toda interpretación histórica y toda búsqueda del espíritu de la ley²⁷. Tampoco cree que quepa trazar fronteras entre interpretación extensiva y analogía, ni poner límites a la interpretación restrictiva. Y aunque expresamente afirma que quien busca en la ley un fin determinado acabará siempre por encontrarlo (Fuchs 1920a: 497), convierte el fin en el criterio fundamental de interpretación²⁸, si bien dicho fin no es el de la concreta norma legal, sino el fin del Derecho, entendido como búsqueda de la mayor justicia y la mejor adecuación a la situación social. De ahí que dicho parámetro de interpretación case perfectamente con la tesis de que el juez ha de proceder como si fuera el legislador y tuviera que velar por el mejor servicio de la norma a la sociedad. Al interpretar, el juez habrá de ponderar los intereses tal como el legislador lo haría, y a partir de esa ponderación dará a la norma el sentido que mejor corresponda a las necesidades sociales o, incluso, optará por entender que hay una laguna y decidirá en justicia²⁹, tal como hemos visto.

3. El sentimiento jurídico.

La idea que siempre se asocia a la doctrina del Derecho Libre es la exaltación del papel decisivo del sentimiento jurídico, con claras connotaciones irracionalistas. Que el posible irracionalismo ha de matizarse, ya ha quedado claro en lo expuesto. De todos modos, la noción de sentimiento jurídico³⁰ está muy presente en Fuchs. El sentimiento jurídico significa la propensión del juez a buscar en la ley solamente el Derecho justo, lo cual ocurrirá siempre que esa tendencia o instinto no se halle alterado por una defectuosa formación o por erróneos prejuicios metodológicos (Fuchs 1909: 46). Hablar de sentimiento jurídico es tanto como decir capacidad para juzgar con el corazón en lugar de embarcarse en sutilezas dialécticas (Fuchs 1907

27. Véase Fuchs 1912a: 31ss, donde se refiere críticamente al culto a los materiales, y donde señala que el espíritu de la ley es siempre el espíritu de su intérprete.

28. Toda interpretación legal ha de ocuparse del fin de la ley, de su significado económico y de la evolución de las relaciones sociales (Fuchs 1922: 7). Lo que ha de determinar la interpretación es la consideración de cómo se puede conseguir del mejor modo la finalidad económica de la ley (Fuchs 1912c: 468).

29. La interpretación según el sentido y el fin no se detiene ni siquiera ante los términos más claros (Fuchs 1922: 8). Similarmente, Fuchs 1918a: 238.

30. Su terminología fluctúa. Habla de sentimiento jurídico, pero también de instinto jurídico (Fuchs 1909: 20), sensibilidad jurídica (Fuchs 1909: 2), conciencia jurídica (Fuchs 1928-29: 135), sentido jurídico (Fuchs 1925-26a: 29). También llega a mantener que sentimiento jurídico equivale a naturaleza de las cosas (Fuchs 1918c: 19).

118); significa dejar actuar a la razón natural (Fuchs 1909: 16). El buen juez no formalista sólo aparentemente juzga con arreglo a la ley, pues cualquier ley puede justificar cualquier cosa cuando se echa mano de artificios retóricos. Lo decisivo para el juez es la voz interior de la justicia, su sentimiento jurídico (Fuchs 1912c: 469). Hay un componente intuitivo³¹, instintivo: el correcto conocer y juzgar no proviene en absoluto de un juego de conceptos, sino de una muy sutil propensión (instinto) que es capaz de sacar a la luz las diferencias escondidas en las cosas o de mostrar sus ocultas similitudes. En el campo de la obtención del Derecho este instinto se llama sentimiento de justicia o sentimiento jurídico (Fuchs 1912a: 37). Ese elemento intuitivo es básico en toda disciplina, incluso en la matemática predominaría sobre el puro pensar lógico-formal, como habría mostrado Poincaré (ibid.).

En ese instinto o sentimiento habría dos componentes: una aptitud innata y una depuración mediante la experiencia. Para ser un buen juez o jurista se requiere una especial aptitud, exactamente igual que se requiere para ser un buen artista³², y en ambos casos su carencia no puede ser suplida mediante el esfuerzo memorístico (Fuchs 1928-29: 135). La capacidad para decidir correctamente no es pura aplicación de reglas lógicas o de otro tipo, al igual que no lo es la capacidad oratoria o artística. Y, al igual que también ocurre con el artista, el buen juez tiene una especial aptitud creadora y conformadora, un importante componente de imaginación o fantasía (Einbildungskraft³³). Determinante es también a estos efectos la personalidad del juez. Ya Ehrlich había sentado, y Fuchs lo repite, que en la decisión jurídica no hay más garantía que la personalidad del juez y que la jurisprudencia presupone una talla espiritual y moral que no está al alcance del habitual tipo medio de persona (Ehrlich 1903: 21). Para Fuchs, dada la central relevancia de las valoraciones del juez, su personalidad y su carácter son esenciales si hemos de poder confiar en sus decisiones³⁴. Por eso resulta de vital importancia la formación que el jurista reciba y que en ella se atienda convenientemente a la formación ética³⁵.

Pero el adecuado sentimiento jurídico ha de sumar a esa innata aptitud una adecuada experiencia vital y social: El sentimiento jurídico o sensibilidad jurídica (...) y los juicios de valor que de él

31. En estas cuestiones está Fuchs influenciado por la idea de *évolution créatrice* de Bergson, opuesta al conceptualismo abstracto. Véase Fuchs 1914: 273 y Fuchs 1912a: 143ss.

32. Quien no posee de modo innato el sentido jurídico, quien no siente aquella profunda alegría al producir el Derecho justo, está tan imposibilitado para el juicio jurídico como lo está para el juicio estético aquel al que le falte el profundo disfrute de lo bello (Fuchs 1909: 147-148).

33. Esa capacidad se manifiesta por cuanto que en todo caso el juez tiene que reconstruir correctamente un trozo del mundo. Pero la imaginación o fantasía que para ello se requiere tiene que ver con el arte de la percepción y con la simpatía o aptitud para identificarse con el cuadro que se diseña, no es un puro fantasear (Fuchs 1926-27a: 39-40).

34. Véase, por ejemplo, Fuchs 1923-24: 109, Fuchs 1925-26a: 29.

35. Véase Fuchs 1925-26a: 29.

emanan, se enraízan además en la personalidad moral e intelectual del juez -en su conciencia-, ante todo en su saber general (privado), en su experiencia vital, en su conocimiento y penetración en el mundo de los hechos jurídicos (Fuchs 1920c: 6-7). También aquí, por tanto, son decisivas, como veremos, la adecuada formación y los adecuados procedimientos de selección de los jueces, haciendo prevalecer la experiencia sobre cualquier virtud memorística. El buen juez es el que conoce bien la vida, el tráfico y las personas, lo cual le permite juzgar como un lego, y lo único que puede elevarlo por encima del lego es la formación psicológica y sociológica (Fuchs 1909: 2-3). A la sensibilidad innata se une una capacidad de observación que es fruto de la experiencia, y con esos dos ingredientes se forma el adecuado sentimiento jurídico.

El sentimiento jurídico es un indicador central para valorar la corrección de las decisiones. Según Fuchs, cuando una decisión se aleja demasiado del sentimiento jurídico general, algo falla en su fundamento (Fuchs 1929a: 291). Y sabemos ya que el buen juez es el que sintoniza su sentimiento con el sentimiento general.

¿Significa esa exaltación del papel del sentimiento una apología de la arbitrariedad o el subjetivismo?. Fuchs no respondería, ni mucho menos, afirmativamente. Una primera garantía es esa correspondencia que se pretende entre conciencia del juez y conciencia general. En segundo lugar, la mencionada experiencia y formación que del juez se requiere, es también una barrera frente al divorcio de sus decisiones respecto del interés general. A esto se suma que el sentimiento jurídico está guiado por ciertos principios y no se desarrolla en el aislamiento de la conciencia individual: si analizamos nuestro sentimiento jurídico (...) nos encontramos con que en nuestros juicios no procedemos arbitrariamente, sino que aplicamos principios muy determinados, de la misma manera que el análisis del sentimiento estético nos descubre tales principios. Nuestro sentimiento jurídico está determinado de forma muy similar a como lo está nuestra voluntad. Tampoco nuestra voluntad libre es voluntad arbitraria (Fuchs 1909: 229). El sentimiento jurídico es diverso, pues, dice Fuchs, los cerebros no funcionan como máquinas todas iguales (Fuchs 1909: 23). Pero el funcionamiento no arbitrario viene servido por la experiencia³⁶ vital y la inserción social y cultural del juez. Lo que se requiere es que esa presencia del sentimiento no se camufle bajo una apariencia pseudotécnica. La verdadera justicia del sentimiento, que es un fenómeno frecuente y a desterrar, sería precisamente aquella cuyas decisiones se guían por la emotividad pero cuyos reales motivos se disfrazan de exégesis legal y deducción a partir de conceptos³⁷. Ahí el sentimiento opera como

36. El sentimiento jurídico que determina la intuición se enraíza siempre en una experiencia generalizada (Fuchs 1912a: 41).

37. Véase Fuchs 1912a: 38ss.

puro prejuicio.

4. Sobre la vinculación del juez a la ley.

Ya hemos comentado que éste es el campo de batalla principal en torno al movimiento de Derecho Libre. Resulta a menudo curioso constatar que quienes atacan esta doctrina por disolvente del principio de legalidad e inductora de incerteza, acaban por propugnar una jurisprudencia que atienda prevalentemente a principios, naturalezas de la cosa, consensos o valores superiores cuyo grado de definición o certidumbre no es mucho mayor que la de los criterios que autores como Fuchs invocan. Y, para aumentar la perplejidad, veremos a continuación que Fuchs no echa mano de criterios muy distintos de estos que propugnan los partidarios de una jurisprudencia de valores.

Fuchs se esfuerza en demostrar que ha sido malinterpretado y que sus tesis sobre el Derecho Libre no pretenden justificar sin más la libertad frente a la ley, la completa desvinculación del juez. Según Fuchs, lo que se propugna es la libertad para integrar la ley y su interpretación en el sistema de los fines que el derecho positivo persigue, y la libertad frente a la esclavitud de los conceptos y frente a una exégesis legal que tal parece la del Talmud (Fuchs 1912a: 2), frente al escolasticismo legal, la pandectología y el sinsentido de una ley completa y omniabarcadora (Fuchs 1923-24: 101). La libertad que se reclama ha de ser una libertad dentro de la ley, compatible con ella, una libertad que es inevitable dada la naturaleza de la ley y su lenguaje³⁸. Dice que el método del Derecho Libre es todo lo contrario de una negación del Derecho legal. Significa más bien la profunda captación del espíritu de la ley y una extensión o restricción del alcance de sus palabras según su fin (...) Non ex regula ius, sed ex iure, quod est, regula (Fuchs 1918a: 299). Cuando la ley incluye un caso y claramente lo decide, nadie discutirá que el juez está sometido a esa ley. Pero esos no son los casos habituales, sino que la jurisprudencia se suele ocupar de casos en los que la ley es oscura o calla, o en los que no abarca alguno de los múltiples aspectos de la vida práctica (Fuchs 1908: 70). Por eso, por esa gran porosidad de la ley y por la relevancia de las circunstancias, puede Fuchs afirmar que la ley nunca deja al buen juez en la estacada (Fuchs 1926-27a: 29).

Otra forma de expresar lo anterior es diciendo, como hace Fuchs, que la ley no agota el Derecho³⁹. Tendríamos que el juez, aun en los múltiples y muy frecuentes casos en que la ley no contempla

38. Véase Fuchs 1907: 111.

39. Véase Fuchs 1922: 7. Alf Ross resaltó muy agudamente el carácter político de este postulado del movimiento de Derecho Libre, carácter que se disfraza cuando ese otro Derecho se pretende presentar en el seno de una teoría de las fuentes (Ross 1929: 189). No está de más que hoy sigamos recordando esa observación de Ross.

el caso o su adecuada solución, sigue ligado al derecho. ¿De qué manera?, a través de los fines que dan sentido a las normas y al ordenamiento en su conjunto. Ésta es la vía por la que Fuchs trata de salir de la aparente contradicción de afirmar simultáneamente la vinculación legal del juez y la posibilidad de decisiones justificadas contrarias al tenor literal de las normas legales. La decisión contraria al tenor literal de la ley no sería en realidad, siempre que no sea arbitraria y puramente subjetiva, decisión *contra legem*; o, más claramente, no sería decisión contraria a Derecho⁴⁰. Afirmar Fuchs que incluso el totalmente claro tenor literal de una norma legal o contractual no impide interpretarla con arreglo a su verdadero sentido, espíritu y finalidad, apartándose de su literalidad, y desarrollarla a tenor de las necesidades del tráfico. En toda norma vive un impulso hacia su desarrollo, un movimiento hacia la justicia⁴¹ y hacia una equidad que tome en cuenta los intereses enfrentados (Fuchs 1929a: 292). Así pues, el Derecho libre eleva el fin de las leyes por encima de su tenor literal y hace justicia, incluso en aquello que el legislador no ha pensado, a las cambiantes condiciones de la vida y del Derecho, mediante una fundamentación abierta y transparente, tal como corresponde a la verdadera voluntad de toda legislación (Fuchs 1929a: 292). Tenemos, en consecuencia, que el Derecho no se agota en la ley, pero no porque exista nada similar a un Derecho natural en su sentido más propio⁴², sino porque al juez compete actualizar la ley en concordancia con la realidad social, el sentir general y las nuevas necesidades. El juez no es servidor de la palabra, sino del espíritu de la ley y desarrolla creativamente el Derecho⁴³ con arreglo a las necesidades que nacen del incesante fluir del tráfico y según las peculiares circunstancias fácticas del caso (Fuchs 1925-26a: 23).

Podríamos sintetizar el pensamiento de Fuchs sobre estas cuestiones, con sus contradicciones u oscuridades, de la siguiente manera: aunque se insiste en que el Derecho libre no aprobaría la vulneración por el juez de la letra clarísima de un precepto legal,

40. Según Fuchs, la vinculación del juez a la ley, constitucionalmente establecida, no significa sumisión a la letra muerta, sino que la ley ha de aplicarse según su sentido, según la idea jurídica más profunda que en ella se expresa, según su fin y su espíritu (Fuchs 1929b: 38).

41. Para Fuchs, la ley, por definición, no puede querer nada injusto o disparatado (Fuchs 1912c: 464), las normas buscan siempre algo bueno y razonable (Fuchs 1912a: 61).

42. Dice Fuchs que el Derecho libre, no escrito, no positivizado, puede entenderse como Derecho natural, pero entendiendo por tal el Derecho que no es escrito ni consuetudinario, no el Derecho natural abstracto e inmutable, al que considera un espejismo (Fuchs 1929b: 16). Sobre la posible relación entre Derecho libre y Derecho natural puede verse Hernández Mirón 1986: 232-233.

43. Como ejemplo del modo como la jurisprudencia actualiza y adapta el Derecho, cita Fuchs, entre otros muchos, el de la culpa in contrahendo, de la que el BGB no hablaba, pero que los tribunales introdujeron. Tal jurisprudencia sería todo lo contrario a una jurisprudencia contraria a la ley, sería colmado de lagunas (Fuchs 1912a: VIII). Más ejemplos de sentencias en las que el tribunal se aparta adecuadamente de la literalidad de la ley pueden verse en Fuchs 1914: 270ss. Para Fuchs, una buena muestra de cómo ha de proceder la jurisprudencia viene dado con las sentencias alemanas que ponen fin a la aplicación del principio legal marco igual a marco (véase Fuchs 1929b: 17-20).

siempre que las circunstancias del caso exijan un tratamiento más justo o socialmente apropiado que el que la ley propone, se puede considerar que existe una laguna y que el juez está llamado a desarrollar el Derecho, para lo cual el Derecho Libre, esto es, la libre ponderación de los intereses con arreglo a las necesidades y la opinión social, sería el método adecuado. Con ello el Derecho no se estaría violando, sino que se realizaría de modo acorde con sus verdaderos fines, los fines de toda ley, que no pueden ser otros que la justa y equitativa resolución de cada conflicto. El sistema operante no será ya un puro sistema lógico de conceptos o de puros mandatos literales, sino un sistema de fines. Pongamos en lugar de la mera mención de fines una referencia a valores superiores o valores inspiradores de la Constitución, y tendremos la imagen de un Derecho dúctil muy del gusto de nuestros días.

5. Hacia la verdadera ciencia jurídica.

El rechazo de Fuchs a la doctrina y el método jurídico en su tiempo imperantes, se traduce también en una muy innovadora propuesta para la constitución de una verdadera ciencia jurídica. La acusación a la ciencia jurídica convencional sería la de un profundo y lamentable alejamiento de la vida, la de un conceptualismo estéril y alienante. La auténtica ciencia jurídica⁴⁴ debe alejarse del modelo de la teología⁴⁵. La que para Fuchs es verdadera ciencia jurídica es una ciencia de la experiencia (Fuchs 1909: 212), es una ciencia basada en la observación y de carácter real-inductivo⁴⁶ (Fuchs 1912a: 75), es parte de la ciencia natural en sentido amplio (Fuchs 1912a: 87), no es ciencia de normas⁴⁷, sino ciencia de los hechos y los valores (Fuchs 1912a: 8), como corresponde a su doble objeto: adecuada averiguación de la verdad y correcta valoración y ponderación de intereses (Fuchs 1912a: 53). La observación ha de anteponerse a los conceptos (Fuchs

44. Hace Fuchs algunas precisiones terminológicas. A la doctrina tradicional, que sigue el método filológico-dialéctico la denomina *Jurisprudenz*. Esta tiene dos variantes: la jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*), también caracterizada como jurisprudencia constructiva o pandectología, y la jurisprudencia puramente emotiva o del sentimiento como prejuicio camuflado (*Gefühlsjurisprudenz*), también llamada por él criptosociología o Derecho libre oculto. El nombre de ciencia jurídica queda reservado para la disciplina experimental y práctica sobre los hombres, la economía y el tráfico (Fuchs 1912a: 1).

45. Véase Fuchs 1907: 62, 64. Ya Kantorowicz (1906: 30ss) había mostrado los paralelismos entre jurisprudencia dogmática y teología ortodoxa: Dios vs. legislador como esencias inasibles para la experiencia; sus intenciones son inalcanzables para el profano o accesibles sólo a una casta privilegiada de teólogos o juristas a través de la revelación; juristas y teólogos hacen pasar su voluntad como voluntad de Dios o el legislador; unos y otros califican cualquier acción como jurídica o antijurídica vs. querida o prohibida por Dios; a uno le basta la mirada a la ley y al otro a los Diez Mandamientos, y ambos fundamentan cualquier decisión, valiéndose de técnicas hermenéuticas: tanto la ley como El Libro carecen de lagunas y contradicciones. Pero tanto una como otro están sometidos a distintas lecturas históricas, que se salvan respectivamente remitiéndose al espíritu de la ley o realizando concordancias.

46. Esta pretensión de un método inductivo es tajantemente rebatida por Hernández Marín (1986: 235-236).

47. Lo mismo sostenía Kantorowicz, argumentando que el *Sollen* es un *Sein* (Kantorowicz 1906: 30).

1912a: X). No cuestiona Fuchs la utilidad de la formación de conceptos en la ciencia jurídica, en la que desempeñarán el mismo papel que en cualquier otra ciencia: el de indicadores (Richtlinien) que se modificarán en cada momento según el progreso del conocer (Fuchs 1923-24: 101). Pero tales conceptos se establecerán a posteriori, a partir del conocimiento y la experiencia, no estarán preconstituídos como condicionantes pseudoobjetivos⁴⁸. La ciencia del Derecho es, al igual que por ejemplo la medicina, una ciencia orientada a la acción, no una ciencia de la escritura y la oratoria (Fuchs 1912a: 63), es ciencia aplicada; y lo que la distingue frente a las demás ciencias del mismo carácter es el mayor peso que en ella cobra lo ético y lo intelectual (Fuchs 1909: 146). Y al igual también que en la medicina, en la ciencia jurídica teoría y praxis se dan inseparablemente unidas (Fuchs 1912a: V).

Lo anterior se comprende con mayor claridad cuando se comprueban cuáles son, para Fuchs, los objetivos y los componentes de esa ciencia jurídica. Sostiene que una verdadera ciencia jurídica moderna tiene dos hemisferios. El primero es el ámbito de lo psicológico (Seelenslebens) (investigación de la verdad) y el segundo es el ámbito del tráfico social (investigación del Derecho), (Fuchs 1908: 120). Con esos dos campos se corresponden las dos disciplinas principales que integran la ciencia jurídica: la psicología jurídica y la sociología jurídica. Es curioso el modo como Fuchs diseña el cometido de estas dos disciplinas. Considera que en todo proceso judicial hay dos partes decisivas: el adecuado conocimiento de las partes y la acertada valoración de la prueba testifical, por un lado, y la correcta incardinación del conflicto en las circunstancias y necesidades sociales. Para lo primero serviría la psicología y para lo segundo la sociología; y juez capacitado será sólo el que posea los necesarios conocimientos de ambas.

Machaconamente recalca Fuchs que el conocimiento de la verdad de los hechos que en el proceso se dirimen pasa por la competente valoración de los testimonios. La toma de declaración de un testigo y su correcta apreciación constituyen el más interesante de los problemas jurídicos (Fuchs 1912c: 457). Aquí la búsqueda de la verdad sólo podrá correr de cuenta de un juez que posea un buen conocimiento de los seres humanos y una rica experiencia, y que actúe llevado por su sentimiento de la verdad (Fuchs 1912c: 459). Todo encorsetamiento procesal debe ceder en esto en favor de la libre apreciación de la prueba, pero sólo cuando se den garantías de que

48. La inducción, la observación metódica, no excluye sino que exige la síntesis sistematizadora, la clasificación y división de las observaciones y con ello (por tanto a posteriori) la creación de conceptos, principios y leyes (...). La mera observación, sin un espíritu penetrante y sistematizador, no conduce a un saber orgánico (Fuchs 1916: 176).

el juez reúne esos requisitos⁴⁹. El conocimiento de la psicología de los testigos⁵⁰ sería para el jurista tan importante como lo es para el tratamiento técnico del hierro el conocimiento de sus propiedades físicas y químicas (Fuchs 1908: 105).

La segunda de esas disciplinas conformadoras de la formación científica del jurista sería la sociología jurídica. El jurista que siga el método que Fuchs propone, y al que califica también como método sociológico, persigue ante todo el resultado justo de la decisión y para él la ley es sólo un límite o, cuando es dispositiva, un indicador (Fuchs 1912c: 464). Esa búsqueda central del resultado justo solamente se podrá realizar desde un conocimiento de la realidad social que permita ponderar acertadamente los intereses en cada caso en juego. La necesaria sociología jurídica que para este fin ha de desarrollarse se ocupa de conocer la realidad del tráfico y las funciones económicas de todos nuestros institutos civiles (Fuchs 1912c: 469). La ponderación de intereses que el juez ejecuta tiene carácter sociológico y su objeto es el hallazgo de la proposición jurídica correcta, sobre la base de saber, a partir de los mencionados datos sobre la realidad social, qué parte y por qué tiene de su lado la equidad y la justicia. Agrega Fuchs, induciendo cierto equívoco, que a esta sociología jurídica en sentido restringido pertenece también la interpretación de los negocios jurídicos y de la ley (Fuchs 1912c: 463). Entre los conocimientos que tal disciplina ha de manejar se hallarían asimismo los de la economía política (Fuchs 1912c: 469).

Bajo esta terminología sociológica lo que Fuchs está mostrando es su postulado de que el jurista no se ha de guiar por un espíritu legalista, sino que la pauta de su decisión ha de darla la ponderación de las reales circunstancias del caso y del contexto social, lo cual no podrá acontecer sin una correcta formación y experiencia⁵¹.

49. Sólo un juez bien formado, tanto teórica como prácticamente, en la psicología del testimonio y el arte de su apreciación, puede llevar a cabo correctamente la libre valoración de la prueba. Cuando tal formación no se da, las viejas reglas probatorias (...) aseguran más eficazmente una sentencia correcta (...). No hay nada más peligroso que la libre apreciación de la prueba en manos de quienes no son psicólogos con buen conocimiento de la vida (Fuchs 1908: 118). Ya los contemporáneos de Fuchs destacaron su ingenuidad al pensar que con esa formación científica se ponía el juez en condiciones de conocer con garantías la verdad objetiva en el *maremagnum* de las declaraciones y pretensiones de un proceso (Véase, por ejemplo, David 1910: 423ss).

50. Aunque este es el aspecto que Fuchs más destaca, indica que también existiría una psicología de las partes y sus acciones, de los peritos, de los jueces y de los jurados (Fuchs 1912c: 458).

51. Acierta Radbruch cuando mantiene que para Fuchs la sociología no era una particular disciplina teórica, sino que la mencionaba como fórmula imperfecta para referirse a una intuición de la vida social valorativamente orientada (Radbruch 1928-29: 403). Una certera crítica la expresó Oertmann en 1911: lo único nuevo del método sociológico de Fuchs sería el nombre, pero en los hechos no propondría nada nuevo ni distinto a lo que se venía llamando punto de vista teleológico, nada distinto de la recomendación de interpretar la ley según su sentido más razonable y con arreglo a su fin, recomendación que ya estaba en Demburg o Widscheid (Oertmann 1911: 203). La terminología y la sistemática de Fuchs son confusas. Siguiendo a Comte define la sociología como la ciencia total del hombre como género (Fuchs 1912c: 457). Una parte de esa sociología sería la ciencia jurídica sociológica, que se compone de dos partes: la psicología jurídica, que es la ciencia que se ocupa de las cuestiones de hecho que

6. Propuestas de reforma: enseñanza del Derecho y proceso.

Terminaremos esta exposición con una breve referencia de algunas de las más sonoras propuestas de reforma que Fuchs planteó, reformas que o bien serían necesarias para que sea viable ese nuevo tipo de práctica jurídica, o bien son condición de su más plena operatividad. Tal sería el caso, respectivamente, de la reforma en la enseñanza del Derecho y de las reformas relativas a la regulación de la actividad jurisdiccional.

Fuchs se ocupa de la enseñanza desde el estadio preuniversitario⁵², pero sus mayores esfuerzos se orientan a una radical transformación de las facultades de Derecho. Para él, el único antídoto contra una parcialidad judicial determinada por la ideología o los condicionamientos sociales es una adecuada educación jurídica (Fuchs 1925-26b: 245). La enseñanza del Derecho ha de ser fundamentalmente práctica, la formación como jurista debe empezar con la práctica, no con la teoría, y lo ideal sería que el estudiante de Derecho comenzara como alumno de un abogado o en una institución judicial, al menos durante un año (Fuchs 1907: 55-56). Así se sentaría la base de un aprendizaje basado en la experiencia, contrariamente al planteamiento que se suele seguir y que procede al revés, comenzando con las reglas abstractas y la historia. Dice Fuchs que las leyes son algo así como la gramática del Derecho (...). De las reglas gramaticales cabe tratar cuando se ha aprendido a hablar una lengua o, como máximo, al mismo tiempo que se aprende. Empezar por aprender las reglas de memoria es poner el mundo al revés (Fuchs 1907: 32). Ese predominio del aprendizaje práctico se tiene que traducir también en que el aprendizaje memorístico ha de dejar su sitio a la educación de la capacidad de observación y de actividad autónoma (Fuchs 1907: 55); los profesores de Derecho deben ser auténticos prácticos, igual que los profesores de medicina (Fuchs 1909: 177) y conviene que dediquen a la actividad práctica al menos la mitad de su tiempo, para que no caigan en el divorcio entre teoría y praxis (Fuchs 1909: 175); las clases teóricas deben enlazar continuamente con ejercicios clínicos, como ocurre en el estudio de la medicina (Fuchs 1907: 57). Piensa que toda facultad de Derecho ha de estar unida a una especie de clínica jurídica, donde continuamente el estudiante vea y analice casos reales bajo la orientación del profesor⁵³.

entre las partes se discuten, y la sociología jurídica en sentido estricto, que trata de la decisión, conforme a una ponderación real de intereses, de cuestiones de Derecho debatidas entre las partes (Fuchs 1912c: 457). El propio Fuchs aclara, sin embargo, que cabe hablar también de una sociología jurídica propiamente dicha, que se ocuparía de investigar el modo en que los jueces deciden aquellos casos, la mayoría, que el Derecho formal no abarca (Fuchs 1912a: 88).

52. Aboga por una enseñanza aconfesional, que forme en la búsqueda de la verdad y en la tolerancia y que no pretenda inculcar dogmas de ningún tipo (Fuchs 1907: 48ss).

53. El lema sería: laboratorios en lugar de auditorios (Fuchs 1929b: 47). Sobre las características y

En cuanto a las disciplinas jurídicas que se enseñan, dice por ejemplo de la historia del Derecho que bastan unas breves nociones y que ha de cursarse al final de la carrera, cuando el estudiante ya ha aprendido de la práctica y puede situar adecuadamente los datos históricos (Fuchs 1920a: 72). Pero la auténtica fobia de Fuchs se manifiesta contra el Derecho romano⁵⁴. Su enseñanza es la de un cadáver embalsamado. Con el cultivo de las Pandectas (interpretación, sistematización, armonización, etc.) se hace lo contrario de lo que hacían los juristas romanos de la época clásica, que eran creativos y no se dejaban aprisionar por la letra (Fuchs 1907: 65-66). Carece de sentido pretender que las instituciones romanas tengan aplicación en la época actual, como si las sociedades no hubieran cambiado en nada o como si el Derecho pudiera ser un saber intemporal. Además, opina Fuchs que la presencia del Derecho romano en Alemania supone la colonización del verdadero espíritu jurídico germánico por una cultura jurídica extraña. No sólo sería un Derecho muerto, sino también un Derecho ajeno⁵⁵(Fuchs 1907: 70; Fuchs 1929b: 10-12).

En lo que se refiere a las reformas en el proceso y la organización judicial, basten aquí unas breves indicaciones como ilustración. Fuchs se muestra favorable al jurado de escabinados. Opina que la participación directa del pueblo en la impartición de justicia es irrenunciable tanto para el pueblo como para el Derecho (Fuchs 1912c: 165), pero un sistema de jurado puro supone poner bienes fundamentales de los ciudadanos a merced de puros legos que tal vez carecen de referencias suficientes o pueden caer fácilmente en el formalismo o el culto a la letra de la ley (Fuchs 1907: 123). Ese jurado mixto estaría presidido por un juez, salido de la elite de la abogacía⁵⁶ y elegido popularmente dentro del correspondiente territorio, por periodos

funcionamiento de tales clínicas véase Fuchs 1912a: 74-76. Ya en 1907 Düringer replicaba a Fuchs que comparar la actividad del jurista con la del médico es confundir la realidad, pues los médicos trabajan y enseñan con objetos visibles, los pacientes, mientras que el caso jurídico es invisible y ha de ser intelectualmente reconstruido (Düringer 1907: 1030).

54. Téngase en cuenta la relevancia que el Derecho romano mantenía, con la pandectística, en la época de la cultura jurídica alemana que Fuchs quiere desterrar.

55. Idealiza Fuchs las virtudes del derecho germánico y del pueblo alemán y piensa que éste acabará rebelándose contra el romanismo e imponiendo reformas acordes con su ser, con lo que sobrevivirá el indestructiblemente sano organismo germano (Fuchs 1909: 204). En un trabajo publicado en 1918 liga el movimiento jurídico por el propuesto con el necesario renacimiento que habrá de llevar a la victoria en la guerra mundial (Fuchs 1918c: 17). Frente a las resonancias que esto pudiera tener a la luz de las tesis posteriores del nazismo (y algún autor ha tratado de responsabilizar al derecho libre de buena parte de la teoría jurídica nazi), conviene añadir que Fuchs une ese cierto espíritu nacionalista a la defensa explícita de la Constitución de Weimar (véase Fuchs 1925-26b: 237-238, 239, 253-254). En lo ideológico, se proclama simpatizante del ala izquierda de la corriente liberal-democrática (Fuchs 1925-26c: 249).

56. Nadie debería ser juez sin una acreditada experiencia profesional que enseñe la realidad social. No sólo de entre los abogados se puede reclutar los jueces; también se podrían buscar entre juristas con experiencia en el comercio o la industria, en la administración pública o, incluso, en el periodismo, oficio este último especialmente apto para conocer los pormenores de las relaciones sociales (Fuchs 1909: 193).

renovables, igual que se elige a un alcalde. Con tal sistema de elección de jueces se asegura que éstos estén compenetrados con los usos y costumbres de sus conciudadanos, insertos en el tráfico social y en permanente contacto con la conciencia y el sentimiento jurídico general. Se garantizaría, en suma la pretendida *Volkstümlichkeit* de las resoluciones judiciales (Fuchs 1907: 126). En todo caso, para juez no se estudia, igual que no tendría sentido estudiar para alcalde o ministro (Fuchs 1909: 193). Esos supremos jueces podrían nombrar ayudantes para asuntos menores o de mero trámite. En cuanto a los miembros no jueces del jurado, lo ideal es que sean elegidos por su experiencia en la temática sobre la que el caso verse⁵⁷; se nombrarían por el juez, a ser posible con el acuerdo de las partes. Los peritos se integrarían en el tribunal como jurados (Fuchs 1907: 124ss). También es preferible que los propios jueces sean especialistas y que se acabe con la uniformidad en la organización judicial (Fuchs 1909: 152ss). En cualquier caso, los jueces deben ser pocos y muy bien pagados (Fuchs 1907: 125; Fuchs 1918c: 18). El objetivo sería conseguir que los juristas mejor dotados, que hoy son directores de banco y similares, fueran jueces (Fuchs 1908: 125).

En cuanto a las reglas procesales⁵⁸, se pronuncia Fuchs contra una reglamentación muy minuciosa y en favor de un mayor margen de movimientos y de apreciación para las partes y para el juez (Fuchs 1907: 103). De la ciencia procesalista, dice que nada muestra mejor el descarrío alienante de nuestra doctrina jurídica que nuestra erudita ciencia procesalista (...) En los estudios, la ciencia y la praxis las reglamentaciones procesales no tienen por qué jugar un papel mayor que el que en la medicina tiene la reglamentación hospitalaria (Fuchs 1912a: 77).

Fuchs pretende que verdaderamente se respeten y se realicen los principios procesales de publicidad, inmediatez, oralidad y libre apreciación de la prueba, todos los cuales estarían siendo pervertidos e ignorados por una práctica judicial más preocupada por los conceptos y las argucias retóricas encubridoras del decisionismo que por la averiguación de la verdad y la impartición de auténtica justicia⁵⁹. El proceso no debe funcionar como una guerra entre bandidos, sino como un duelo en el que las partes proceden lealmente y en el que la búsqueda de la justicia impera sobre el simple deseo de victoria (Fuchs 1909: 206ss). Para ello la colaboración de los abogados⁶⁰ será

57. Dice Fuchs que, por ejemplo, cuando se juzga un accidente de caza un tribunal integrado por cazadores entenderá, interrogará y resolverá mejor (Fuchs 1925-26a: 27).

58. Una minuciosa crítica del ordenamiento procesal alemán de su tiempo en Fuchs 1909: 131ss.

59. Sobre dichos principios y su necesaria operatividad véase Fuchs 1909: 237ss y Fuchs 1908: 88ss.

60. Le preocupa sobremedura a Fuchs la proletarianización de los abogados que se produce cuando su número es excesivo y tienen que luchar por los casos para sobrevivir, dejando de lado toda consideración moral y

imprescindible: no puede haber una verdad sin veracidad, al igual que no cabe un Derecho correcto sin justicia. Un abogado que defiende un caso de un modo indiferente, sin estar convencido de que la verdad y el Derecho están de su parte, es como un sacerdote que a cambio de un pago en dinero pronuncia una estereotipada oración nupcial o fúnebre para alguien, sin importarle que se trate de una buena o una mala persona (Fuchs 1909: 243). Estemos o no de acuerdo con las tesis del Derecho Libre, tendremos que reconocer cuánto sabía Fuchs de la realidad, y no sólo de la de los abogados.

abandonando lo que, según la idealista visión de Fuchs, son los atributos de la abogacía: servicio a la justicia, idealismo, entusiasmo, nobleza... (Fuchs 1907: 57ss).

REFERENCIAS⁶¹.

DAVID, A. 1910. Zu den Ausführungen von Fuchs über Freirechtleri und soziologische Rechtslehre, Deutsche Richterzeitung, II, pp. 423-431.

DÜRINGER, A. 1907. Schreibjustiz und Richterkönigtum, Das Recht, XI, p`p. 1027-1035.

EHRlich, E. 1903. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, Leipzig. Reimpreso en Aalen, Scientia, 1987, por donde se cita.

FOULKES, A.S. 1965. Ernst Fuchs und die Freirechtslehre. Ein Lebensbild, en Fuchs 1965, pp. 225-259.

FUCHS, E. 1907. Schreibjustiz und Richterkönigtum. Ein Mahnruf zur Schul- und Justizreform, Leipzig, Teutonia, 115pp. Incluido en Fuchs 1970, pp. 29-141.

- . 1908. Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz, Berlin, C. Heumanns Verlag, 243pp. Incluido en Fuchs 1965, pp. 65-165, por donde se cita.

- . 1909. Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, Karlsruhe, G. Braunschen, 311 pp. Incluido en Fuchs 1970, pp. 143-455.

- . 1912a. Juristischer Kulturkampf, Karlsruhe, G. Braunsche, 228 pp. Incluido en Fuchs 1973, pp. 13-196.

- . 1912b.- Klassische Einwendungen gegen die soziologische Rechtslehre, publicado como anexo a Fuchs 1912a. Incluido en Fuchs 1970, pp. 495-509.

- . 1912c. "Freirechtleri und soziologische Rechtslehre", publicado como anexo a Fuchs 1912a, pp. 151-166. Incluido en Fuchs 1970, pp. 457-472.

- . 1914. Die moderne Rechtsfindung, Juristische Wochenschrift, 43, pp. 270-274. Incluido en Fuchs 1973, pp. 197-211.

61. Las obras se citan en el texto por las páginas de sus ediciones originales, salvo cuando expresamente se hace constar otra cosa en estas referencias.

.- 1916. Bovigus, Bovigismus und echte Rechtswissenschaft, Recht und Wirtschaft, pp. 137ss. Incluido en Fuchs 1965, por donde se cita.

.- 1918a. Die Sache im sinn des BGB und anderer Gesetze, Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 12, pp. 297-302. Incluido en Fuchs 1973, pp. 273-275.

.- 1918b. Zur Umschaffung des BGB, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht, 9, pp. 372-383. Incluido en Fuchs 1973, pp. 291-302.

.- 1918c. Freirechsschule und Wortstreitgeist, Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 27, pp. 17-23. Incluido en Fuchs 1973, pp. 359-368.

.- 1918-19. Jhering und die Freirechtsbewegung, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 12, pp. 10-23. Incluido en Fuchs 1965, pp. 181-192.

.- 1920a. Soziologie und Konstruktion, Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 12, pp. 497-506. Incluido en Fuchs 1973, pp. 277-281.

.- 1920b. Zur Entfesselung des Richters, Deutsche Richterzeitung, 12, pp. 148-151. Incluido en Fuchs 1975, pp. 133-138.

.- 1920c. Gerechtigkeitswissenschaft, Juristische Wochenschrift, 49, pp. 6-10. Incluido en Fuchs 1973, pp. 247-258.

.- 1921. Formalismus und Zivilprozess, Juristische Wochenschrift, 50, pp. 697-700 y 1216-1217. Incluido en Fuchs 1973, pp. 303-319.

.- 1922. Fortschritte und Hemmungen der freirechtlichen (soziologischen) Bewegung, Juristische Wochenschrift, 51, pp. 7-11. Incluido en Fuchs 1973, pp. 259-272.

.- 1923-24. ?Von scholastischer Jurisprudenz zu erfahrungswissenschaftlicher Rechtskunst, Die Tat, 15, pp. 98-114. Incluido en Fuchs 1975, pp. 139-155.

- .- 1925-26a. Richterkönigtum, Reichsgericht und Juristenbildung?, Die Justiz, 1, pp. 22-33. Incluido en Fuchs 1975, pp. 13-24.
- .- 1925-26b. Der oberster Reichrichter und die Wende der deutschen Rechtspflege, Die Justiz, 2, pp. 237-254. Incluido en Fuchs 1975, pp. 25-42.
- .- 1925-26c. Die Deutsche Richterzeitung und die Justiz, Die Justiz, 1, pp. 248-252. Incluido en Fuchs 1975, pp. 43-47.
- .- 1925-26d. Verhältnis der Freirechtslehre zum deutschen und ausländischen Rechtsdenken, Die Justiz, 1, pp. 349-363. Incluido en Fuchs 1975, pp. 204-218.
- .- 1926-27a. ?Juristendenken und Juristensprache?, Die Justiz, 2, pp. 23-42. Incluido en Fuchs 1973, pp. 369-388.
- .- 1926-27b. Der neue Rechtsgeist und die kommende Rechtskunst, Die Justiz, 2, pp. 441-461. Incluido en Fuchs 1973, pp. 389-409.
- .- Gesunder Menschenverstand, Neu-Wiener Begriffsnetz und französische neue Schule ?, Die Justiz, 4, pp. 129-163. Incluido en Fuchs 1975, pp. 70-104.
- .- 1929a. Rechtsfortbildung trotz klaren Wortlaut, Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 23, pp. 289-306. Incluido en Fuchs 1975, pp. 168-176.
- .- 1929b. Was will die Freirechtsschule?, Rudolfstadt, Greifenverlag, 1929, 55 pp. Recogido en Fuchs 1965, pp. 21-63.
- .- 1965. Gerechtigkeitswissenschaft. Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre, editado por A.S. Foulkes y A. Kaufmann, Karlsruhe, C.F.Müller, 270 pp.
- .- 1970. Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform, vol. 1, editado por A.S. Foulkes, Aalen, Scientia, 516 pp.

.- 1973. Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform, vol. 2, editado por A.S. Foulkes, Aalen, Scientia, 409 pp.

.- 1975. Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform, vol. 3, editado por A.S. Foulkes, Aalen, Scientia, 448 pp.

GÄNGEL, A./MOLLNAU, K.A., eds. 1992. Gesetzesbindung und Richterfreiheit: Texte zur Methodendebatte 1900-1914, Berlin, Haufe, 447 pp.

HERNANDEZ MARIN, R. 1986. Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea, Madrid, Tecnos, 357 pp.

KANTOROWICZ, H. (Con el seudónimo Gnaeus Flavius) 1906. Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg, Winter, 52 pp.

KAUFMANN, A. 1965. Einleitung, en Fuchs 1965, pp. 1-19.

LARENZ, K. 1994. Metodología de la ciencia del Derecho, Madrid, Tecnos, trad. de M. Rodríguez Molinero, 536 pp.

LOMBARDI VALLAURI, L. 1967. Saggio sul diritto giurisprudenziale, Milán, Giuffrè (reimpr.).

OERMANN, P. 1911. Soziologische Rechtsfindung, recogido en Gängel/Mollnau 1992, pp. 200-227.

RADBRUCH, G. 1928-29. Ernst Fuchs, Die Justiz, 4, pp. 403-404. Incluido en Fuchs 1975, pp. 281-282.

ROSS, A. 1929. Theorie der Rechtsquellen. Reimpresión en Aalen, Scientia, 1989, 458 pp.

RUMPF, M. 1910. In Sachen Düringer wider Gmelin, recogido en Gängel/Mollnau 1992, pp. 146-174.

SEGURA ORTEGA, M., 1993. El movimiento del Derecho libre, Anuario de Filosofía del Derecho, X, pp. 423-455.

GUIA DE LECTURA No. 1.

Curso: Interpretación y Argumentación Jurídica.

Texto: Ernest Fuchs y la Doctrina del Derecho Libre.

Autor: Dr. Juan Antonio García Amado.

OBJETIVOS.

Después de la lectura y desarrollo de la presente guía, el capacitando podrá:

- Exponer las doctrinas que respecto a la metodología jurídica y el sistema jurídico se han desarrollado en la historia del pensamiento jurídico y algunas manifestaciones de ellas en la actualidad.
- Diferenciar entre el paradigma del Formalismo jurídico y la Escuela del Derecho Libre respecto al Derecho y su aplicación.

INDICACIONES.

Realice una lectura minuciosa del texto en referencia, responda a las preguntas que se le formulan y a las actividades propuestas.

ACTIVIDADES.

Desarrolle el cuestionario siguiente:

1. ¿Cuál es la concepción dominante en Europa en las últimas décadas del siglo XIX respecto a la metodología jurídica y al sistema jurídico?.
2. ¿Cuáles fueron las críticas que recibió la concepción metodológica dominante?.. ¿Quiénes las formularon?.
3. ¿Qué críticas recibieron los representantes de la Escuela del Derecho Libre?.
4. ¿Qué significado tiene la noción de “capacidad generativa” de los conceptos jurídicos criticada por Fuchs?.
5. Señale el significado que tienen para Fuchs los siguientes conceptos y, en su caso, la crítica que recibió:

CONCEPTO	SIGNIFICADO ATRIBUIDO POR FUCHS	CRÍTICA
Lagunas		
Caso fácil		
Caso difícil		
Lógica		

6. ¿Qué diferencia encuentra entre el mecanismo de colmar lagunas sugerido por Fuchs y el previsto en los Arts. 9 CF y 7 letra “f” LPrF?
7. ¿Qué explicación le merece la ausencia en el Código Civil de una mención expresa a las lagunas y a los mecanismos para colmarlas?
8. ¿Dónde está, según Fuchs, el límite del poder del juez para convertir un caso en especial y sustraerlo a la dicción genérica de la ley de modo que su actuación no se torne arbitraria?
9. A partir de las ideas del texto complete el cuadro siguiente:

	Modelo de juez que propugna	Concepción sobre el proceso de interpretación jurídica	Forma de entender la decisión jurídica	Concepción del sistema jurídico
Formalismo jurídico				
Escuela del Derecho Libre (Fuchs)				
Estado Constitucional				

10. ¿Por qué sostiene Fuchs que la equidad del juez no es la “equidad del sentimiento”? ¿Cuándo una sentencia es correcta?

11. ¿Cuáles serían las ventajas de utilizar en el proceso decisorio un criterio de base consensual?
12. ¿Cómo cree usted que podría medirse en la sociedad moderna el criterio de corrección de la decisión jurídica propuesto por Fuchs?
13. ¿Qué criterios propondría usted para medir la corrección de una decisión jurídica?
14. Explique el significado que para Fuchs tienen los siguientes conceptos y, en los casos en que proceda, la crítica de la que fue objeto:

CONCEPTO	SIGNIFICADO ATRIBUIDO POR FUCHS	CRÍTICA
Sentimiento jurídico		
Buen juez		
Formación del jurista		
Vinculación del juez a la ley		
Verdadera ciencia jurídica		

15. ¿Cuál es la propuesta de Fuchs frente a la enseñanza del Derecho y de la actividad jurisdiccional?
16. ¿Qué quiere decir Fuchs cuando dice: “empezar por aprender las reglas de memoria es poner el mundo al revés”?

