

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

“Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento”. (Siete partidas.—Ley XIII).

“Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite”.
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVI

BOGOTA—ABRIL DE 1938.

NUMERO 1934.

DE LA JUVENTUD ETERNA DEL DERECHO

Por

FRANCISCO SCHIEGELBERGER

Es en mí un atrevimiento, disculpable por el deseo de expresarme en la hermosa lengua de Cervantes, el disertar sobre difíciles problemas jurídicos, en un idioma que no es el mío. Bien comprendo que necesito benevolencia e indulgencia amplísimas, tanto más cuanto que lo mismo el lenguaje del pueblo como el jurídico apenas tienen algo de común en nuestros respectivos países. Si quisiéramos buscar un origen común de las normas de la vida y del derecho de nuestros pueblos, tendríamos que retroceder a través de los siglos, y no sé si lograríamos nuestro objeto. Esta convicción me indujo a inspirar el tema de la primera de mis conferencias en una idea que, independiente del lugar y del tiempo, independiente también de la historia de los pueblos, dominara a todos los que nos dedicamos al derecho, es decir, la idea de la ETERNA JUVENTUD DEL DERECHO.

Respecto de la esencia del Derecho, hay una frase que se oye en todos los pueblos del mundo, la frase: “El derecho es inmutable, eterno.” Esta frase tiene doble sentido. Estamos acostumbrados, al pronunciarla, a pensar en el triunfo del derecho sobre las fuerzas tenebrosas de la injusticia. En verdad, es una frase de promisión para los agobiados y oprimidos. Seguramente encontraría yo en ustedes la necesaria comprensión si, pensando en la suerte de mi país, asignase ese sentido a nuestra frase. Pero no es el triste cuadro del derecho combatido por la injusticia el que será el fondo de mi disertación de hoy. La frase “El derecho es inmutable” tiene, además, otro sentido: la confesión de su eterna juventud. Ocupándonos nosotros, jurisconsultos, de las doctrinas generales del Derecho, estamos acostumbrados a hablar de la teoría de las fuentes jurídicas. Apenas nos

hacemos cargo de que, con ésto, ponemos el derecho bajo un símbolo maravillosamente sublime, el símbolo de la fuerza juvenil que brota pujante, símbolo de la pureza. Es del alma del pueblo de donde surge la fuente del derecho. Desde la luminosa altura de los glaciares, el derecho, ese hijo del sol, juntándose con siempre nuevos y juveniles compañeros, inconscientes todavía de peligros, bajará a las llanuras de la realidad. Repartiendo bienandanzas y salud, se hace amigo de los hombres, firmemente encauzado, desliza su caudalosa corriente por las hondonadas de la vida humana.

¿De quién le amenazan los peligros al derecho juvenil? ¿Cuál es el poder que pudiese atemorizarlo? El peligro proviene del poder que le da la forma, es decir, de la legislación. Esto parece paradójico y necesita explicarse. Poniendo frente a frente al derecho y a la ley, no queremos de ninguna manera aludir a esa tesis defendida hoy con frecuencia de que el juez pueda rechazar la aplicación de una ley si, según su parecer, no estuviese conforme dicha ley con el espíritu del derecho. Esta nueva doctrina no se entiende sino evocando el tiempo de efervescencia de las condiciones políticas y jurídicas de un pueblo, tiempo en que la intervención, a menudo violenta, del legislador, consciente éste de su obligación de arreglarlas, provoca la oposición espontánea con natural vehemencia. Esta tesis de que el derecho se sobrepone a la ley, es de carácter revolucionario en sí misma, pues esconde peligros extraordinarios, y, llevada a cabo seriamente, conduce a la más completa anarquía del derecho. No pensaba yo en este problema al señalar la legislación como enemiga del derecho. El peligro inminente para el derecho de parte de la legislación, lo veo más bien en lo siguiente: Arte suprema del legislador es fijar el momento en que un problema jurídico está en sazón para incorporarlo a la legislación. Pero es cierto que la ley, en cuanto a sus ideas esenciales, no es una obra de arte en sí misma. El legislador cometería un grave error si forzase prematuramente la inclusión de la idea de la ley positiva. Un buen jardinero deja primero desarrollarse libremente el tallo, lo expone a los vientos y a la tempestad, y no le da forma ni fijeza sino después de asegurarse de su fuerza y vigor. De la misma manera el legislador tendrá que guardarse de no impedir con anticipada fijación el desarrollo de las ideas jurídicas. Pues cogida una vez fuera de sazón, se petrifica la vida no desenvuelta todavía, y así se desfiguran y hasta malogran a menudo ideas jurídicas de importancia y valor.

Pero sería completamente equivocado el suponer que cada problema jurídico fuese apropiado a regularse por la legislación. Abundan los casos en que el legislador obra cuerdateamente limitándose a observar el desarrollo jurídico sin perder la serenidad por las exigencias, a menudo violentas, de los que desde fuera le inciten a la rápida resolución de ciertos problemas. A tal reserva tendría ya que obligarnos la convicción de que el exceso de leyes debilita la estimación para con la ley como tal y aminore la voluntad de ser fiel a las mismas. La convicción de que el exceso de leyes menoscaba su calidad y, con eso, rebaja automáticamente también la jurisprudencia y la ciencia del derecho no se ha hecho aún del dominio público. Sin embargo no se puede negar que, si degenerase la legislación hasta producir maquinalmente normas jurídicas, no se lograría ya trabajo de calidad, del aumento desmedido de procedimientos nacería la deficiencia de legislación, y se cristalizaría no sólo al rededor de una ley defectuosa una cantidad inmensa de sentencias, sino, en torno de éstas, a su vez una multitud incontable de productos literarios; lo que llevaría a situaciones incompatibles con la misión sublime del derecho. Pero la naturaleza de ciertos problemas jurídicos obligará a un legislador cuerdo y fiel a sus deberes a una prudente reserva. Para poner en claro mis pensamientos voy a exponer algunos problemas de los muchísimos que existen, todos ellos de suma importancia, y que si la ley hubiese estorbado su natural desarrollo se habrían malogrado produciendo grandes perjuicios a los intereses económicos.

1) Vieja y venerable es la doctrina de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*. Está fundada en la idea que todos los derechos pueden perjudicarse por la variación de las circunstancias decisivas en el momento de su nacimiento. Cada contrato, éste es el núcleo de la doctrina, debe contener una cláusula, si no explícita, por lo menos tácita, según la cual, en el caso de cambio esencial de las circunstancias, el contrato se rescindiría o, por lo menos, se modificará respecto a su contenido. La cláusula *rebus sic stantibus* representó todavía un papel importante en Alemania en el siglo XIX. Los motivos de que luego desapareciera más y más en la teoría y en la práctica son varios. Lo característico de esta norma jurídica consiste en que la rescisión o la modificación de los contratos se reduzca a la voluntad de los contratantes. Correspondía ésta a la concepción del derecho natural, la que tendía a derivar de dicha voluntad las instituc-

ciones jurídicas particulares y sus efectos, pero no corresponde ya a la manera de pensar moderna. Además de eso, la progresiva marcha legislativa del derecho y la refinada técnica de las leyes, hacen posible por medio de una interpretación razonable de los reglamentos positivos, llegar a un resultado satisfactorio hasta en los casos en que, entre la fecha del contrato y su cumplimiento, ocurrieron modificaciones importantes de la situación primitiva. Hoy la mayoría de las leyes civiles se regula precisamente, por preceptos particulares, en los efectos que un cambio de circunstancias ejerce sobre las obligaciones del contrato. Según esto, la Corte Suprema alemana rechazó, a base de la génesis del Código Civil, la doctrina de la cláusula como institución general de derecho. Es cierto que en cada caso particular se haya de probar, si, según la intención de los contratantes, se admite la rescisión a causa de cambio de circunstancias, o hasta se toma en consideración si, en una clase entera de contratos, correspondiente a su naturaleza, no se tiene el derecho de rescindirlos a causa de circunstancias cambiadas. Pero, en general, todo quedará reducido al caso en cuestión. Las conmociones violentas de la guerra mundial produjeron un cambio radical en la situación jurídica. Desarrollándose paso a paso, la jurisprudencia reconoce, además del concepto de la posibilidad económica, también la cláusula rebus sic tantibus como motivo de justificar la rescisión o modificación de los contratos, tratándose de aquellos cuyo cumplimiento, según su naturaleza, obliga a largo plazo, especialmente contratos de entregas sucesivas. Más y más pierde fuerza, con esto, la idea acentuada por la Corte Suprema de que sea la cláusula una condición dependiente de la voluntad de los contratantes, y se convierte ya en un reglamento del derecho objetivo.

Habría sido un grave error si la ley hubiera intervenido en ese desarrollo paralizando prematuramente, ya por no saberse todavía si, con la creciente mejora de las condiciones económicas, la doctrina de la cláusula no volverá lentamente al seno de la historia.

2) Otro ejemplo muy instructivo muestra la doctrina de la llamada violación positiva del contrato, regulada en el derecho francés, pero no en el Código Civil alemán, esa forma importante del cumplimiento de contratos, además de retraso e imposibilidad, en la cual la ciencia y la jurisprudencia otorgan, en ciertas circunstancias, además de su cumplimiento, también el permiso de rescisión y el derecho de pedir in-

demnización en caso de incumplimiento. En un caso de continuada violación hecha por entrega de mala cerveza, la Corte Suprema concedió al contratante comprador el derecho de rescindir el contrato completamente y lo motivó por la imposibilidad de cumplimiento, conforme a lo estipulado también para el porvenir, supuesto que la particularidad del caso no permite espera ninguna, y el fondista tuviese interés en la rescisión del contrato. Además la Corte Suprema en el caso de una entrega de cerveza de continuo mala, entrega de cantidades insuficientes de hielo, etc., después de repetidas e infructuosas reclamaciones del fondista, y a pesar de un acuerdo respecto a algunas entregas, otorgó el derecho de rescisión del contrato para el resto del mismo. Finalmente, la Corte Suprema concedió, en un caso muy semejante, un derecho de rescisión establecido por tácito acuerdo supuesto que, en lugar de buena cerveza, se entregó continuamente de tan mala calidad que el fondista, obligado a expender sólo esa cerveza, estuvo en peligro de quiebra.

Esta jurisprudencia de la Corte Suprema respecto a un reducidísimo sector de la vida económica, constituye el fundamento de la doctrina llamada "violación positiva del contrato" que domina hoy todo nuestro derecho de contratos. Por una violación positiva de contratos se entiende ahora, en una jurisprudencia constante, fundamentada en extensas investigaciones científicas, una falta en contra del cumplimiento del contrato de la cual responderá el deudor, resultando ésta, en cuanto a la naturaleza del contrato, y a las circunstancias especiales de los contratantes, tan importante que, según las particularidades del caso, no se puede ya en justicia exigir del contratante leal la continuación del contrato. Poner en grave peligro su objeto, equivale a hacer ilusorio el contrato entero. El contratante leal puede rescindirlo, sin anunciarlo antes ni poner plazo ninguno, o pedir indemnización por no cumplido, de la misma manera que, anunciada convenientemente la negativa de recepción de la entrega y marcado un plazo, tiene derecho de hacer en el caso de rechazo de la misma. Estas consecuencias jurídicas seguirán a cada contravención efectiva en cuanto a los deberes de los contratantes así como a las faltas por incumplimiento del contrato.

La ciencia y la jurisprudencia corrigieron, con esto, abriendo nuevas vías, un defecto visible del derecho de obligaciones alemán fundadas en una exacta observancia de la vida. Figúrense ustedes de qué manera fatal se habría paralizado el desarro-

Lo del derecho, si el legislador se hubiera resuelto a intervenir ya con prescripciones, por ejemplo a base de las experiencias hechas con los contratos de entregas de cerveza. Que, en general, el mismo haya prescindido de reglamentos redundante en honor, tanto de él como de la ciencia y la jurisprudencia alemanas que, también sin ayuda del poder legislativo, lograron someter la vida al imperio del derecho.

3) Principio fundamental del contenido de cada obligación, según el derecho alemán, es la prescripción de que el deudor está obligado a verificar la prestación así como, respecto de las costumbres de comercio, la lealtad y la buena fe lo exigen. A este precepto no se refiere solamente la doctrina de la clausula rebus sic stantibus y la violación positiva del contrato. Dicho precepto que, ya en los tiempos de paz, merced a su sencillez y elasticidad, dominaba la jurisprudencia, se manifestó, durante la guerra y los años siguientes, como una de las preciosas normas del derecho vigente, especialmente en el tiempo de la desvalorización. Hizo posible a una sabia jurisprudencia tener en cuenta las inmensas variaciones de los mercados, monetario y de inmuebles, así como de las reformas sociales, que se desarrollaban a saltos y con rapidez fantástica por lo menos de manera que la confianza en el poder regulativo del derecho se conservara intacta en el pueblo alemán. Constituyó también el fundamento para el derecho de revaloración de hipotecas.

El derecho del acreedor a pedir aumento del pago a causa de la disminución del poder adquisitivo del dinero, no se reconoció durante mucho tiempo. También la jurisprudencia siguió aferrada a la frase: "Un marco es un marco." Pero llegando la desvalorización del dinero, a tal grado que, en la práctica, no había que hablar ya de un valor del marco, la Corte Suprema renunció a tal parecer. Comprobó, en cambio, que las prescripciones del valor de la moneda no estaban ya conformes con la prescripción de la ley, queriendo impedir ésta que fuese posible al deudor deshacerse de sus obligaciones de un modo no compatible con las pretensiones de la lealtad y la buena fe. En esta oposición, así dice la Corte Suprema, el principio de la buena fe y la lealtad debe tener la primacía, y los preceptos de valor no deben tenerse en cuenta.

Esta célebre sentencia constituye el fundamento de la doctrina de revaloración jurídica y económica. Aunque para algunos hechos típicos la medida de revaloración ya se arregló efectivamente, tal solución media

era precisa para llegar lo más pronto y equitativamente a una adaptación a las condiciones actuales. Pero en general, y ante todo en el terreno de los contratos mutuos tan importantes en cuanto al comercio mundial, el legislador dejó paso libre a las consecuencias de la jurisprudencia de la Corte Suprema, de manera que las circunstancias particulares en cada caso determinasen la medida de revaloración; aunque, especialmente, de parte de los deudores, no faltasen quienes desearan que también en este terreno se verificase un cambio desde la revaloración libre a la fija. Pero estos deseos no se han realizado, y, por cierto, con mucha razón. Una norma que se atreviese a dar una solución definitiva y cabal para obligaciones financieras resultantes de contratos mutuos tendría que malograrse. Si el derecho ha de ser espejo de la realidad no se pueden sustituir impunemente los abigarrados colores de la vida por el gris monótono de una ley niveladora.

4) A estos tres ejemplos, elegidos del derecho de obligaciones, quisiera añadir al fin todavía uno del derecho de cosas. En el trato económico resulta inevitable que al acreedor se le constituya garantía con los géneros del deudor sin impedir la actividad industrial de éste. La práctica, empero, tropezó, en esto, con dificultades jurídicas. Según el derecho alemán, no basta, respecto a la pignoración, en contra de la entrega, un arreglo de propiedad, es decir, un acuerdo jurídico en virtud del cual el acreedor se hace propietario del objeto pignorado sin incautarse de él. Tal arreglo de propiedad pudiera aprovecharse para constituir secretas obligaciones hipotecarias, que, no perteneciendo en el caso de quiebra del empenador, según la concepción de la ley, arriesgarían la seguridad del trato comercial. Por otro lado, también según el derecho alemán, puede el propietario entregar los géneros como fiduciarios a su acreedor por medio del arreglo de posesión. Esta forma jurídica presentada por la ley utilizó el trato comercial para poner a salvo los créditos también en cuanto a depósitos de existencias cambiables. El comerciante que necesita créditos sigue poseyendo el depósito de mercancías, y, por eso, podrá proseguir su industria sin estorbo. El acreedor le permite vender los géneros a su propio nombre; los recientemente adquiridos pasarán, según el contrato usual, a la propiedad del acreedor. Acerca de si necesitase para eso un acta especial de entrega es discutible, y por el momento no nos interesa. La institución de entrega de géneros, en lugar de la pignoración, se discute

todavía con mucha viveza, especialmente en cuanto a los depósitos de géneros en circulación. La legislación queda, hasta ahora, en espera de sus resultados y con mucha razón. No hay suficiente motivo para sancionar legalmente la práctica de los tribunales en ese terreno. Oponerse a ella no sería posible sino ofreciendo una compensación en forma de hipoteca mobiliaria. De los escrúpulos en contra de ésta no convendrá tratar de ellos aquí precisamente; lo único que importa es persuadirse de que, estableciendo la hipoteca mobiliaria en lugar de la entrega con motivo de asegurarse una situación jurídica esencialmente aclarada se reemplazaría por una institución no probada todavía, pero por cierto, fuente de nuevos e inopinados problemas; a lo que el legislador no debe resolverse sino en caso de necesidad urgente.

El segundo peligro inminente al derecho de la legislación está íntimamente ligado con la forma de la ley. La vida del derecho en la forma que le dio el legislador, depende del lenguaje que lleva la ley. nunca está la misma en mayor riesgo que cuando se complace el legislador en pensamientos jurídicos de exagerada abstracción. Si no lográsemos enseñar a la ley el lenguaje del pueblo, será inevitable que más y más grandes núcleos del pueblo se aparten de la legislación, y la jurisprudencia acabe por ser una especie de ciencia misteriosa y oculta. Una vez destruida la viva conexión entre el pueblo y el derecho, luego se debilitará la voluntad de obedecer a la ley, y el derecho materializado en forma de ley, se olvidará poco a poco. No debe compararse el legislador con su colega de otra facultad, el médico, que en virtud de un derecho consuetudinario casi sancionado escribe sus recetas casi tan ilegibles que nadie sino el boticario competente sea capaz de leerlas. Pero la receta del médico como no se dirige sino a dicho boticario bastará con que éste la entienda, mientras que la ley se dirige al mismo pueblo de manera que se niega a sí misma no pretendiendo que el pueblo la entienda. Pero si un lenguaje de leyes es bueno y claro, en cambio, será, hasta más allá de sus fines inmediatos, de importancia extraordinaria para la nación. No solamente las transacciones económicas entre compatriotas dependen de un derecho claro y comprensible, sino que también la participación de aquellos en el comercio mundial está sumamente influido por él. Según enseña la experiencia, lo mismo que un Estado, si le falta el amparo del derecho, es incapaz de contratar, así se empeora la situación del contratante que no se apo-

ya en normas jurídicas comprensibles para la parte contraria. Obscuridad de leyes siembra desconfianza, y el vencimiento de la misma, si es posible, ya se sabe que no se compra sino muy caro en el trato económico. ¿Qué forastero, por ejemplo, daría crédito barato para solares si su título de propiedad en la finca, a cuenta de la cual dio su dinero, estuviese sujeto a leyes que no comprende y que el otro contratante no puede hacérselas comprensibles sino por medio de una jurisprudencia teórica muy difícil? El célebre poeta lírico griego Simónides llamó a la pintura, poesía muda, a la poesía, pintura que habla; frase a la que se junta el dicho de nuestro gran poeta Goethe calificando a la arquitectura de música petrificada. Como poesía muda la pintura, música enmudecida la arquitectura, la ley será el aliento contenido de la vida. Es el anhelo de armonía que se expresa maravillosamente en esas frases. Y ese anhelo debe cumplirlo la ley también. Solamente ofreciendo armonía entre la norma legal y las exigencias de la vida, ofreciéndolas, por otro lado, entre el contenido, el objeto y el lenguaje de la norma, la ley quedará más allá de su fin inmediato, el heraldo fiel del derecho.

Pero todavía hay que llamar la atención sobre un tercer punto, o sea el peligro de la codificación. El problema de la misma es antiguo. ¿Quién podrá decir si el número de los defensores de la codificación es superior al de los adversarios? No hablemos de ello: en todo caso no hay que olvidar que la codificación tiene no sólo afianzamiento sino también fuerza separatista. Separando el derecho codificado de otros nacidos de la misma raíz, le prescribe un desarrollo particular. Bastará acordarse de la suerte de los distintos derechos nacidos del romano para confirmar la exactitud de esa tesis. Los afanes de Francia e Italia por llegar a un único derecho civil, afanes que se sabe que llevaron recientemente al proyecto de un común derecho de obligaciones, hablan un lenguaje muy convincente. No son fines nuevos a que tienden los derechos de esos países, sino lo que intentan es retrotraerlos hacia el punto donde en otro tiempo se separaron por medio de la amplia codificación del siglo XIX. Aun en nuestros días que reciben su carácter especial de los afanes de unificar el derecho se debe poner este conocimiento en primer término. Por más que sienta un Estado el deber nacional de codificar su derecho tendrá que hacerse cargo de que renuncia, con esto, a marchar al lado de los derechos hermanos.

El poder del legislador sobre el derecho normalizado no dura mucho tiempo; pues es una experiencia general de la vida que la ley hecha obligatoria se sustraiga a ese poder, y la fuerza natural del derecho se manifieste por la vida propia y característica de la ley. ¿Quiénes son los que cuidándolo defenderán ese derecho juvenil contra la ley? La ciencia y la jurisprudencia con todos sus órganos. Observando cómo se hace ese cuidado del derecho lograremos un conocimiento muy importante, a saber, la ciencia y la jurisprudencia acompañan los primeros pasos de la ley juvenil atendiendo cuidadosamente a las condiciones con las cuales la vida se fijó por las normas jurídicas. Casi todas las explicaciones científicas e interpretaciones de la ley que siguen inmediatamente a su nacimiento, casi todas las sentencias del primer tiempo ligian al desarrollo de la ley con la historia de su nacimiento. Proyectos y discursos parlamentarios, crítica y contra-crítica, en suma, lo que estamos acostumbrados a llamar materiales, todo se aprovecha para determinar los efectos de la ley juvenil. Pero la ley se emancipará de esos pesos con fuerza elemental, desarrollándose libre según los menesteres de la vida y el carácter del derecho hacia una nueva manifestación independiente del mismo.

En esta fase del desarrollo la ciencia y la jurisprudencia cambian sus métodos. No aludiendo ya a la historia de su nacimiento, tienen ahora por misión el relacionar la nueva forma jurídica con el derecho hasta entonces vigente. Siguen, al interpretar la ley, los resultados de las investigaciones científicas logrados hasta ahora y los principios jurídicos fijados por la práctica forense. Aparece claramente el carácter conservador del derecho.

El detenimiento del frenesí demasiado violento del miembro más joven de la sociedad de las leyes no sigue ya fundándose en las casualidades de la historia de la legislación, sino en el mismo carácter del derecho. Por ser saludable y benéfico este detenimiento, no se puede pasar sin el desarrollo de una buena ley. La más noble labor de esas dos grandes auxiliares del mismo, la ciencia y la jurisprudencia, es tender al mismo fin, colaborando con inteligencia, cuidando de que el derecho guarde su fuerza vital también cuando se transforma en ley. Ambas se reparten las tareas por sí mismas. La ciencia se ocupará del análisis de la ley, la reducción de sus normas a los pensamientos fundamentales del derecho y las consecuencias de la posición de la nueva ley dentro del sistema jurídico.

La jurisprudencia al probar la nueva ley, en la vida práctica le dará la interpretación conveniente a las necesidades del pueblo, al que va a servir la ley. Con esto, naturalmente, no se ha encontrado ningún límite absoluto. También la ciencia tendrá que escuchar el pulso de la vida. Muchas veces es verdad, en el gabinete de estudio se juntarán profundas ideas por un hilo que, visto a la luz de la realidad, no permitiría hallar la salida del laberinto de dudas sino que, por el contrario, sepultará más y más en las tinieblas al explorador del derecho vigente. Yo mismo, profundo adorador de las investigaciones científicas, tengo en gran estima el trabajo meditativo de los eruditos, pero desearía que no se imprimiese todo lo que se ha meditado, que no saliese a luz sino lo que tuviese fundadas probabilidades de vida. Carece de valor toda teoría que no puede contar con que su doctrina sea adaptada por la práctica. La jurisprudencia se debe guardar de no rebajarse hasta llegar a ser un oficio; una discusión de partidos preparada por abogados y bien dirigida y fallada por los jueces resulta a la vez un modo de purificar el derecho. Y para tal procedimiento no será superfluo ningún cuidado, ninguna profundidad científica. Cuanto una jurisprudencia elevada podrá aprovechar para el desarrollo del derecho lo han probado bastante bien los ejemplos estudiados anteriormente. En la mano del juez está compensar las faltas de normas y allanar el camino al derecho perturbado. En el caso de que no se pueda sacar de la ley ningún precepto relativo al hecho ni tampoco por medio de la interpretación, valdrá, para el juez, en virtud del derecho no escrito, el precepto del Código Civil suizo de que falle según el derecho consuetudinario, o, faltando éste, según el reglamento, que, siguiendo el ejemplo de maestros acreditados y la tradición, estatuiría él mismo como legislador, es decir, así como el legislador consecuente habría sentenciado si hubiese pensado en tal caso.

Demasiado lejos va la teoría de la llamada aplicación libre del derecho, la cual haciendo caso omiso de la letra de la ley, va a aplicar el derecho libre e independiente de plena autoridad del juez, en vez de hacerlo por interpretación.

En las sentencias de los tribunales se refleja como en un espejo la evolución continua del derecho, y, por eso, sería muy arriesgado dificultar el desarrollo del mismo otorgándose fuerza de ley a los fallos dictados en casos particulares. No ignoro que en grandes países muy cultos, según el derecho vigente tienen fuerza de ley. Pero

esta institución, fundándose en las condiciones particulares de aquellos países, no resulta apropiada para generalizarse. No faltará, y no ha faltado nunca, desde que escribimos la historia del derecho, que el egoísmo y la malevolencia intenten aprovecharse abusivamente del derecho para sus mezquinos fines. Ciertamente también que hasta en tales ruines ataques se acreditará con fuerza elemental la frase: "El derecho es inmutable y eterno"; pero especialmente al derecho juvenil, la ciencia y la jurisprudencia le podrán ser auxiliares muy importantes en esta lucha. Cuanto más pueda contar el derecho con esta ayuda, tanto mayor libertad de desarrollo puede concedérsele. Del derecho de mi país puedo presentarles a ustedes una excelente prueba de la exactitud de esta frase. La ley alemana permite que se determinen para clases particulares de acciones, varios derechos, especialmente en cuanto a la distribución de la ganancia o del caudal social. A las acciones privilegiadas, admitidas por esto, puede atribuírseles un derecho de sufragio aumentado. Antes de la guerra mundial esas acciones privilegiadas con derecho de votos aumentados representaron solamente un papel inferior; en general no se omitieron sino con objeto de saneamiento, y, por eso, no causaron reclamaciones. Era justo y equitativo otorgar una compensación a los que ayudaban a una sociedad necesitada. Con la ruina de los valores económicos cambió esto completamente. Cuando las acciones de las mejores sociedades alemanas se compraban por cuatro cuartos, y, con esto, amagó el peligro inmediato de que la economía nacional alemana sucumbiese ante la extranjera, se conoció que, con la institución de la acción privilegiada con votos aumentados, se poseía un medio de defensa idóneo. Y comprobándose en lo mejor esta arma en la lucha contra esa invasión exterior, se la aprovechó también para guardarse de la llamada invasión interior, o sea, para asegurar el poder de las fuerzas dominantes actualmente en la sociedad. Se dejó desarrollar libremente esta institución aunque el peligro de cierto abuso se traslucía ya claramente.

No en todos los casos bastó el medio de dichas acciones para asegurar las condiciones de poder actuales en la sociedad, ya que, según el principio separado de las varias clases de acciones propia de la legislación para las sociedades anónimas alemanas, los tenedores de acciones de reserva podían impedir con su veto resoluciones de la junta general, pero no forzar a una resolución positiva. Por eso se buscó otro recurso, y na-

cieron las llamadas acciones de amparo, es decir, acciones que no se distinguen, como clase, de las demás, de manera que votos separados no hay en este caso, cuya particularidad en cambio, consiste en que sus tenedores quedan obligados a no disponer de las mismas sino de acuerdo con la sociedad y de cumplir su derecho de sufragio conforme con ella, o sea, la administración actual. A esta reforma no se le puso tampoco ningún obstáculo.

Pero, cuando esas acciones de privilegio con derecho de votos aumentados, así como las de amparo, fueron causa de verdaderos abusos, intervino la jurisprudencia enérgicamente ayudada por la ciencia. La Corte Suprema dictaminó que la explotación abusiva e ilimitada de la minoría hecha por la mayoría con el fin de fomentar sus intereses egoístas en contra de la sociedad, era contraria a las buenas costumbres, y, por eso, indigna de la protección del derecho. Ustedes conocen aquí por un ejemplo clásico, cómo las fuerzas promotoras y, si permiten ustedes el término, contramotoras de la ciencia y la práctica tendrán que compensarse para garantizar un sano desarrollo del derecho normalizado. Como, por un lado, no se pudo asumir la responsabilidad de arrancar a la economía nacional, en su lucha tan grave así exterior como interior, un arma utilísima, por otro se entendía por sí mismo que se resistió enérgicamente al abuso del derecho.

Se habla muy a menudo de un envejecimiento de la ley. ¿Cómo concuerda esto con el dicho de la eterna juventud del derecho? A lo que hay que responder que la ley puede envejecer, pero el derecho no, ni el normalizado por la ley tampoco, supuesto que se le deje bastante libertad de desarrollo. Si fuese exacto que el derecho fijado por la norma envejeciese, o sea, perdiese la fuerza de regular la vida racionalmente, no se podría entender que un pueblo vigoroso y fuerte viviera bajo leyes que nacieron a veces hace un siglo o más. El que observe la vida y el derecho conocerá cómo una buena ley, y no hablo aquí sino de tales, bajo los solícitos cuidados de sus auxiliares, la ciencia y la jurisprudencia, se acomoda elásticamente a las necesidades de la vida; cómo facilita nuevas formas vitales bajo el amparo del derecho, y cómo sustrae ese amparo, poco a poco, y casi imperceptiblemente, a las condiciones de la vida que van desapareciendo y, según las ideas morales modernas, indignas ya de ser conocidas. Voy a referirme, por ejemplo, al derecho de mi país, que bien presente lo tengo, considerando cómo esa rápida subida

económica a una altura insospechada, la bajada a consecuencia de la guerra mundial, y el levantarse luego lenta y tenazmente, se han hecho siempre bajo las normas exteriormente iguales del derecho mercantil, no puedo deducir de todo esto sino que se realizó un cambio casi inadvertido del contenido de la ley. Aunque pudiera comprobarlo por muchos hechos particulares, quisiera limitarme a dos ejemplos.

Según la legislación alemana para las sociedades anónimas, el contrato de la sociedad tiene que celebrarse, por lo menos, por cinco personas tenedoras de acciones. En la práctica resulta esta condición realmente molesta. Se ha establecido la costumbre que, como fundadores apareciesen personas poseedoras formales de las acciones, pero en verdad para otras a consecuencia de un convenio mutuo. La jurisprudencia aprobó esta costumbre. Estos testaferros fueron considerados como verdaderos fundadores y responsables, en todo y por todo. Efectivamente, con eso, perdió su valor la prescripción de que se necesitasen cinco, especialmente cuando los testaferros carecían de bienes, lo que de ningún modo justifica en general el reproche de intención fraudulenta. Y perdió tanto más su valor cuanto que el nombramiento de testaferros se admite también supuesto que, por ejemplo, dos fundadores se obligasen a ceder en seguida sus acciones a sus compañeros, hasta en el caso de que se intentase desde el principio reunir todas las acciones en una mano. Así la llamada "Einmanngesellschaft", o sea, sociedad que consiste en un único socio, se halló insensiblemente dentro de la ley que prescribe los cinco y su reconocimiento jurídico incontrovertible.

Otro ejemplo lo constituyen las reservas secretas de las sociedades anónimas. Una minoría que representa la vigésima parte del capital social estará autorizada para impugnar abonos en cuenta o reservas supuesto que sobrepasan la cantidad admitida por la ley o los estatutos. Más y más la jurisprudencia y la ciencia tienden a limitar esta impugnación; pues a base del conocimiento que cada valoración sea tasación, se

supone hoy que la ley quede intacta en tanto que los cálculos del balance, aunque discutibles en cuanto a su rectitud objetiva, no sobrepasen de consideraciones razonables. Solamente un procedimiento malévolo o arbitrario dará el derecho de impugnación. Pero no es arbitrariedad si la administración por cumplir con su deber, con el cuidado propio de un verdadero comerciante, llega a considerar necesarias las reservas para conservar solvente y resistente la empresa en el porvenir y fortalecerla contra posibles peligros. A consecuencia de las experiencias de la guerra y de la postguerra sobrevino un cambio radical en este asunto. Con mucha razón se ha dicho que lo mismo que hace veinte años parecía indudablemente como discutible, hoy con la misma seguridad pasa por indiscutible. Sin que fuesen precisas influencias extrañas se llenaron, empleando la conocida frase, los odres viejos de vino nuevo.

No, señores míos, la forma puede ser que envejezca; envejecerá el lenguaje, la sanción tal vez que hace seguir la ley a su propia violación; pero el derecho quedará triunfal y eternamente joven, burlador de las variaciones que los siglos en su loca carrera producen en su envoltura material.

La fe en la eterna juventud del derecho nos habilita a nosotros, juriconsultos, que estamos orgullosos de servirle, para cumplir nuestros deberes lo más lealmente posible. Nos hace conocer que, trabajando por el derecho, trabajamos por el género humano como concepto eterno; pero nos alienta también para volver la vista atrás y seguir el desarrollo del derecho hasta su fuente en la altura solanera del glaciar, y volviendo a adelantar lentamente, nos hace encontrar las grandes coincidencias que unen las normas jurídicas nacionales, más allá de los sistemas jurídicos de los Estados, y con ello, los pueblos del mundo como tales.

FRANCISCO SCHLEGELBERGER.

(De la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales" de Santiago de Chile).