Artículo: Reflexiones acerca de la jurisprudencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

**REVISTA DE DERECHO**
**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

**Nº 208**
**AÑO LXVIII**
**JULIO - DICIEMBRE 2000**
Fundada en 1933

**ISSN 0303 - 9986**

BIBLIOTECA

# REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Reflexiones acerca de la jurisprudencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

# *REFLEXIONES ACERCA DE LA JURISPRUDENCIA*

HECTOR OBERG YAÑEZ
Departamento de Derecho Procesal
Universidad de Concepción

Jurisprudencia, en la primera acepción que le da el *Diccionario* de la Real Academia, es "ciencia del derecho".

¿Pero es, realmente, una ciencia?

El tema es ambiguo. Decir que la jurisprudencia no tiene carácter científico puede significar, por una parte, que la jurisprudencia, aun siendo una ciencia, carece de aquella influencia sobre la realidad y la vida de los pueblos como corresponde y conviene a toda ciencia. Pero aquella afirmación puede también significar que la jurisprudencia carece teóricamente de valor como ciencia, que no es ciencia ni llega al verdadero concepto de tal.

Bien es verdad que frases como éstas no son corrientes. La santidad y la nobleza de la jurisprudencia permanecen incólumes, por todos acatadas; y sin embargo la simple experiencia diaria encierra más de un elemento susceptible para suscitar dudas y sospechas contra este axioma. ¿Qué jurista práctico no experimentó alguna vez un sentimiento profundo de vacuidad y de insatisfacción en su actividad? ¿Qué otra rama literaria ofrece, junto a lo bueno, tanto libro insulso y de mal gusto como la jurisprudencia? La sacrosanta justicia sigue siendo objeto de escarnio en el pueblo, y las mismas personas educadas, aun cuando tienen el derecho a su favor, temen caer en sus garras, tratando en vano de orientarse en medio de sus formalidades y procedimientos. ¡Qué estímulo de leyes y, no obstante, cuántas lagunas! ¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, cuánta lentitud en la administración de justicia! ¡Qué lujo de estudios y de erudición y, no obstante, cuántas oscilaciones, cuánta inseguridad en la teoría y en la práctica!

La fuerza amortiguadora de la costumbre hace que incluso la mejor parte de los juristas mire pronto tales fenómenos con indiferencia, y si el profano pretende alzar la voz, se le descarta cortésmente con la alegación de que no entiende del asunto. Pero estos fenómenos son demasiado constantes para no tener el valor de síntoma seguro de que se basa en hondas deficiencias, y tiene, por otra parte, tal magnitud, que un intento encaminado

Artículo: Reflexiones acerca de la jurisprudencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



a indagar las raíces profundas de estos fenómenos bien puede esperar merecer algún interés por parte del selecto auditorio.

Como toda ciencia, la jurisprudencia ha de vérselas con un objeto autónomo, libre e independiente en sí mismo, prescindiendo de que la ciencia exista o no, de que lo comprenda o no lo comprenda. Este objeto es el derecho, tal como vive en el pueblo y se realiza en la esfera de cada individuo. Podríamos llamarlo el derecho natural. Lo mismo ocurre con todas las demás ciencias. Por ejemplo, la naturaleza es el objeto de las ciencias naturales: la flor crece, el animal vive, sin preocuparse de si la filosofía conoce o no su esencia y su poder. De la misma manera, el alma es el objeto de la psicología; el espíritu, en su mera actividad pensante, el objeto de la lógica. Los hombres no sentían ni pensaban de manera diferente antes que después de la constitución de estas ciencias. Tampoco la matemática ha de vérselas con objetos que ella misma haya creado. Las relaciones espaciales y numéricas son ciertamente abstractas, pero proceden de la realidad por abstracción. El teorema de Pitágoras era ya verdadero antes de que Pitágoras lo descubriera.

El objeto de la jurisprudencia es, pues, el derecho. Mirando las cosas más de cerca, son las múltiples formas del matrimonio, la familia, la propiedad, los contratos, las sucesiones, los diferentes estados, la relación del gobierno con el pueblo y de las naciones entre sí. Esta autonomía del derecho con respecto a la ciencia es un principio de gran importancia. Se ha pretendido muchas veces discutirlo, o por lo menos reducir su alcance; pero una simple reflexión basta para poner inequívocamente de manifiesto su exactitud. Un pueblo podrá vivir sin ciencia jurídica, pero no sin derecho. Más aún: el derecho tendrá que haber alcanzado ya un grado de desarrollo suficiente, antes de que pueda pensarse en la ciencia jurídica e iniciarse su cultivo. Lo mismo nos dice la historia. En Grecia, la vida pública y la familiar habían llegado ya a una frondosa floración y, sin embargo, la ciencia jurídica se había quedado en sus comienzos. Lo mismo ocurrió entre los romanos, hasta el final de la República, y otro tanto podemos decir de los pueblos germánicos y romanos en la Edad Media, hasta la época de los glosadores.

Por consiguiente, el contenido de la jurisprudencia es el mismo que el de todas las demás ciencias: la jurisprudencia tiene que aprehender su objeto, descubrir sus leyes, crear los conceptos hasta sus últimas implicaciones, darse cuenta de la afinidad y la conexión de las distintas formas y estructuras, y finalmente ensamblar su saber en un sistema sencillo. El tema de esta exposición se reduce, por tanto, a esta pregunta: ¿Cómo ha cumplido la jurisprudencia este cometido? ¿Qué resulta, singularmente, de una comparación con otras ciencias en este punto? ¿Se ha adelantado a éstas la jurisprudencia o se ha quedado atrás?

Debiera creerse que el saber inteligente, tuvo que colocar a la jurisprudencia en situación ventajosísima frente a las restantes ciencias. Y, sin embargo, la historia enseña lo contrario. Entre los griegos, todas las demás ciencias habían progresado ya mucho cuando la jurisprudencia, a excepción del derecho público, hállabase sin cultivar todavía. Los juristas romanos de la época imperial recuperaron en el ámbito del derecho penal y el derecho privado el tiempo pérdido; y es verdad que gracias a su labor la ciencia jurídica se adelantó entonces a todas las demás. La Edad Media, que pudo apoyarse sobre esta labor, vio perdurar

Artículo: Reflexiones acerca de la jurisprudencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



la misma relación. Pero a partir de la época de Bacon produjose un cambio radical. El principio de la observación, de la subordinación de la especulación a la experiencia, fue adoptado por todas las ciencias, y los resultados de este nuevo método lindaron pronto con lo maravilloso. Los descubrimientos se sucedieron unos a otros. La jurisprudencia, en cambio, desde la época de Bacon, ha permanecido por lo menos estacionaria. Sus reglas, sus conceptos no han encontrado desde entonces expresiones más agudas. No hay en ella menos controversias, sino más. Incluso allí donde la investigación más paciente creía haber llegado por fin a un resultado seguro e inconmovible, apenas transcurre una década sin que vuelva a iniciarse la discusión desde un principio.

Si en efecto es verdadera la afirmación de que la jurisprudencia carece de valor científico, es desde luego evidente que la culpa de que ello sea así no puede alcanzar a las personas, a los cultivadores de la ciencia. Hay en verdad ejemplos de que, durante ciertas épocas, el retraso de alguna ciencia particular fue imputable a quienes por aquel entonces la cultivaron y elaboraron. Si, por consiguiente, damos por bueno que la jurisprudencia ha permanecido realmente rezagada con respecto a las demás ciencias, el motivo no podrá residir más que en el objeto, en fuerzas ocultas inhibitorias inherentes al objeto y que dificultan los esfuerzos del espíritu humano en ese ámbito. El camino más adecuado para llevar a buen término las indagaciones consistirá, pues, en comparar primero el objeto de la jurisprudencia con los objetos de otras disciplinas.

Y aplicando ahora este método comparativo, se presentan por de pronto a nuestra observación varias características diferenciales que, siendo propias del derecho, no se encuentran en los objetos de otras ciencias.

La primera peculiaridad con que tropezamos es la mutabilidad del derecho como objeto de la jurisprudencia. El sol, la luna y las estrellas brillan hoy como brillaban hace miles de años; la rosa sigue floreciendo como en el Paraíso terrenal; el derecho, en cambio se ha transformado desde entonces. El matrimonio, la familia, el Estado, la propiedad, han pasado por las más diversas modalidades. El nombre más conocido para designar esta mutabilidad de la materia es el de evolución progresiva de las distintas instituciones jurídicas. Se suele destacar este progreso, viéndose en él una ventaja. Se ha llegado incluso a dar sustantividad a este movimiento en sí mismo considerado, sin tener en cuenta su contenido y dirección. Lo menos que puede decirse de tales afirmaciones es que son sorprendentes. Constituye, desde luego, para la humanidad un bien incalculable el que haya sido dotada del mejor organismo posible desde un principio; pues bien ¿por qué no iba a ser mucho más afortunada habiendo obtenido también desde un principio aquellas instituciones jurídicas más en consonancia con el respectivo estado de su cultura? ¿Cómo ha de ser precisamente una ventaja y una dicha el que los pueblos tengan que sufrir durante siglos luchas, padecimientos y penalidades antes de alcanzar aquellos apetecidos bienes? Claro está que no nos corresponde ahora examinar estos reparos. Nos basta con que haya progreso, sea éste una ventaja o un defecto. La cuestión que se nos plantea no es más que ésta: ¿qué efecto tiene sobre la ciencia esta movilidad del objeto? La respuesta que a la pregunta haya de darse no ofrece dudas: el efecto es necesariamente muy desfavorable. Es propio de toda

Artículo: Reflexiones acerca de la jurisprudencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



ciencia el que su verdad llegue a sazón paulatinamente. Esta verdad ha de arrastrarse a través de errores de toda índole, y sus leyes no son sino el resultado de siglos de esfuerzos prolongados y comunes de quienes la cultivan. Para otras ciencias, esta progresión lenta no implica daño alguno. La tierra sigue girando alrededor del sol, como hace mil años; los árboles crecen y los animales viven como en tiempo de Plinio. Por consiguiente, aunque el descubrimiento de las leyes de su naturaleza y su poder haya requerido largos esfuerzos, tales leyes son, por lo menos, tan verdaderas para la actualidad como para tiempos pasados, y seguirán siéndolo mientras no se demuestre lo contrario. Muy otra es la situación de la ciencia jurídica, cuando ésta, tras largos años de esfuerzos, ha logrado encontrar el concepto verdadero, la ley de una institución, hace ya tiempo que el objeto se ha transformado. La ciencia jurídica llega siempre tarde en relación con la evolución progresiva; no puede nunca alcanzar la actualidad. Se parece al viajero en el desierto: divisa lejos opulentos jardines, ondulantes lagos; camina todo el día, y a la noche está todavía tan alejado de él como por la mañana. Desde los tiempos de Goethe se ha pretendido corregir muchas cosas; y sin embargo, sigue siendo verdadera hoy la burla de su Mefistófeles. El Estado griego sólo fue comprendido cuando ya había periclitado. La ciencia de las instituciones del derecho romano no fue completa sino cuando el *jus gentium* ya las hubo desplazado. El espíritu y la excelencia de la constitución del imperio germánico no fueron reconocidos hasta cuando Napoleón hubo borrado sus últimas huellas. Este es el primer defecto fundamental del que sufre la ciencia jurídica, y de él nacen consecuencias múltiples que obstaculizan su camino.

La primera de estas consecuencias es que, de suyo, la ciencia jurídica se opone gustosa al progreso del derecho. Es mucho más cómodo seguir viviendo en la vieja casa, bien instalada y conocida, que año tras año tener que dejarla e instalarse y orientarse de nuevo. Pero incluso en el supuesto de que la ciencia ceda al progreso, conserva, sin embargo, la tendencia dominante a insertar, violentándolas, las instituciones de la actualidad en las habituales categorías de formas muertas.

¡Como si en toda disciplina y por ende también en el derecho, el método más exacto no fuera el que consiste en mirar los fenómenos nuevos libremente, cara a cara, profundizar su estudio sin ideas preconcebidas y, así, hace brotar exclusivamente de ellos mismos los nuevos conceptos y leyes! En cambio, no todo fenómeno jurídico que haya surgido después de otro surgió necesariamente de él.

En todo caso, la movilidad de su objeto supone para la ciencia jurídica un enorme lastre: el estudio del pasado. Sólo el presente está justificado. El pasado ha muerto; sólo tiene valor en cuanto sea medio para comprender y dominar el presente. Si la naturaleza de un objeto exige este rodeo, la ciencia tendrá que resignarse, sin encontrar en ello motivo alguno de regocijo. ¡Cuán mejor sería la situación de la ciencia jurídica si, como las ciencias naturales, pudiese encararse con su objeto directamente! Este lastre de fenómenos pasados absorbe gran cantidad de las mejores fuerzas. El mal es tanto más grave cuanto que las fuentes del derecho extinguido brotan pobres y débiles. Lo que el celo y la intuición de siglos edificaron no tiene un solo día de seguridad de que no se descubra algún viejo pergamino que destruya su existencia de arriba abajo.

Artículo: Reflexiones acerca de la jurisprudencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Prosiguiendo con la comparación, encontraremós una nueva peculiaridad del objeto de la jurisprudencia en la circunstancia de que el derecho no se halla sólo en el saber, sino también en el sentimiento. En efecto, su objeto no reside sólo en la cabeza, sino también en el corazón del hombre. Los objetos de las demás ciencias están libres de esta añadidura, lo único que se pide es la verdad. En el derecho, en cambio, cuánta acritud, cuántas pasiones, cuántos partidismos no se mezclan en la búsqueda de la verdad. Todas las cuestiones del derecho público están penetradas de estos factores. El que haya o no una constitución, el que haya libertad de prensa o censura, dos cámaras o una, y conservados o no los azotes como pena –basta mencionar estas cuestiones para que el corazón de cada cual se ensanche. Lo mismo ocurre en derecho privado. La licitud del matrimonio entre credos religiosos diferentes, la existencia o no del divorcio, la licitud o ilicitud en su época de los mayorazgos, la existencia de hijos con distintos calificativos jurídicos: éstas y en casi todas las demás cuestiones del derecho, el sentimiento se ha decidido ya por una respuesta antes de que se haya iniciado toda investigación científica.

En modo alguno debe presentarse esta peculiaridad del derecho como una censura del mismo. Por el contrario, tal vez reside en ella su supremo valor. Pero lo único que la indagación persigue es averiguar si redunda en beneficio de la ciencia del derecho o, por el contrario, la perjudica. Y es evidente que no podrá sino perjudicar tales investigaciones porque el sentimiento no es nunca, ni en ninguna parte, criterio de verdad; es el producto de la educación, de la costumbre, de las ocupaciones, del temperamento, o sea, del azar. Aquello mismo que en un pueblo escandaliza, es objeto de alabanza en otro. Si, por consiguiente, la búsqueda de la verdad no ha de extraviarse en todo momento, la primera condición es que se libre de este inconsiderado acompañante. Sin embargo, casi nadie lo logra en las investigaciones en torno al derecho. La voluntad más firme no puede sustraerse del todo a los poderosos influjos de la educación y la costumbre. Los resultados están a la vista por doquier: todas las grandes cuestiones del día se han convertido en cuestiones de partido. La verdad espera en vano a un investigador sin prejuicios. Las autoridades científicas, o no acometen la cuestión, o, si lo hacen, ya se han adscrito también a un partido. Aun en el caso de que la verdad se encuentre, la pasión no deja que se oiga su voz. Por eso en el derecho tiene que haber transcurrido el tiempo, con su poder moderador, antes de que la ciencia pueda salir a escena y descubrir libremente la verdad. Claro está que casi siempre demasiado tarde.

¡Cuán lejos de las ciencias naturales se halla en este punto la jurisprudencia! ¡Qué sencillez, qué pacífica compenetración reina en aquéllas! Lo que uno descubre lo recoge otro agradecido; y todos cooperan en común a la obra. Si una pasión se agita, no es otra que la vanidad que no radica en el objeto, y por consiguiente desaparece pronto.

La comparación de los objetos de las respectivas ciencias conduce a otra peculiaridad del derecho, cuyas consecuencias sobrepasan en mucho las que hasta ahora hemos considerado: es la figura de la ley positiva, de aquella figura híbrida compuesta de ser y saber, que se desliza entre el derecho y la ciencia, alcanzando a ambos con sus funestas consecuencias.

Artículo: Reflexiones acerca de la jurisprudencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Todas las ciencias tienen leyes, y las leyes son su finalidad suprema. Todas las ciencias, en todos los tiempos, tienen, además de las leyes verdaderas, otras falsas. Pero la falsedad de éstas no ejerce influencia alguna sobre su objeto. La tierra siguió girando alrededor del sol, aunque Ptolomeo convirtiera en ley lo contrario; el alma permaneció simple, a pesar de que Wolf y Kant la fragmentasen en innumerables potencias; los cereales se alimentaron principalmente del aire, y no del humus, a pesar de que hasta Liebig proclamara lo contrario como ley de la economía.

Otra cosa ocurre con las leyes positivas del derecho. Respaldadas por la fuerza y por sanciones, se imponen, verdaderas o falsas, al objeto; el derecho tiene que renunciar a su verdad e inclinarse ante sus prescripciones. Si en todos los demás campos el saber deja incólume al ser, retrocediendo con veneración ante él, la ley positiva, en el derecho, consigue todo lo contrario. El saber, aun el falso y deficiente, se sobrepone al ser.

No es que con ello se niegue el tránsito necesario de la ley natural a la ley positiva. El desarrollo de la cultura, la división del trabajo, la mayor complejidad de las relaciones sociales, la necesidad de certeza y de precisión han conducido a todos los pueblos a la adopción de leyes positivas. Pero una cosa no es buena sólo por haber surgido natural y necesariamente. En sus búsquedas la humanidad puede seguir sendas equivocadas, de las que puede resultar aconsejable y factible apartarse.

Toda ley positiva está condicionada por el grado del conocimiento del derecho natural. Mucha de ellas proceden de épocas en que la ciencia estaba en ciernes; otras muchas han despreciado la ayuda de la ciencia. De ahí la consecuencia inevitable de que el contenido de la ley positiva abarca, junto a cosas verdaderas, no pocas cosas falsas.

Pero incluso cuando el contenido sea verdadero, la forma, la expresión de la ley positiva es con frecuencia deficiente. De ahí las lagunas, las contradicciones, los puntos oscuros, la duda.

La ley positiva es rígida; el derecho, progresivo. Por eso la verdad misma de aquélla se convierte con el tiempo en falsedad. Su sustitución por una ley nueva no es nunca realizada sin violencia; le falta la flexibilidad continua, y por tanto, suave del derecho.

La ley positiva es abstracta; su necesaria sencillez destruye la riqueza de las formas individuales. De ahí las figuras híbridas de la equidad y del arbitrio judicial.

En su determinación última, la ley positiva es mero arbitrio.

Finalmente, la ley positiva es el alma sin voluntad, igualmente sumisa a la sabiduría del legislador y a la pasión del déspota.

A aquella famosa afirmación de Savigny de que su época tenía vocación para la legislación se le objetó el que fuera demasiado lejos. Y tal vez su defecto consistió no en ir demasiado lejos, sino en no ir bastante lejos. Empero, no sólo nuestra época sino que ninguna época tiene vocación para la legislación en este sentido. Fue una ingenua ilusión creer que con sólo dejar tiempo a la ciencia jurídica alcanzaría y comprendería ésta la actualidad. El derecho no se anticipa perennemente a la ciencia. Ninguna legislación positiva, aun con mil años de preparación previa, evitará los males que acabamos de apuntar. La mayor alabanza que por ello cabe hacer de este gran jurisconsulto es que incluso cuando

Artículo: Reflexiones acerca de la jurisprudencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



tuvo en su mano el poder de legislador no hizo ley alguna.

En la medida en que la ley positiva, por su contenido y su forma, es verdadera expresión del derecho, ha hecho y alcanzado ya lo que es asunto y afán de la ciencia, pues también el fin de éstas es el descubrimiento puro y simple de las verdaderas leyes del derecho. En este aspecto, no le queda a la ciencia otra función que la de explicar y aclarar; es decir, la función del maestro de escuela. ¿Cómo extrañarse entonces de que la ciencia no quiera ocuparse de eso? Ha llamado muchas veces la atención el que algunos códigos hayan sojuzgado en todas partes largo tiempo a la ciencia, y se han buscado por doquier motivos, siendo corriente ver en ello materia de censura para el respectivo código. Mas, lo contrario es verdad. Cuanto más logrado esté el código, cuando más se acerque a la verdad, tanto más coincidirá con el contenido de la ciencia misma, formulada en la forma más precisa, o sea que ofrecerá lo mismo que la ciencia puede ofrecer. Y es natural que en lo relativo a la parte buena del código la ciencia no vuelva a tener un margen de acción hasta que por el transcurso del tiempo la evolución del derecho la haya superado.

Permitidme interrumpir aquí este recorrido. Creo haber ofrecido pruebas suficientes de que simples errores y deficiencias de toda índole son el objeto casi exclusivo del que la jurisprudencia se ocupa, o, mejor dicho, se ve por desgracia obligada a ocuparse; cometido tan repulsivo, que cabe maravillarse de que tantos estén dispuestos aún a asumirlo. Tal vez sea un cometido necesario; mas no por ello es digno de la ciencia.

La arbitrariedad que campea en las determinaciones últimas de la ley positiva penetra también en nuestra ciencia. Lo arbitrario de las delimitaciones en orden a las formas, plazos, instrucciones, tiene que ser por naturaleza una fuente inagotable de dudas, que la redacción más esmerada no logra impedir.

El derecho no puede existir sin el elemento del saber y del sentimiento. Un pueblo debe saber lo que el derecho exige en cada caso particular, y debe entregarse a su derecho con amor. Si se le quitan al derecho estos dos elementos, seguirá siendo una gran obra de arte, pero será un derecho muerto, no será ya derecho. Ahora bien: al acercarse la ciencia al derecho como objeto suyo, la destrucción de estos elementos resulta inevitable: el pueblo pierde el conocimiento de su derecho y su apego a él, convirtiéndose entonces el derecho en patrimonio exclusivo de una clase. Ello resulta de la naturaleza de la cosa, y lo enseña la historia. La ciencia incurre, de esta suerte, en contradicción consigo misma: quiere limitarse a aprehender su objeto, y lo tritura. Las consecuencias de esta contradicción son extraordinarias.

Otra consecuencia de ello son los titubeos de la legislación. El legislador se digna incluso hacer experimentos. La legislación procesal prusiana de 1833 nos da un buen ejemplo. Y hoy, entre nosotros, tenemos el experimento de la reforma procesal penal.

Pero el inconveniente mayor aparece cuando hay que adaptar el derecho al caso particular. Y la cosa es grave en lo que atañe a los procesos. No se refiere aquí a los procesos en los que sólo se trata de la ejecución, en los cuales ha de vencerse sólo la desidia y la mala voluntad del deudor; y que no importan verdaderos litigios jurídicos. Mas, los verdaderos procesos, aquellos en los que hay controversia jurídica, quedan rebajados como consecuencia

Artículo: Reflexiones acerca de la jurisprudencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



de este efecto destructor de la ciencia, al nivel de una mera operación, de una simple especulación, sin que quede rastro alguno de la realización del derecho en el verdadero sentido de la palabra.

Ninguna de las partes sabe quién tiene el derecho a su favor. La voz interior calla. Se consulta a los abogados. Sólo consideraciones extrínsecas, como la probabilidad del éxito, los gastos del intento, la mayor o menor duración del proceso, determinan la decisión que se tome. Si se gana, es que la especulación ha salido bien. Si se pierde, el hombre razonable se consuela de la misma manera que el comerciante que ha perdido un valioso cargamento durante una tempestad; de la misma manera que el que juega en la bolsa y ve fallidos sus cálculos por las coyunturas políticas. En ningún caso hay rastro alguno del derecho, sentimiento alguno de indignación por la injusticia recibida, satisfacción íntima por la victoria del derecho.

La marcha externa del proceso está como hecha para fortalecer esta opinión. Ni el juez, ni el profesional, saben directamente lo que en el caso respectivo sea ajustado a derecho. Hay que consultar antes códigos y comentarios polvorientos, y hay que aplicar una medida artificial para hallar lo que en el corazón de cada cual debiera estar claramente escrito. Lo que en primera instancia la agudeza y la erudición han demostrado artificialmente ser lo verdadero, resulta en segunda instancia convicto de falsedad con no menos agudeza y erudición; y menos mal, si en casación no vuelve a trocarse la verdad en su contrario.

¿Cómo puede la nación, en estos cálculos artificiosos, en estas eruditas deducciones, en estas sentencias vacilantes, reconocer el derecho, el derecho que con ella ha nacido y crecido, el derecho cuyos juicios claros deben estar escritos en todos los corazones con caracteres sagrados e indelebles? No es posible pedírselo. Por obra de la ciencia, la administración de justicia se ha convertido en un juego de azar.

El lenguaje del hombre de la calle posee expresiones características para calificar este estado de cosas. Si preguntamos a un campesino cómo va su pleito, nos dirá: "Está todavía en el aire"; estupenda manera de decir, que hace ver la trayectoria sinuosa del asunto y la absoluta falta de sentido que para las partes tiene. Si el campesino pierde el pleito, no dirá que no tenía el derecho a su favor, sino que "ha perdido". La pérdida del proceso es para él un acontecimiento equiparable a la devastación de sus campos por el granizo: una desgracia pero no una injusticia.

He aquí, pues, el triunfo de la ciencia jurídica: un derecho que el pueblo ya no conoce, que ya no vive en su alma, y que se equipara a las fuerzas ciegas de la naturaleza.

Este mal es tan grande, que tenía que provocar reacciones en cuanto las naciones se hicieran más independientes. Huellas de tales reacciones se arrastran a lo largo de los siglos.

Ya la prohibición de Justiniano, de que se comentase su código, una vez terminado, constituye una de ellas. Son muchas las ironías de que ha sido objeto por parte de los científicos; pero en el fondo alienta en esta prohibición el muy estimable deseo de preservarle al pueblo su derecho, protegiéndolo de la acción disolvente de la erudición.

El propósito de Federico el Grande de suprimir los abogados tiene idénticos fundamentos. La empresa hubo de fracasar, porque se hizo a medias: no han de suprimirse

Artículo: Reflexiones acerca de la jurisprudencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



sólo los abogados, sino también los jueces.

El mismo espíritu hostil a la jurisprudencia informa la obra legislativa del monarca sabio: el buen parecer de los jueces probos que se atengan a la equidad es su principio, y no la regla científica llevada hasta las cumbres de la abstracción y el cálculo.

De esta íntima contradicción entre los fines perseguidos y los resultados alcanzados por la jurisprudencia ha resultado también la peculiar predilección por los compromisos arbitrales. Coinciden en este punto el pueblo y los gobiernos, y no menos los juristas ingenuos. Y, sin embargo, desde el punto de vista de la ciencia, una remisión de esta índole al compromiso es una vergüenza, un clarísimo *testimonium paupertatis.*

Un juez que haya ejercido algún tiempo y vivido en un pueblo o en una ciudad pequeña, llegará pronto a ese estado feliz (y para el vecindario tan apetecible) en que se olvide de todo el fárrago erudito, encontrando la fuente principal de las sentencias en su conciencia, en su sentimiento jurídico, idéntico al de sus convecinos. A nadie temen más para juez el hombre de campo y el de la ciudad, que al flamante licenciado revestido de toda la magnificencia de una erudición jurídica dispuesta a distinguir los casos con el colmo de la agudeza.

Todos estos fenómenos tienen, pues, la misma raíz. El país está harto de los juristas científicos. Existe la sospecha, el oscuro presentimiento de la contradicción entre el derecho y la ciencia; lo único que falta aún es, en el pueblo, la idea clara de esta contradicción. Nadie se atreve aún a formularla. Y así se explica que se pretenda justificar tales fenómenos recurriendo a motivos externos y falaces. Pero en cuanto se llegue a la clara conciencia del hecho, será difícil contentarse con recurso a estos medios fragmentarios y defectuosos, y los gobiernos, no menos cansados de los juristas que el pueblo, acudirán gustosos en su ayuda con mano caritativa. Se le devolverá al pueblo la jurisdicción, no sólo en la cuestión de hecho, sino también en la de derecho; no sólo en asuntos criminales, sino también en los civiles. Otra consecuencia buena será la disminución de las leyes positivas, éstas se limitarán a formular los principios directivos, quedando reservada al sano juicio del pueblo su aplicación en las conclusiones menores, sin precarias disquisiciones.

Y en verdad, no se ve por qué habría esto de ser un mal. Los procesos no durarán entonces tantos días como ahora meses y años; las costas no harán que nadie renuncie a hacer valer su derecho; las sentencias coincidirán tal vez menos con las sutiles disposiciones de la ley positiva artificialmente construida, al estilo de ahora, o con las eruditas conclusiones de la ciencia, pero en cambio traducirán el sentido del derecho que vive en el pueblo.

La administración de justicia tal como aquí la esbozamos no es, por lo demás, un simple juego de la imaginación. Hay naciones enteras que han vivido, y han sido grandes, sin juristas de carrera, sin su fábrica artificial de leyes positivas, particularmente en lo que atañe al derecho privado. Los griegos no las tuvieron ni en sus tiempos más gloriosos. Jueces populares fallaban con arreglo al derecho que la costumbre había santificado, con arreglo a lo que en su corazón hacía oír su voz. Sus grandes pensadores, Platón, Aristóteles, no tienen la menor idea de que la interpretación de la ley positiva, la mezquina discusión acerca de sus dudas y oscuridades, pueda reivindicar para sí la dignidad de una ciencia. Tan

Artículo: Reflexiones acerca de la jurisprudencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



nimias les parecen estas cosas, que nunca se detienen en ellas en sus obras, por otra parte escritas con tanto sentido práctico. También entre los romanos la administración de justicia estuvo en manos de jueces legos, hasta bien entrada la época imperial, en la que ciertamente no cabe negar la existencia de un tráfico interno y relaciones complejas. El pretor era, por lo regular, un funcionario sin formación profesional. Su obra, el edicto, cuyas disposiciones están tomadas exclusivamente del derecho natural, es prueba de ello; y los judices eran hombres del pueblo que decidían la cuestión de hecho según su llano juicio, y que incluso en la cuestión de derecho es dudoso se atuvieran a la fórmula praescripta del pretor con la minuciosidad que refieren nuestros manuales.

Hemos puesto al descubierto los obstáculos inmanentes al objeto de la jurisprudencia, y hemos señalado el contraste que existe entre el punto de partida y los resultados de la ciencia jurídica. Nos queda por resolver esta última cuestión: ¿Qué instrumentos ha inventado y qué instituciones ha creado la ciencia jurídica para hacer más asequible a los hombres su objeto, el derecho, para aligerar el peso, el dolor del proceso descrito?

¿Cuál es la ejecutoria de la ciencia jurídica? Con afán se puede buscar en todas las direcciones y lo que se encuentra son formularios de negocios jurídicos y actos procesales, un sinnúmero de admoniciones, consejos, formas y cláusulas aparentemente encaminados a suplir la ligereza y proteger contra los pleitos, y, finalmente, todo el aparato del proceso común, lleno de solidez y erudición, en una palabra: todo, menos la manera de conseguir uno su derecho en el término de una vida. Esto es, poco más o menos, todo lo que debemos a los científicos del derecho en este aspecto. En cambio, buscaremos en vano una ayuda, una orientación de la ciencia en aquellas materias en que verdaderamente hace falta, es decir, en el perfeccionamiento del derecho en general.

Cada época tiene sus cuestiones jurídicas que conmueven profundamente al país. Trátase unas veces de derecho de familia; otras, de las relaciones entre la Iglesia y el Estado; ora de la constitución de éste, ora de los privilegios de ciertos estamentos, ora de las relaciones de los pueblos entre sí. En torno a estas cuestiones se agita la polémica, se polarizan las opiniones en partidos, señalando aquellos puntos en que, caducada la vieja regulación, apunta el derecho hacia nuevas formas. Al comienzo de este proceso, la gran mayoría del país se muestra circunspecta; falta de una idea clara del asunto, dirígese a la ciencia en busca de soluciones a sus dudas y de una dirección que la guíe por el oscuro sendero de la evolución en cuestión. Mas, la ciencia se ha revelado siempre impotente para tal fin: nunca, hasta la fecha, comprendió la actualidad. Los pueblos quedaron abandonados a sí mismos. ¿Cómo asombrarse de que cayeran en manos de los partidos, y de que antes de llegar a la meta hayan tenido que recorrer, no el camino recto de una evolución progresiva, sino las sendas extraviadas de la pasión y del error?

La historia nos enseña que ello ocurrió así en todos los pueblos. Los juristas romanos, sumidos en el cultivo del derecho privado, fueron servidores dóciles de la tiranía. Con la misma calma, con la misma diligencia comentaban la constitución despótica de la época imperial que la ley republicana, imbuida de libertad. La seguridad del tráfico en

Artículo: Reflexiones acerca de la jurisprudencia
Revista: Nº208, año LXVIII (Jul-Dic, 2000)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



aquel gran imperio exigía con urgencia una protección de la buena fe y un derecho de prenda fácil de conocer, y al mismo tiempo, flexible. En lugar de esto, los juristas romanos mantuvieron rígidamente la estricta *rei vindicatio*, y construyeron un derecho de prenda con privilegios tales que ellos mismos tenían que aconsejar a los tutores enterrar el dinero líquido de sus pupilos antes que prestarlo con hipoteca. Tampoco comprendieron los juristas romanos las enormes transformaciones que el cristianismo trajera consigo, en el campo del derecho privado como en los demás. Justiniano, el legislador lego en la materia, raya en este punto a mucha más altura. Fue él, y fueron después los Papas, quienes infundieron al derecho privado el espíritu nuevo.

No se objete a estos ataques que tales cosas no corresponden a la ciencia jurídica, sino a la política y al arte de la legislación. Lo lamentable de la jurisprudencia es precisamente que excluye de su seno la política, y que, por consiguiente, ella misma se declara incapaz de dominar, o simplemente de dirigir, la materia y el curso de las nuevas formas, mientras que todas las demás ciencias consideran esto como su parte más esencial, su cometido supremo.

Ese tan ponderado perfeccionamiento del derecho por los juristas, del que vemos que hablan ahora todos los manuales, sólo se refiere a la filigrana del detalle nimio. Poner los cimientos y levantar enérgicamente el edificio nuevo no pueden hacerlo los juristas. Pero una vez terminada la obra, cuando las columnas la sustentan ya, entonces acuden como los cuervos, a millares, se meten en todos los rincones y miden los límites y dimensiones por pulgadas y líneas, y pintan y adornan el noble edificio hasta el punto de que ni el estadista ni el pueblo reconocen ya apenas su propia obra.

El resultado que se describe es deprimente y desconsolador. Y es natural que brote la idea de concluir con unas palabras de consuelo.

Ahora bien: quienes compartan la convicción expresada, o lleguen a compartirla después de una atenta consideración del problema, hallarán el consuelo en el hecho de la necesidad de la cosa, en el hecho de que lo sustancial no reside en una clase determinada, sino en el conjunto de la nación.

Allí donde estas palabras no han hecho más que arañar la superficie, donde no han hecho más que agitar, sin conmoverlo, el árbol de las convicciones y los prejuicios, no hace falta consuelo alguno. La indestructible ironía de dicha subjetividad basta ya por sí sola para volver a encender la hilaridad de la persona acerca de la seriedad de la cosa.