

Lecturas de Filosofía del Derecho

Volumen II

Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

Anales de Jurisprudencia
Colección "Doctrina"

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia y
del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal

Mag. Juan Luis González A. Carrancá

y los consejeros de la judicatura:

Lic. Juan Bautista Gómez Moreno,

Dra. Elena Ruth Guzmán Gómez,

Lic. Juan Ángel Lara Lara,

Lic. José Cruz Lavanderos Yáñez,

Lic. Juan Tzompa Sánchez, y

Lic. Jorge Valentín Vázquez Castellanos.

tienen el honor y agrado de hacer
llegar al lector la presente obra,

Porque publicar libros es nuestra tarea,

y

Difundir conocimiento ... nuestro compromiso

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

VOLUMEN II

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL

PRESENTACIÓN

La Filosofía del Derecho forma parte de la Filosofía general, como una de sus ramas o tratados. Sin embargo, a pesar de su gran importancia, esta rama del pensamiento filosófico no se cuenta, ciertamente, entre las más antiguas. Si admitimos que la Filosofía, como disciplina autónoma, nace en Grecia –lo cual nos parece una aseveración razonable, porque el pensamiento filosófico prehelénico lo encontramos siempre mezclado confusamente con mitos y creencias religiosas–, tenemos igualmente que admitir que las primeras inquisiciones específicamente filosóficas del hombre fueron de carácter cosmológico, que tuvieron por objeto esclarecer la naturaleza íntima de la materia, analizándola en sus cuatro "*elementos*" tradicionales.

Los rudimentos de la Filosofía del Derecho nacieron con Sócrates, que se ocupó –aunque en forma completamente asistemática– de la conducta humana en sociedad y de los distintos tipos de normas que la rigen. En poco tiempo, la nueva disciplina alcanzó una considerable madurez gracias a las especulaciones de Platón y

Aristóteles sobre la organización social, la política y las leyes, y desde entonces no ha dejado de ocupar un lugar preeminente en el panorama del pensamiento filosófico de Occidente. En este proceso de continuo desarrollo, hubo una etapa de profunda crisis provocada, a mediados del s. XIX, por la eufórica difusión del Positivismo, corriente filosófica caracterizada por una orientación abiertamente antimetafísica. La contradicción interna de esta corriente filosófica, fue determinante para que su vigencia fuera muy efímera, y su rápida decadencia permitió, desde las dos últimas décadas del siglo antepasado, el resurgimiento de la Filosofía del Derecho con más bríos que antes.

¿Cuál es la razón por la que la Filosofía del Derecho, aunque no siempre bajo este nombre, ha llamado la atención de los más grandes filósofos y juristas, y los ha movido a dedicarle una buena parte de su mejor creación intelectual? ¿En qué radica la importancia de la Filosofía del Derecho? Radica, nada más y nada menos, en la importancia del Derecho mismo, como orden normativo esencialmente orientado a la consecución de la Justicia y la paz social, condiciones indispensables para la realización de la sociedad en su papel de promotora del bien común. En efecto, sin Derecho la sociedad no podría alcanzar sus fines esenciales y aun difícilmente podría subsistir; y sin la Filosofía del Derecho, éste quedaría reducido a una entidad precaria, insubstancial, sin fundamento y carente de sentido.

La ciencia del Derecho positivo coincide con las demás ciencias no filosóficas en que considera su objeto de estudio desde el punto de vista de las causas y efectos inme-

diatos, prescindiendo de los primeros principios y los últimos fines. El Derecho nos enseña cuáles son las normas jurídicas vigentes en un lugar y en un momento dados, cuál es su contenido concreto y cuáles los fines particulares que se proponen con respecto a un determinado tipo de situación (por ejemplo, cuáles son las leyes aplicables a los contratos celebrados en México, y en qué forma procuran realizar la Justicia conmutativa y garantizar el equilibrio entre las partes contratantes), pero no nos dice –ni puede decirnos– lo que constituye la esencia de la norma jurídica y de los derechos y deberes que genera, ni cuáles son los fines supremos del orden jurídico, ni lo que son en sí la Justicia y los demás valores a ella ligados.

Esta es precisamente la doble función de la Filosofía del Derecho: por una parte, indagar la esencia de las realidades básicas que hacen posible la existencia del Derecho como orden normativo social, así como esclarecer los conceptos fundamentales que la ciencia del Derecho maneja sistemáticamente como instrumentos intelectuales de validez presupuesta; y por la otra, determinar los fines y valores supremos a cuya realización debe ordenarse el Derecho positivo. En el desempeño de esta difícil pero imprescindible tarea, la Filosofía del Derecho despliega sus fuerzas para cubrir, por así decirlo, la retaguardia y la vanguardia del Derecho. Ya lo expresó de esta manera, en feliz imagen, el eximio maestro don Luis Recaséns Siches:

> *La ciencia jurídica no es por sí sola capaz de explicar los cimientos que están más acá de ella, ni tampoco las ideas que están más allá de ella,*

que son precisamente las que le dan sentido. La conciencia de estas dos penurias fue la que disparó de nuevo la reflexión filosófica sobre el Derecho. Y, consiguientemente, como quiera que las urgencias o problemas eran dos, se originaron dos partes capitales de la Filosofía jurídica: la fundación de la Teoría general o fundamental del Derecho para aclarar los conceptos básicos que constituyen la cimentación de toda realidad jurídica, así como también de toda ciencia jurídica; y el restablecimiento de la problemática estimativa o axiológica del Derecho.[1]

—0—

En la retaguardia, es decir, en la zona colocada más acá de la ciencia jurídica, los servicios prestados por la Filosofía del Derecho han sido de primer orden, puesto que, como ya se ha dicho, ha desentrañado y afinado la verdadera significación de los conceptos fundamentales que constituyen la materia prima con que trabajan los juristas para la construcción, estudio e interpretación del Derecho. Entre estos conceptos básicos, ocupa el primer lugar, por supuesto, el concepto mismo de Derecho mismo, por el cual conocemos lo que constituye la esencia de lo jurídico en cuanto tal, prescindiendo de las individualizaciones concretas con que lo jurídico aparece ante nuestros ojos en el tiempo y en el espacio.

1 Luis Recaséns Siches. *Tratado General de Filosofía del Derecho.* 2a. ed., Porrúa. México. 1961, pág. 11.

Los primeros jusfilósofos en sentido estricto, es decir, los tres grandes del pensamiento clásico griego, aunque tuvieron conceptos claros sobre la esencia del Derecho positivo, insistieron de manera muy particular en el carácter del mismo como instrumento indispensable para la pacífica y fructífera convivencia social. Podemos tomar sus especulaciones a este respecto como un buen ejemplo de lo que la filosofía jurídica ha hecho desde sus inicios, por la elaboración de una teoría general o fundamental del Derecho, empezando por justificar la existencia misma del orden jurídico positivo.

> *La ciudad y sus leyes son necesarias y responden a las exigencias de la naturaleza humana: tal es la convicción que informa las enseñanzas de Sócrates, y sobre todo su actitud ante la sentencia de muerte de que fuera objeto.*[2]

Platón, por su parte, consideraba que en la sociedad ideal, gobernada por los hombres más sabios, saldría sobrando por completo el Derecho positivo, sobre todo en su manifestación de Derecho legislado, pues los jueces estarían perfectamente capacitados para resolver los casos particulares mediante la adaptación de los principios generales de la Justicia a las circunstancias concretas, sin verse limitados por la inevitable rigidez de las leyes escritas de carácter abstracto y general. Sin embargo, el paso de los años y la amarga experiencia conven-

2 Antonio Truyol y Serra. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado.* Vol. I. 5a. ed. Biblioteca de la Revista de Occidente. Madrid. 1976, pág. 149.

cieron al ilustre ateniense de lo irrealizable de su *República* perfecta, y, en consecuencia, de la necesidad de las leyes como instrumento de convivencia pacífica entre los imperfectos hombres que integran la sociedad.

> *Consciente de la imperfección de los hombres, admite ahora Platón la necesidad de fijar los principios de gobierno en leyes positivas de carácter general que, por otra parte, han de nutrirse de la experiencia colectiva plasmada en la costumbre y la tradición.*
>
> *En El Político se advierte claramente cuánto le costó a Platón el tránsito desde la arbitrariedad, a la vez justa y flexible, del gobernante según la idea..., hasta una legalidad que en el mejor de los casos es un sucedáneo, cuya rigidez tropieza contra la multiformidad de las situaciones por regular. Pero en el estado actual de la humanidad, este sucedáneo es con todo la solución más aceptable.*[3]

Aristóteles desarrolló una concepción del Derecho mucho más digna que la de Platón. El *Estagirita*, a diferencia de su ilustre maestro, no acepta a regañadientes el Derecho positivo como un mal necesario, sino que lo propone con entusiasmo como un medio de regulación social que, por su carácter impersonal, no menoscaba en nada la dignidad de los hombres libres que, en cuanto gober-

3 *Ibid.*, pág. 165.

nados, tienen que someter su voluntad y sus acciones a mandatos externos.

> *Si la polis asegura el imperio de la justicia..., ello se realiza a través de un derecho positivo, de leyes generales, escritas o consuetudinarias. El derecho positivo no es, como en Platón, una concesión a la fragilidad humana, sino una institución necesaria, que además es la condición de la libertad, por cuanto transforma la relación personal de subordinación de unos hombres con respecto a otros, en la común sumisión de todos a un principio impersonal que determina objetivamente su situación respectiva. La ley, escrita o no escrita, que surge de una experiencia colectiva, es intrínsecamente superior a cualquier decisión de un individuo, por esclarecido y sabio que sea. Sólo ella permite que la obediencia a una autoridad sea compatible con la dignidad de hombre libre del que obedece. La ley, por ser "la razón desprovista de pasión" (según la fórmula optimista de Aristóteles), ha de llegar a ser en la sociedad política la suprema autoridad.*[4]

Santo Tomás de Aquino, que asimiló maravillosamente el pensamiento clásico y en no pocos puntos lo formuló con mayor precisión, o al menos en forma más explícita, legó a la posteridad una magnífica definición de la ley, según la cual ésta es una

4 *Ibid.*, págs. 181-182.

> *ordenación de la razón al bien común promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad.*[5]

Aunque se ha censurado a esta definición su carácter excesivamente intelectualista, la verdad es que, en su ulterior desarrollo, el *Aquinate* expone adecuadamente los aspectos volitivos de la ley humana o positiva, lo mismo que sus principales características, como son la generalidad, la coercitividad y la supremacía absoluta en el plano humano, es decir la obligatoriedad de la ley para todos los miembros del cuerpo social, incluidos los gobernantes que la formulan y promulgan.

> *Por ordenarse al bien común, la ley humana debe tener alcance general y proceder de una instancia pública que obre en representación del cuerpo social. Esta instancia pública queda sometida a la ley mientras no provea a su derogación. Finalmente, la ley humana no puede quedar a merced de la buena voluntad de sus destinatarios, por lo que va respaldada por la fuerza de la colectividad, pudiendo imponerse coercitivamente.*[6]

Todo lo anterior nos da una buena idea de lo que la Filosofía del Derecho ha significado, desde sus inicios, como disciplina fundante de la Jurisprudencia, no sólo esclareciendo la esencia de lo jurídico, sino también aque-

5 Santo Tomás de Aquino, citado por A. Truyol y Serra. *Op. cit.*, pág. 342.
6 A. Truyol y Serra. *Op. cit.*, pág. 345.

llos otros conceptos sin los cuales es imposible la comprensión del Derecho como realidad y como ciencia, a saber: la persona, el objeto, el supuesto jurídico, la relación jurídica, la consecuencia jurídica, el deber, el derecho subjetivo.

Uno de los factores que favorecieron el renacimiento de la Filosofía del Derecho tras el ocaso del Positivismo, fue precisamente la rebelión intelectual contra la falta de fundamentación y el desorden que la ciencia jurídica padecía, a consecuencia de absurdos prejuicios antimetafísicos.

> *Estos problemas apuntaron en la conciencia de muchos juristas profesionales entre los años de 1870 y 1890 que constituyeron la época en que empezó a germinar un renacimiento de la Filosofía jurídica, sobre todo como Teoría general del Derecho. Se advirtió que los estudios jurídicos –restringidos por las limitaciones positivistas– ofrecían un espectáculo de caos. En efecto, cada tratado o cada profesor dedicado a una disciplina jurídica especial consagraba los primeros capítulos, o las primeras lecciones, a tratar de esclarecer el concepto del Derecho como norma, el de derecho subjetivo, el de relación jurídica, el de persona, el de objeto, etc. Pero resultaba que la explicación que cada especialista daba de esos conceptos fundamentales era diversa de la suministrada por otros especialistas, con lo cual se producía un estado de desorden y confusión. Se cayó en la cuenta de que todos esos temas no pueden ser resueltos por la suma de las aportaciones de cada*

disciplina jurídica particular, sino que requieren una doctrina general autónoma, que tiene ya carácter filosófico.[7]

— 0 —

No menos valiosos han sido los servicios prestados por la Filosofía jurídica en lo que hemos llamado la vanguardia del Derecho, es decir, determinando los fines y valores hacia cuya realización se ordena el Derecho positivo, entidad esencialmente instrumental y, por lo tanto, de un marcado carácter teleológico y axiológico. También en este campo, al que se le designa con el nombre de estimativa jurídica, resultan muy ilustrativas las aportaciones de la Filosofía del Derecho en sus primeras etapas como disciplina autónoma. Sócrates, por ejemplo, veía con toda claridad la relación esencial entre el Derecho y la Justicia, no obstante haber acatado la injusta sentencia que lo condenó a muerte.

Esta actitud de Sócrates no implica un punto de vista positivista que desligue el derecho de la justicia. Sócrates ve en la ciudad una realidad ética, fundada en el orden divino de las cosas. Esta legitimidad esencial no es destruida por errores accidentales.[8]

Aristóteles afirmó que uno de los fines esenciales de la sociedad es el asegurar el imperio de la Justicia, lo cual se logra mediante el Derecho positivo. La Justicia, por lo

7 L. Recaséns Siches. *Op. cit.*, pág. 13.
8 A. Truyol y Serra. *Op. cit.*, pág. 149.

tanto, es el fin esencial del Derecho, constituye una de las más elevadas virtudes, y ciertamente la más indispensable para la vida social.

> *Lugar destacado entre las virtudes éticas corresponde a la justicia, a cuya teoría dedica el filósofo el libro V de la Ética de Nicómaco.*
>
> *En un sentido amplio, la justicia equivale al ejercicio de todas las virtudes, referido a otro. Aquí aparece ya una nota esencial de la justicia: la alteridad. Pero en sentido estricto, la justicia se define como una virtud ética particular en la que se da, además de la alteridad, la nota de igualdad. En la justicia se aplica y realiza el principio de igualdad como fundamento de la cohesión y armonía en la vida social.*[9]

Profundamente teleológica y axiológica fue también la concepción del Derecho desarrollada por Santo Tomás de Aquino, para quien era inconcebible el divorcio entre los aspectos formal y substancial de la ley. Un precepto positivo que no se ordene a la consecución del bien común a través de la Justicia, no merece siquiera el nombre de ley.

> *Las leyes humanas obligan por su congruencia con la ley natural, hasta tal punto, que en aquello en que se apartan de la ley natural dejan de ser leyes, son una corrupción de la ley. Además de su*

9 *Ibid.*, pág. 177.

elemento formal (promulgación por autoridad competente), caracteriza materialmente a la ley humana el estar al servicio del bien común.

Insiste el Aquinatense en que no incumbe a la ley humana prohibir todos los vicios, ni preceptuar todas las virtudes: su objeto se limita a aquellos actos cuyo alcance social es mayor, y que por ello afectan directamente al bien común. Mas como la virtud ordenada de suyo al bien común es la justicia, la afirmación anterior equivale a decir que la ley humana versa sobre la materia de la justicia, y sólo se extiende a la de otras virtudes en cuanto revisten de alguna manera el carácter de justicia con respecto al bien común.[10]

Pero de nada serviría afirmar que la Justicia es el fin consubstancial del Derecho, si no se aclara lo que es la Justicia, y éste es, precisamente, uno de los temas cardinales de la Filosofía del Derecho. Una vez más, invocamos como ejemplo el pensamiento jurídico-filosófico de Santo Tomás, que constituye una buena síntesis de las primeras reflexiones que la Filosofía del Derecho dedicó a la esencia de la Justicia, como eje central de la estimativa jurídica.

La teoría tomista de la justicia es un desarrollo sistemático de la de Aristóteles, con la ayuda de la jurisprudencia romana, que el Ángel de las Escuelas conocía como pocos escolásticos. La justicia

10 *Ibid.*, págs. 344-345.

es aquella virtud de la voluntad que ordena al hombre en las cosas relativas a otro. Implica cierta igualdad, y esta igualdad se establece en relación a otro. Pero a la referencia al otro, a la alteridad, se añade una relación de débito, y por eso la justicia asegura a todos lo suyo. Santo Tomás la define, modificando algo un texto de Ulpiano, como "el hábito según el cual uno, con constancia y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho".[11]

El campo de la Filosofía del Derecho como estimativa jurídica es amplísimo, pues comprende no sólo la definición de la Justicia y su adecuación a las cambiantes realidades de la vida social, sino también una variada gama de valores relacionados con la Justicia –como la seguridad jurídica, la paz social, la libertad, el bien común, la dignidad de la persona humana, etc.– cuya búsqueda y realización dan sentido al Derecho en sus cuatro momentos fundamentales, a saber: cuando es creado; cuando es reformado para adaptarlo al proceso de desarrollo de la sociedad; cuando es aplicado, en condiciones normales, a situaciones concretas cuya complejidad no puede ser prevista en forma exhaustiva por ningún precepto de carácter general y abstracto; y cuando sus inevitables lagunas tienen que ser llenadas por el órgano jurisdiccional.

— 0 —

Sin la teoría fundamental del Derecho, la Jurisprudencia sería una disciplina inconsistente y caótica, y sin la esti-

11 *Ibid.*, pág. 346.

mativa jurídica el Derecho sería una forma vacía, un orden normativo inhumano, carente de sentido y despóticamente situado por encima de todo juicio crítico basado en los valores objetivos que dan significado a la vida individual y social.

Por los motivos anteriores, es que el **H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal**, a través de su Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, pone en las manos de los impartidores de Justicia, abogados postulantes, y académicos y estudiosos tanto del Derecho como de la Filosofía, esta obra conformada por diez ensayos de jusfilósofos de enorme prestigio internacional.

El presente libro se divide en dos secciones temáticas, la primera de ellas se denomina *La Justicia*, y está integrada con cuatro artículos de los prestigiados profesores americanos Roscoe Pound, ex Ministro de la Corte Suprema de su país, y del economista Frank H. Knight; del austríaco Hans Kelsen, excatedrático de las Universidades de Viena, Colonia y Berkeley, considerado como el jurista más importante del siglo XX; y del destacado profesor de la Universidad de Heidelberg, Eberhard Schmidt.

La segunda parte, intitulada *Filosofía y Función Judicial*, se compone de seis ensayos, de la autoría de eminentes autores como otro ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, Benjamín N. Cardozo; del alemán Rudolf Stammler, prominente miembro de la Judicatura de su país; del ex profesor de la Universidad de

Pennsilvania, Clarence Morris; y de los destacados abogados y catedráticos españoles Juan Vallet de Goytisolo y Manuel Ossorio y Florit.

Finalmente, manifiesto mi firme y honda convicción de que este segundo volumen de ***"Lecturas de Filosofía del Derecho"***, impreso bajo el reconocido sello editorial de esta Alta Casa de Justicia capitalina, será –a no dudarlo– de gran utilidad para la comprensión y discusión de la esencia y conceptos más elevados de la carrera y ciencia que felizmente hemos abrazado: el Derecho.

MAG. JUAN LUIS GONZÁLEZ A. CARRANCÁ
PRESIDENTE DEL H. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
Y DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA DEL DISTRITO FEDERAL

Primavera del 2002

I
LA JUSTICIA

¿QUÉ ES LA JUSTICIA?

*Hans Kelsen**

SUMARIO

Introducción.- Aspiraciones de la justicia: a) La felicidad; b) La libertad individual; c) Jerarquía de los valores.- 2. Definición de justicia mediante la determinación de valores absolutos.- 3. Teorías fundamentales sobre la justicia: a) Metafísico-religioso; b) Teoría racionalista; c) El principio de represalia; d) El principio de igualdad; e)

* **Jurista austriaco nacionalizado estadounidense, considerado como el teórico del Derecho más importante en el siglo XX. Nació en el año de 1881 en Praga, y murió en el año de 1973. Colaboró en la redacción de la Constitución austriaca de 1920, y fue miembro del Tribunal Constitucional de dicho país. Fue profesor de la Universidad de Colonia, la que tuvo que abandonar en 1933, a la llegada de Hitler al poder. Continuó con su actividad docente en diversas universidades de Europa y Estados Unidos. Entre sus obras sobresalen: *Allgemeine Staatslehre* (1925), *Reine Rechtslehre* (1934), y, principalmente, Teoría Pura del Derecho (1935).**

Principio de igualdad ante la ley; f) Principio de igualdad en las relaciones entre trabajo y producto; g) El principio de igualdad y la regla áurea. 4. El imperativo categórico.- 5. La doctrina del mesotes en la ética de Aristóteles: a) El término medio; b) La teoría del derecho natural.- Conclusiones.

Introducción

Cuando Jesús de Nazareth admitió que era un Rey, en el interrogatorio ante el Gobernador romano, dijo: "Yo he nacido y he venido al mundo para dar testimonio de la verdad". Entonces Pilato preguntó: "¿Qué es la verdad?" Evidentemente el escéptico romano no esperaba respuesta alguna a esta pregunta y el Justo tampoco le dio ninguna. Pues lo esencial de su misión como Rey mesiánico no era dar testimonio de la verdad. Él había nacido para dar testimonio de la justicia, de esa justicia que él quería realizar en el Reino de Dios. Y por esta justicia murió en la cruz.

Así surge de la pregunta de Pilato: "¿Qué es la verdad?", y de la sangre del Crucificado otra pregunta mucho más importante; la pregunta eterna de la humanidad: "¿Qué es la justicia?"

Ninguna otra pregunta ha sido planteada más apasionadamente que ésta, por ninguna otra se ha derramado tanta sangre preciosa ni tantas lágrimas amargas como por ésta, sobre ninguna otra pregunta han meditado más

profundamente los espíritus más ilustres –desde Platón a Kant–. Y, sin embargo, ahora como entonces, carece de respuesta. Quizás sea porque es una de esas preguntas para las cuales vale el resignado saber que no se puede encontrar jamás una respuesta definitiva, sino tan sólo procurar preguntar mejor.

1. Aspiraciones de la justicia

La justicia es, ante todo, una característica posible, pero no necesaria de un orden social. Sólo secundariamente, una virtud del hombre; pues un hombre es justo cuando su conducta concuerda con un orden que es considerado justo. Pero ¿cuándo un orden es justo? Cuando regula la conducta de los hombres de una manera tal que a todos satisface y a todos permite alcanzar la felicidad. La aspiración de justicia es la eterna aspiración del hombre a la felicidad en la sociedad. La justicia es la felicidad social, es la felicidad que el orden social garantiza. En este sentido, identifica Platón la justicia con la felicidad cuando afirma que sólo el justo es feliz y el injusto desgraciado.

Evidentemente, con la afirmación de que la justicia es la felicidad, la cuestión no ha sido contestada sino tan sólo desplazada. Pues entonces se plantea la pregunta: ¿qué es la felicidad?

a) La felicidad

Desde luego, un orden justo, es decir, aquél que garantiza a todos la felicidad, no puede existir si –de acuerdo con el sentido originario de la palabra– se entiende por felicidad un sentimiento subjetivo, es decir, lo que cada

uno considera como tal. En este caso, es imposible evitar que la felicidad del uno entre en conflicto con la felicidad del otro. Un ejemplo: el amor es la más importante fuente de felicidad y de desgracia. Supongamos que dos hombres aman a una misma mujer y que ambos –con o sin razón– creen no poder ser felices sin ella. Pero de acuerdo con la ley, y tal vez de acuerdo con sus propios sentimientos, esa mujer no puede pertenecer más que a uno de los dos. La felicidad de uno provoca irremediablemente la desgracia del otro. Ningún orden social puede solucionar este problema de una manera justa, es decir, hacer que ambos hombres sean felices. Ni el mismo célebre juicio del Rey Salomón podría conseguirlo. Como es sabido, el rey resolvió que un niño, cuya posesión disputaban dos mujeres, fuera partido en dos con el propósito de entregarlo a aquella que retirara su demanda a fin de salvar la vida del niño. Pues ésta, así lo suponía el rey, probaría de esta suerte su verdadero amor. El juicio salomónico sería justo únicamente en el caso de que sólo una de las dos mujeres amara verdaderamente al niño. Si ambas lo quisiesen y ambas desearan tenerlo –lo que es posible e incluso probable– y ambas retiraran las respectivas demandas, el conflicto quedaría sin solución, y cuando finalmente, el niño debiera ser entregado a una de las partes, el juicio sería, claro está, injusto, pues causaría la infelicidad de la parte contraria. Nuestra felicidad depende a menudo, de la satisfacción de necesidades que ningún orden social puede lograr.

Otro ejemplo: hay que designar al jefe de un ejército. Dos hombres se presentan a concurso, pero sólo uno de

ellos puede ser nombrado. Parece evidente que aquel que sea más apto para el cargo deberá ser designado. Pero ¿si ambos fuesen igualmente aptos? Entonces, sería imposible encontrar una solución justa. Supongamos que uno de ellos sea considerado el más apto por tener buena presencia y un rostro agradable que le confiere un aspecto de fuerte personalidad, mientras que el otro es pequeño y de apariencia insignificante. Si aquél es designado, éste no aceptará la resolución como justa; dirá, por ejemplo, ¿por qué no tengo yo un físico tan bueno como él?, ¿por qué la naturaleza me ha dado cuerpo tan poco atractivo? Y en realidad, cuando juzgamos a la naturaleza desde el punto de vista de la justicia, debemos convenir en que no es justo: unos nacen sanos y otros enfermos, unos inteligentes y otros tontos. Ningún orden social puede reparar totalmente las injusticias de la naturaleza.

Si la justicia es la felicidad, es imposible que exista un orden social justo si por justicia se entiende la felicidad individual. Pero es también imposible un orden social justo aun en el caso en que éste procure lograr, no ya la felicidad individual de todos, sino la mayor felicidad posible del mayor número posible. Ésta es la célebre definición de justicia formulada por el jurista y filósofo inglés Jeremías Bentham. Pero tampoco es aceptable la fórmula de Bentham si a la palabra felicidad se le da un sentido subjetivo, pues individuos distintos tienen ideas aún más distintas acerca de lo que pueda constituir su felicidad. La felicidad que un orden social garantiza, no puede ser la felicidad tomada en un sentido individual–subjetivo, sino colectivo–objetivo. Esto quiere decir que por feli-

cidad sólo puede entenderse la satisfacción de ciertas necesidades que son reconocidas como tales por la autoridad social o el legislador, y que son dignas de ser satisfechas. Tal es, por ejemplo, la necesidad de alimentos, de vestido, habitación y otras del mismo estilo. No cabe duda alguna que la satisfacción de necesidades socialmente reconocidas es algo que no tiene nada que ver con el sentido originario de la palabra felicidad, que es profunda y esencialmente subjetiva. El deseo de justicia es tan elemental y está tan hondamente arraigado en el corazón del hombre, por ser precisamente la expresión de su inextinguible deseo de subjetiva y propia felicidad.

b) La libertad individual

La idea de felicidad debe sufrir un cambio radical de significación para que la felicidad de la justicia pueda llegar a ser una categoría social. La metamorfosis que experimenta la felicidad individual y subjetiva, al transformarse en la satisfacción de necesidades socialmente reconocidas, es igual a aquella que debe sufrir la idea de libertad para convertirse en principio social. La idea de libertad es a menudo identificada con la idea de justicia y, así, un orden social es justo cuando garantiza la libertad individual. Como la verdadera libertad, es decir, la libertad de toda coacción de todo tipo de gobierno, es incompatible con el orden social, cualquiera que éste sea, la idea de libertad no puede conservar la significación negativa de un mero ser libre de todo gobierno. El concepto de libertad debe aceptar la importancia que tiene una determinada forma de gobierno. Libertad debe significar gobierno de la mayoría y, en caso necesario, contra la

minoría de los súbditos. La libertad de la anarquía se transforma así en la autodeterminación de la democracia. De la misma manera, se transforma la idea de justicia, de un principio que garantiza la libertad individual de todos, en un orden social que protege determinados intereses, precisamente aquellos que la mayoría de los sometidos, a dicho orden reconoce como valiosos y dignos de protección.

c) Jerarquía de los valores

Pero ¿qué intereses humanos tienen ese valor y cuál es la jerarquía de esos valores? Tal es el problema que surge cuando se plantean conflictos de intereses. Y solamente donde existen esos conflictos aparece la justicia como problema. Cuando no hay conflictos de intereses no hay tampoco necesidad de justicia. El conflicto de intereses aparece cuando un interés encuentra su satisfacción sólo a costa de otro, o, lo que es lo mismo, cuando entran en oposición dos valores y no es posible hacer efectivos ambos, o cuando el uno puede ser realizado únicamente en la medida en que el otro es pospuesto, o cuando es inevitable el tener que preferir la realización del uno a la del otro y decidir cuál de ambos valores es el más importante y, por último, establecer cuál es el valor supremo. El problema de los valores es, ante todo, un problema de conflicto de valores. Y este problema no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional. La respuesta al problema aquí planteado es siempre un juicio que, a última hora, está determinado por factores emocionales y, por consiguiente, tiene un carácter eminentemente subjetivo. Esto significa que es válido y únicamente para el sujeto que formula el juicio, y en este sentido es relativo.

Lo que se acaba de decir puede ser ilustrado con algunos ejemplos. Para una determinada convicción moral, es la vida humana, la vida de cada cual, el valor supremo. La consecuencia de esta concepción es la prohibición absoluta de dar muerte a un ser humano aun en caso de guerra o de pena capital. Ésta es, como se sabe, la oposición de los que se niegan a prestar servicio militar o rechazan por principio la pena de muerte. Opuesta a esta posición hay otra convicción moral que sostiene que el valor supremo es el interés y el honor de la nación. Por lo tanto, todos están obligados a sacrificar su vida y a matar en caso de guerra a los enemigos de la nación, cuando los intereses y el honor de ésta así lo exijan. Parece entonces también justificable el condenar a muerte a los grandes criminales. Desde luego, es imposible decidirse de una manera científico-racional por cualquiera de estos juicios de valor fundados en tan contradictorias concepciones. En último caso es nuestro sentimiento, nuestra voluntad, no nuestra razón, lo emocional y no lo racional de nuestra conciencia, quien resuelve el conflicto.

Otro ejemplo: a un esclavo o a un prisionero de un campo de concentración, en donde la fuga es imposible, se le plantea el problema de saber si el suicidio es moral o no. Este es un problema que se presenta continuamente y que jugó un papel muy importante en la ética de los antiguos. La solución depende de la decisión que determina cuál de los dos valores, vida o libertad, es superior. Si la vida es el valor más alto, el suicidio es injusto, si lo es la libertad y si una vida sin libertad no tiene valor alguno, el suicidio no es entonces tan sólo permitido sino exigido.

Es el problema de la jerarquía entre el valor vida y el valor libertad. En este caso sólo es posible una solución subjetiva, una solución que únicamente tiene valor para el sujeto que juzga y que en ningún caso alcanza la validez universal que posee, por ejemplo, la frase que afirma que el calor dilata los metales. Este último es un juicio de realidad y no de valor.

Supongamos –sin por eso sostenerlo– que sea posible demostrar que mediante los llamados planes económicos se puede mejorar en tal forma la situación de un pueblo que la seguridad económica individual quede asegurada, y que tal organización sólo sea factible mediante una renuncia o al menos una considerable limitación de la libertad individual. La respuesta a la pregunta de si es preferible un sistema económico o una economía planificada depende de que nos decidamos por el valor de la libertad individual o por el valor de la seguridad económica. Una persona, con fuerte sentimiento individualista, preferirá la libertad individual, mientras otra que sufra de un cierto complejo de inferioridad se inclinará por la seguridad económica. Esto significa que a la pregunta de si la libertad individual es un valor superior a la seguridad económica o si la seguridad económica es un valor preferible a la libertad individual, sólo es posible dar una respuesta subjetiva y en ningún caso formular un juicio objetivo como lo es aquél que afirma que el acero es más pesado que el agua y el agua más pesada que la madera. Estos son juicios de realidad que pueden ser comprobados experimentalmente y no juicios de valor que no permiten tales verificaciones.

Después de un cuidadoso examen de su paciente, descubre el médico una enfermedad incurable que en poco tiempo provocará la muerte de aquél. ¿Tiene el médico que decir la verdad al enfermo, o puede y hasta debe mentir y decir que la enfermedad es curable y que no existe ningún peligro inmediato? La decisión depende de la jerarquía que se establezca entre ambos valores: verdad o compasión. Decir la verdad al enfermo equivale a mortificarlo con el temor de la muerte, mentir significa ahorrarle este sufrimiento. Si el ideal de la verdad es superior al de la compasión, el médico debe decir la verdad, en caso contrario deberá mentir. Pero cualquiera que sea la jerarquía de estos dos valores, es imposible dar a esta pregunta una respuesta fundada en consideraciones científico-racionales.

Como se hizo notar anteriormente, Platón sostiene que el justo –y esto significa para él aquél que se conduce legalmente– y únicamente el justo es feliz y el injusto –o sea el que actúa ilegalmente infeliz–. Platón dice: "la vida más justa es la más feliz". Sin embargo, admite que en algunos casos el justo puede ser desgraciado y el injusto feliz. Pero –agrega el filósofo– es absolutamente necesario que los ciudadanos sometidos a la ley crean en la verdad de la frase que afirma que sólo el justo es feliz aun en el caso en que esto no sea verdadero. De lo contrario nadie querría obedecer la ley. En consecuencia, el gobierno tiene, según Platón, el derecho de difundir entre los ciudadanos, por todos los medios posibles, la doctrina de que el hombre justo es feliz y el injusto desgraciado aun cuando esto sea falso. Si esta afirmación es una mentira,

es una mentira necesaria, pues garantiza la obediencia de la ley.

> ¿Puede encontrar un legislador que sirve para algo una mentira más útil que ésta o alguna otra que pueda lograr en forma más efectiva que los ciudadanos, libremente y sin coacción, se conduzcan justamente?
>
> Si yo fuera legislador obligaría a todos los escritores y a todos los ciudadanos a expresarse en este sentido, es decir, a afirmar que la vida más justa es la más feliz.[1]

Según Platón, el gobierno está autorizado para utilizar aquellas mentiras que considere convenientes. Platón coloca así la justicia –es decir, lo que el gobierno como tal entiende, o sea, la legalidad– por encima de la verdad. Pero no hay ninguna razón que nos impida colocar la verdad por encima de la legalidad y rechazar la propaganda del gobierno por estar fundada en la mentira, aun en el caso en que esta última sirva para el logro de un buen fin.

La solución que se dé al problema de la jerarquía de los valores –vida y libertad, libertad e igualdad, libertad y seguridad, verdad y justicia, verdad y compasión, individuo y nación– será distinta según que este problema sea planteado a un cristiano, para quien la salvación del alma, es decir, el destino sobrenatural, es más importante que las cosas terrenas, a un materialista que no cree en la inmortalidad del alma. Y la solución no puede ser la misma

1 Platón, Nomoi 662 b.

cuando se acepta que la libertad es el valor supremo, punto de vista del liberalismo, y cuando se supone que la seguridad económica es el fin último del orden social, punto de vista del socialismo. Y la respuesta tendrá siempre el carácter de un juicio subjetivo y, por lo tanto, relativo.

El hecho de que los verdaderos juicios de valor sean subjetivos y que, por lo tanto, sea posible que existan juicios de valor contradictorios entre sí, no significa en ningún caso que cada individuo tenga su propio sistema de valores. En realidad, muchos individuos coinciden en sus juicios valorativos. Un sistema positivo de valores no es la creación arbitraria de un individuo aislado, sino que es siempre el resultado de influencias individuales recíprocas dentro de un grupo dado (familia, raza, clan, casta, profesión) bajo determinadas condiciones económicas. Todo sistema de valores y especialmente un orden moral, con su idea central de justicia, es un fenómeno social y, por lo tanto, diferente según la naturaleza de la sociedad en la que aparece. El hecho de que ciertos valores sean en general reconocidos dentro de una determinada sociedad es compatible con el carácter subjetivo y relativo de los valores que afirman estos juicios. El que varios individuos coincidan en un juicio de valor no prueba en ningún caso que este juicio sea verdadero, es decir, que tenga validez en sentido objetivo. Lo mismo que el hecho de que muchos hayan creído que el sol giraba alrededor de la tierra no prueba en absoluto que esta creencia esté fundada en la verdad. El criterio de justicia lo mismo que el criterio de verdad aparecen con muy poca frecuencia en los juicios de realidad y en los de valor. A menudo, en la his-

toria de la civilización humana, juicios de valor aceptados por la mayoría han sido desplazados por otros juicios de valor más o menos opuestos, aunque no por eso menos aceptados. Así, por ejemplo, las sociedades primitivas consideraban que el principio de la responsabilidad colectiva (venganza de sangre, por ejemplo), era un principio absolutamente justo. Por el contrario, la sociedad moderna afirma que el principio opuesto, o sea el de la responsabilidad individual, es el que mejor responde a las exigencias de una conciencia recta. Sin embargo, en ciertos campos, como, por ejemplo, el de las relaciones internacionales, el principio de responsabilidad colectiva y en el terreno de las creencias religiosas, la responsabilidad hereditaria, el pecado original –es también una especie de responsabilidad colectiva– no son incompatibles con los sentimientos del hombre actual. Tampoco es absolutamente imposible que en el futuro –si el socialismo llega al poder– vuelva a ser considerado como moral en el campo de las relaciones internacionales un principio de responsabilidad colectiva independiente de toda concepción religiosa.

Aunque la pregunta acerca de cuál sea el valor supremo no puede ser contestada racionalmente, el juicio subjetivo y relativo, con el que en realidad se responde a la misma, es presentado, por lo general, como una afirmación de valor objetivo, o lo que es lo mismo, como norma de validez absoluta. Un rasgo característico del hombre es el sentir una profunda necesidad de justificación de su conducta; el tener una conciencia. La necesidad de justificación o de racionalización es quizás una de las diferencias que existen entre el hombre y el animal. La conduc-

ta externa del hombre no difiere mucho de la del animal: el pez grande come al pequeño, tanto en el reino animal como en el humano. Pero cuando un "pez humano", movido por sus instintos, se conduce de esta manera, procura justificar su conducta ante sí mismo y ante los demás y tranquilizar su conciencia con la idea de que su conducta con respecto al prójimo es buena.

2. Definición de justicia mediante la determinación de valores absolutos

Como el hombre es, en mayor o menor medida, un ser racional, intenta racionalmente, es decir, mediante una función de su entendimiento, justificar una conducta que el temor o el deseo determinan. Tal justificación racional es posible sólo en una medida mediante el cual debe lograrse un determinado fin. La relación de medio a fin es semejante a la de causa a efecto; por lo tanto, puede ser determinada empíricamente o por procedimientos científicos racionales. Evidentemente, esto no es posible cuando los medios para lograr un determinado fin son medidas específicamente sociales. El estado actual de las ciencias sociales no nos permite tener una comprensión clara del nexo causal de los fenómenos sociales y, por lo tanto, una experiencia suficiente como para determinar en forma precisa cuáles son los medios adecuados para lograr un determinado fin social. Este es el caso, por ejemplo, del legislador cuando se enfrenta con el problema de establecer la pena de muerte o simplemente la de prisión para evitar ciertos delitos. Este problema puede también formularse con la pregunta: ¿cuál es la pena justa, la de muerte o la de prisión? Para resolver esta

cuestión, el legislador debe conocer el efecto que la amenaza de las diferentes penas tiene sobre el hombre que, por inclinación natural, procura cometer los delitos que el legislador quiere evitar. Desgraciadamente, no tenemos un conocimiento exacto de estos efectos y no estamos en condiciones de llegar a tal conocimiento, pues aun en el caso en que esto fuera posible mediante la utilización de experimentaciones, la experimentación en el campo de la vida social es aplicable sólo en una medida muy limitada. De aquí que el problema de la justicia, aun cuando se lo reduzca a la cuestión de saber si una medida social es medio adecuado para lograr un supuesto fin, no pueda ser siempre solucionado racionalmente. Pero aun en el caso en que estos problemas pudieran ser solucionados exactamente, la solución de los mismos no podrían proporcionar una justificación completa de nuestra conducta, es decir, aquella justificación que nuestra conducta exige. Con medios sumamente adecuados pueden lograrse fines sumamente problemáticos. Basta pensar en la bomba atómica. El fin justifica o, como suele decirse, santifica los medios. Pero los medios no justifican el fin. Y es precisamente la justificación del fin, de ese fin que no es medio para otro fin superior, que es precisamente el fin último y supremo, lo que constituye la justificación de nuestra conducta.

Cuando se justifica algo, especialmente una conducta humana, como medio para un determinado fin, surge inevitablemente el problema de saber si este fin es también justificable. Y esta cuestión conduce finalmente a la aceptación de un fin supremo que es precisamente el

problema de la moral, en general y de la justicia, en particular.

Cuando se justifica una conducta humana como medio apropiado para el logro de un fin propuesto cualquiera, esta justificación es sólo condicional, depende de que el fin propuesto sea justificado o no. Una justificación condicionada y en cuanto tal relativa, no excluye la posibilidad del contrario, pues cuando el fin no es justificable tampoco lo es el medio. La democracia es una forma justa de gobierno, pues asegura la libertad individual. Esto significa que la democracia es una forma de gobierno justa únicamente cuando su fin supremo es el cuidado de la libertad individual. Si en vez de la libertad individual se considera que el valor supremo es la seguridad económica y si puede probarse que en una organización democrática, aquélla no puede ser suficientemente garantizada, no será entonces la democracia sino otra, la forma de gobierno considerada como justa. Otros fines exigen otros medios. La democracia, como forma de gobierno, puede justificarse relativa, pero no absolutamente.

Nuestra conciencia no se contenta con estas justificaciones condicionadas, sino que pide una justificación absoluta, sin reservas. Por lo tanto, nuestra conciencia no queda tranquila cuando justificamos nuestra conducta sólo como medio adecuado para un fin cuya justificación es dudosa y exige que justifiquemos nuestra conducta como último fin o, lo que es lo mismo, que nuestra conducta concuerde con un valor absoluto. Pero no es posible lograr tal justificación por medios racionales. Toda justificación racional es esencialmente justificación de algo en

tanto es medio adecuado; y, precisamente, el último fin no es medio para ningún otro fin. Cuando nuestra conciencia pide una justificación absoluta de nuestra conducta, es decir, postula valores absolutos, nuestra razón no está en condiciones de satisfacer estas exigencias. Lo absoluto en general y los valores absolutos en particular, están más allá de la razón humana que sólo puede lograr una solución limitada –y en este sentido, relativa– del problema de la justicia como problema de la justificación de la conducta humana.

Pero la necesidad de una justificación absoluta parece ser más fuerte que toda consideración racional. Por esto busca el hombre esta justificación, es decir, la justicia absoluta en la religión y en la metafísica. Pero esto significa que la justicia es desplazada de este mundo a un mundo trascendente. Será la característica esencial y su realización la función esencial de una autoridad sobrenatural, de una deidad cuyas características y funciones son inaccesibles al conocimiento humano. El hombre debe creer en la existencia de Dios, es decir, en la inexistencia de una justicia absoluta, pero es incapaz de comprenderla o sea de precisarla conceptualmente. Los que no pueden aceptar esta solución metafísica del problema de la justicia, pero conservan la idea de los valores absolutos con la esperanza de poder definirla racional y científicamente, se engañan a sí mismos con la ilusión de que es posible encontrar en la razón humana ciertos principios fundamentales que constituyen estos valores absolutos que en verdad, están constituidos por elementos emocionales de la conciencia. La determinación de valores abso-

lutos en general y la definición de la justicia en particular que de este modo se logra, son fórmulas vacías, mediante las cuales es posible justificar cualquier orden social.

Por esto no es extraño que las numerosas teorías sobre la justicia que se han formulado desde los tiempos antiguos hasta hoy, puedan ser reducidas a dos tipos fundamentales: uno metafísico-religioso y otro racionalista, o mejor dicho, seudo-racionalistas.

3. Teorías fundamentales sobre la justicia

a) Metafísico-religioso

El clásico representante del tipo metafísico es Platón.[2] La justicia es el problema central de toda su filosofía. Para solucionar este problema desarrolla su célebre teoría de las ideas. Las ideas son entidades trascendentes que existen en otro mundo, en una esfera inteligible, inaccesible para los hombres, prisioneros de sus sentidos. Representan esencialmente valores, valores absolutos que deben ser realizados en el mundo de los sentidos aunque, en verdad, nunca pueden serlo completamente. La idea fundamental a la cual están subordinadas todas las demás y de la cual obtienen su validez, es la idea del bien absoluto; esta idea desempeña en la filosofía de Platón el mismo papel que la idea de Dios en la teología de cualquier religión. La idea del bien encierra en sí misma la idea de justicia, esa justicia a cuyo conocimiento aspiran casi todos los diálogos de Platón. La pregunta:

2 *Cfr.* mi estudio: *Die platonische Gerechgtigkeit,* Kant–Studien 38, 1933, pp. 91 y ss.

¿qué es la justicia?, coincide con la pregunta: ¿qué es bueno?, o ¿qué es lo bueno? Platón realiza en sus diálogos numerosos intentos para responder a estas preguntas en forma racional. Pero ninguno de estos intentos conduce a un resultado definitivo. Cuando parece haberse logrado una definición, aclara inmediatamente Platón por boca de Sócrates, que son necesarias aún otras investigaciones. Platón remite con frecuencia a un método específico de razonamiento abstracto, libre de toda representación sensible, la llamada dialéctica que –como él afirma– capacita a aquellos que la dominan, para comprender las ideas. Pero el mismo Platón no empleó este método en sus propios diálogos, o al menos no nos comunica los resultados de esta dialéctica. Llega incluso a decir taxativamente que la idea del bien absoluto está más allá de todo conocimiento racional, o sea más allá de todo razonamiento. En una de sus cartas, la VII, en donde da cuenta de los motivos profundos y de los últimos fines de su filosofía, declara que no puede existir una definición del bien absoluto, sino tan sólo una especie de visión del mismo, y que esta visión se hace efectiva en forma de vivencia mística que logran sólo aquellos que gozan de la gracia divina; además, es imposible describir con palabras el objeto de esta visión mística, es decir, el bien absoluto. De aquí –y ésta es la última conclusión de esta filosofía– que no se pueda dar ninguna respuesta al problema de la justicia. La justicia es un secreto que Dios confía –si es que alguna vez lo hace– a muy pocos elegidos, y que no deja nunca de ser tal, pues no puede ser transmitido a los demás.

Es notable como se acerca en este punto la filosofía de Platón a la de Jesús, cuyo contenido más importante es igualmente la justicia. Después de haber rechazado enérgicamente la fórmula racionalista del Antiguo Testamento: "ojo por ojo, diente por diente" –el principio de represalia– Jesús proclama la nueva y verdadera justicia, el principio del amor: el mal no debe pagarse con el mal sino con el bien, no rechazar el mal sino al delincuente y amar al enemigo.[3] Esta justicia está más allá de toda realidad social de un orden posible, y el amor que constituye esta justicia no puede ser el sentimiento humano que llamamos amor. No sólo porque está en contra de la naturaleza humana el amar al enemigo, sino también porque Jesús rechazaba enérgicamente el amor humano que une al hombre con la mujer, a los padres con los hijos. El que quiera seguir a Jesús y alcanzar el reino de Dios, debe abandonar su casa y sus propiedades, padres, hermanos, mujer e hijos.[4] Quien aborrece a su padre, a su madre, a su mujer, a sus hijos, a sus hermanos, a sus hermanas, y aun su propia vida, no puede ser discípulo de Jesús.[5] El amor que enseña Jesús no es el amor de los hombres. Él es amor que hará que los hombres sean tan perfectos como Su Padre en el cielo, que hace salir el sol sobre los malos y buenos y llover sobre justos e injustos.[6] Es el amor de Dios. Lo más raro en este amor es que debe ser aceptado como compatible con

3 Mateo, V 38, 44.
4 Lucas, XVIII 29, 30.
5 Lucas, XIV 26.
6 Mateo, V 45, 48.

la terrible y eterna pena que será impuesta a los pecadores en el Juicio Final y, por lo tanto, con el más grande temor que el hombre es capaz de sentir: el temor de Dios. Jesús no intentó aclarar esta contradicción; tampoco es posible hacerlo. Es una contradicción sólo para la limitada razón humana, no para la razón absoluta de Dios que el hombre no puede comprender. Por eso enseñó Pablo, el primer teólogo de la religión cristiana, que "la sabiduría de este mundo es necedad para Dios",[7] que la filosofía, es decir, el conocimiento lógico racional no es camino que conduzca a la justicia divina que se encierra en la oculta sabiduría de Dios,[8] que la justicia es confiada por Dios a los fieles[9] y que la fe es actuada por el amor.[10] Pablo se mantiene fiel a la doctrina de Jesús sobre la nueva justicia, el amor de Dios.[11] Pero admite que el amor que Jesús predica supera todo conocimiento racional.[12] Es un misterio, uno de los muchos misterios de la fe.

b) Teoría racionalista

El tipo racionalista que por medio de la razón humana procura dar solución al problema de la justicia, es decir, definir el concepto de justicia, está representado por la sabiduría popular de muchas naciones y también por algunos célebres sistemas filosóficos. Se atribuye a uno de los siete sabios de Grecia la conocida frase que afirma

7 I Corintios III, 19.
8 I Corintios II, y ss.
9 Filipenses III, 9.
10 Galatas V, 6.
11 Romanos XIII, 8 y ss., Corintios XIII, 1 y ss.
12 Efesios III, 19.

que la justicia significa dar a cada uno lo suyo. Esta fórmula ha sido aceptada por notables pensadores y, especialmente, por filósofos del derecho. Es fácil demostrar que ésta es una fórmula completamente vacía. La pregunta fundamental: qué es lo que cada uno puede considerar realmente como "lo suyo", queda sin respuesta. De aquí que el principio "a cada uno lo suyo" sea aplicable únicamente cuando se supone que esta cuestión está ya resuelta de antemano; y sólo puede estarlo mediante un orden social que la costumbre o el legislador han establecido como moral positiva u orden jurídico. Por esto, la fórmula "a cada uno lo suyo" puede servir para justificar cualquier orden social, sea éste capitalista o socialista, democrático o aristocrático. En todos ellos se da a cada uno lo suyo, sólo que "lo suyo" es en cada caso diferente. Esta posibilidad de defender cualquier orden social por ser justo –lo es en cuanto esté de acuerdo con la fórmula "a cada uno lo suyo"– explica la aceptación general de esta fórmula y demuestra a la vez que es una definición de justicia totalmente insuficiente, ya que ésta debe fijar un valor absoluto que no puede identificarse con los valores relativos que una moral positiva o un orden jurídico garantizan.

c) El principio de represalia

Lo mismo puede decirse de aquel principio que muy a menudo se presenta como esencia de la justicia: bien por bien, mal por mal. Es el principio de represalia. No tiene sentido alguno, a menos que se suponga evidente la respuesta a las preguntas: ¿qué es lo bueno?, ¿qué es lo malo? Pero esta respuesta no es de ningún modo eviden-

te, pues la idea de lo bueno y de lo malo, en los distintos pueblos y en las distintas épocas, es también diferente. El principio de represalia sirve para expresar la técnica específica del derecho positivo que vincula el mal del delito con el mal de la pena. Pero éste es el principio que subyace fundamentalmente a toda norma jurídica positiva; de aquí que todo orden jurídico puede ser justificado en tanto es realización del principio de represalia. El problema de la justicia es, a última hora, el problema de saber si un orden jurídico es justo en la aplicación del principio de represalia, es decir, si el hecho ante el cual el derecho reacciona como ante un delito con el mal de la pena, es en realidad un mal para la sociedad, y si el mal que el derecho establece como pena conviene a aquél. Este es el verdadero problema, el problema de la justicia del derecho. Y el principio de represalia no da respuesta alguna a este problema.

d) El principio de igualdad

La represalia, en tanto significa pagar con la misma moneda, es una de las múltiples formas bajo las que se presenta el principio de igualdad que también ha sido considerado como esencia de la justicia. Este principio parte de la suposición de que todos los hombres, "todos los que tienen rostro humano", son iguales por naturaleza y termina con la exigencia de que todos los hombres deben ser tratados de la misma manera. Pero como la suposición es completamente falsa, pues, en verdad los hombres son muy distintos y no hay dos que sean realmente iguales, esta exigencia puede significar únicamente que el orden social en el otorgamiento de derechos y en

la imposición de deberes, debe hacer caso omiso de ciertas desigualdades. Sería absurdo tratar a los niños de la misma manera que a los adultos, a los locos igual que a los cuerdos. ¿Cuáles son pues las diferencias que deben ser tenidas en cuenta y cuáles las que no? Esta es la pregunta decisiva, y el principio de igualdad no da respuesta alguna a la misma. En realidad, las respuestas de los órdenes jurídicos positivos de ignorar ciertas desigualdades de los hombres, pero no hay dos órdenes jurídicos que coincidan en lo que se refiere a las diferencias que no deben ignorarse y que hay que tener en cuenta para el otorgamiento de derechos y la imposición de obligaciones. Algunos conceden derechos políticos a los hombres y no a las mujeres; otros tratan igualmente a ambos sexos, pero obligan sólo a los hombres a prestar servicio militar; otros no establecen diferencia alguna en este sentido. Pero, ¿cuál es el orden justo? Aquel para quien la religión es indiferente afirmará que las distinciones de religión son irrelevantes. El creyente, por el contrario, considerará que la diferencia fundamental es aquella que existe entre los que comparten su fe –que, él, como creyente, considera la única verdadera– y los demás, es decir, los no creyentes. Para él será completamente justo conceder a aquéllos los derechos y a éstos negárselos. Se habrá así aplicado con toda rectitud el principio de igualdad que exige que los iguales sean tratados igualmente. Esto indica que el principio de igualdad no puede dar respuesta a la pregunta fundamental: ¿qué es lo bueno? En el tratamiento dado a los súbditos por un orden jurídico positivo, cualquier diferencia puede ser considerada esencial y ser-

vir, por lo tanto, de fundamento para un tratamiento diferente, sin que por esto el orden jurídico contradiga el principio de igualdad. Este principio es demasiado vacío para poder determinar la estructura esencial de un orden jurídico.

e) Principio de igualdad ante la Ley

Ahora el principio especial de la llamada igualdad ante la ley. No significa otra cosa sino que los órganos encargados de la aplicación del derecho no deben hacer ninguna diferencia que el derecho a aplicar no establezca. Si el derecho otorga derechos políticos solamente a los hombres y no a las mujeres, a los ciudadanos nativos y no a los extranjeros, a los miembros de una determinada religión o raza y no a los de otra, se respetará el principio de igualdad ante la ley cuando los órganos encargados de la aplicación del derecho, resuelvan en los casos concretos de una mujer, un ciudadano extranjero o un miembro de una determinada religión o raza no tiene derecho político alguno. Este principio difícilmente tiene algo que ver con la igualdad. Expresa únicamente que el derecho deberá ser aplicado de acuerdo con su propio sentido. Es el principio de juricidad o legalidad, que por su propia esencia es inmanente a todo ordenamiento jurídico sin que para esto interese el que dicho ordenamiento sea justo o injusto.

f) Principio de igualdad en las relaciones entre trabajo y producto

La aplicación del principio de igualdad a las relaciones entre trabajo y producto del mismo lleva a exigir que

igual trabajo corresponda una igual participación en los productos. Esta es, según Karl Marx,[13] la justicia que subyace al orden capitalista, el pretendido "derecho igual" de este sistema económico. En realidad es un derecho desigual, pues no tiene en cuenta las diferencias de capacidad de trabajo que existen entre los hombres y, por lo tanto, no es un derecho justo sino injusto. Pues el mismo *quantum* de trabajo que produce un obrero fuerte y diestro y un individuo débil e incapaz es sólo aparentemente igual; y cuando los dos reciben por su trabajo la misma cantidad de producto, se entrega a ellos algo igual por algo desigual. La verdadera igualdad, por lo tanto, la verdadera y no la aparente justicia, se logra únicamente en una economía comunista, en donde el principio fundamental es: de cada uno según sus capacidades, a cada uno según sus necesidades.

Si se aplica este principio a un sistema económico cuya producción, es decir su fin último, está regulada sistemáticamente por una autoridad central, surge inmediatamente la pregunta: ¿cuáles son las capacidades de cada uno, para qué tipo de trabajo es apto y qué cantidad de trabajo puede exigírsele según sus capacidades naturales? Es evidente que esta cuestión no puede ser resuelta según la opinión de cada uno, sino por un órgano de la comunidad destinado a tal efecto y según normas generales establecidas por la autoridad social; y entonces surge otra pregunta: ¿cuáles son las necesidades que pue-

13 "*Zur Kritik des socialdemokratischen Parteiprogramms*". Obras póstumas de Karl Marx, año IX, tomo I, 1890 a 1891, pp. 561 y ss.

den ser satisfechas? Sin lugar a dudas, aquellas cuya satisfacción procura el sistema de producción planificado, es decir, dirigido por una autoridad central. Y aun cuando Marx asegure que en la sociedad comunista del futuro "las fuerzas de producción deben aumentar" y "todas las fuentes de la riqueza social fluirán plenamente", no puede quedar librado al absoluto capricho de cada uno, ni la elección de las necesidades que el proceso de producción social debe procurar satisfacer planificadamente, ni el determinar en qué medida debe realizarse la satisfacción de las mismas. Esta cuestión debe ser también resuelta por la autoridad social de acuerdo con principios generales. Así, pues, el principio comunista de justicia presupone –lo mismo que la fórmula "a cada uno lo suyo"– la respuesta del orden social positivo a la pregunta que fundamenta su aplicación. Y, en realidad, este orden social –lo mismo que en el caso de la fórmula "a cada uno lo suyo"– no es un orden cualquiera, sino uno perfectamente determinado. Pero nadie puede prever cómo funcionará este orden social a realizarse en un futuro lejano y cómo se podrán resolver las cuestiones fundamentales de la aplicación del principio comunista de justicia.

Si se toman en cuenta estos hechos, el principio comunista de justicia –en tanto éste pretende ser considerado como tal– termina en la norma: de cada uno según sus capacidades reconocidas por el orden social comunista, a cada uno según sus necesidades determinadas por este orden social. El que este orden social vaya a reconocer las capacidades individuales respetando la idiosincrasia de

cada uno y el que vaya a garantizar la satisfacción de todas las necesidades de modo que en la armónica comunidad por él constituida vayan a coexistir todos los intereses colectivos e individuales y, por lo tanto, la libertad individual limitada, es una ilusión utópica. La típica utopía de una futura edad dorada, de una situación paradisíaca en la que –como Marx profetizaba– sería superado no sólo "el estrecho horizonte del derecho burgués" sino también (ya que no habría conflicto alguno de intereses), el amplio horizonte de la justicia.[14]

g) El principio de igualdad y la regla áurea

Otra aplicación del principio de igualdad es la fórmula conocida con el nombre de regla áurea y que dice: no hagas a los demás lo que tú no quieras que a ti te hagan. Lo que cada uno quiere que los demás no le hagan es aquello que causa dolor; y lo que cada uno desea que los demás le hagan es aquello que causa placer. Así pues la regla de oro, conduce a la exigencia siguiente: no causes al prójimo dolor sino bríndale placer. Sólo que a menudo sucede que el proporcionar placer a un individuo causa dolor a otro. Si esto significa una violación de la regla áurea, surge entonces el problema de saber cómo hay que conducirse ante el infractor de la misma. Precisamente éste es el problema de la justicia, pues si nadie causara dolor al prójimo sino sólo placer no habría problema alguno de justicia. Pero si se intenta aplicar la regla áurea en el caso en que ésta haya sido infringida, se ve enseguida que su aplicación conduce a consecuencias absurdas. Nadie desea ser castigado, aun

14 *Cfr.* mi *Sozialismus und Staat*, 2a. edición, 1923, pp. 90 y ss.

cuando haya cometido un delito. Por lo tanto, siguiendo la regla áurea, el delincuente no debe ser castigado. Para ciertas personas puede ser indiferente el que se les mienta o no, pues con o sin razón se consideran lo suficientemente inteligentes como para poder descubrir la verdad y protegerse a sí mismas del mentiroso. Entonces, de acuerdo con la regla áurea, a ellas les está permitido mentir. Si esto se interpreta estrictamente se llega a la abolición de toda moral y de todo derecho. Esta no es, por supuesto, la intención de la regla; por el contrario, ella procura mantener la moral y el derecho. Pero si la regla áurea debe ser interpretada de acuerdo con su intención, no puede entonces constituir –como pretende su texto– un criterio subjetivo de conducta justa y, por lo tanto, tampoco puede exigir al hombre que se conduzca con los demás como él quisiese que los demás con él se condujeran. Un criterio subjetivo de este tipo es inconciliable con cualquier orden social. Por lo tanto, debe interpretarse la regla áurea en el sentido de que ésta establece un criterio objetivo. Su significado debe ser: condúcete con los demás como éstos deban conducirse contigo; y, en realidad, éstos deben conducirse de acuerdo con un orden objetivo. Pero ¿cómo deben conducirse? Esta es la pregunta de la justicia. Y, la respuesta a la misma no da la regla de oro sino que la presupone. Y puede presuponerla porque lo que está presuponiendo es precisamente el orden de la moral positiva y del derecho positivo.

4. El imperativo categórico

Si por vía de interpretación, se sustituye el criterio subjetivo contenido en el texto de la regla áurea por un criterio objetivo, la regla conduce a la siguiente exigencia: con-

dúcete de acuerdo con las normas generales del orden social. A pesar de ser ésta una fórmula tautológica, pues todo orden social está fundado en normas generales de acuerdo con las cuales debemos conducirnos, sugirió a Manuel Kant la formulación de su célebre imperativo categórico que constituye el resultado esencial de su filosofía moral y su solución al problema de la justicia. El imperativo categórico afirma: "conduce de acuerdo con aquella máxima que tú desearías se convirtiera en ley general".[15] Con otras palabras: la conducta humana es buena o justa cuando está determinada por normas que los hombres que actúan pueden o deben desear que sean obligatorias para todos. Pero ¿cuáles son estas normas que podemos o debemos desear que sean obligatorias para todos? Esta es la pregunta fundamental de la justicia. Y a esta pregunta –lo mismo que la regla áurea– no da respuesta alguna el imperativo categórico.

Cuando se consideran los ejemplos concretos con los que Kant procura ilustrar la aplicación del imperativo categórico, se comprueba que dos preceptos de la moral tradicional y del derecho positivo de su época; en ningún caso han sido deducidos del imperativo categórico como pretende la teoría del mismo, pues de esta fórmula vacía no puede deducirse nada. En todo caso, son únicamente compatibles con el imperativo categórico. Pero todo precepto de cualquier orden social es compatible con este principio, ya que éste no dice otra cosa sino que el hombre ha de conducirse de acuerdo con las normas generales. De aquí que el imperati-

15 Kant, Manuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, cap. 2.

vo categórico, lo mismo que el principio "a cada uno lo suyo", o la regla áurea, pueda servir de justificación a cualquier orden social en general y a cualquier disposición general en particular. Y en este sentido es como han sido utilizados. Esta posibilidad explica por qué estas fórmulas a pesar de –o mejor dicho, por ser absolutamente vacías– son y serán también en el futuro aceptadas como solución satisfactoria del problema de la justicia.

5. La doctrina del mesotes en la ética de Aristóteles

La Ética de Aristóteles es otro ejemplo significativo del infructuoso intento de definir la idea de una justicia absoluta mediante un método racional, científico o cuasi-científico. Esta es una ética de la virtud, es decir, apunta a un sistema de virtudes entre las cuales la justicia es la virtud más alta, la virtud perfecta.[16] Aristóteles asegura haber encontrado un método científico, es decir, geométrico–matemático para determinar las virtudes o, lo que es lo mismo, para responder a la pregunta: ¿qué es lo bueno? La filosofía moral, afirma Aristóteles, puede encontrar la virtud, cuya esencia busca determinar de la misma manera, o al menos de una forma muy parecida, a la que permite al geómetra equidistantemente alejado de los puntos finales de una línea recta, encontrar el punto que divide a la misma en dos partes iguales. Así, la virtud es el punto medio entre dos extremos, es decir, entre dos vicios: el vicio de exceso y el vicio de defecto.[17] Así por ejemplo, la virtud

16 Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1929 b.

17 Aristóteles, *ibidem*, 1107a, 1106b, 1905b.

del valor es el punto medio entre el vicio de la cobardía, "falta de coraje", y el vicio de la temeridad, "exceso de coraje". Esta es la conocida doctrina del mesotes. Para poder juzgar esta doctrina es necesario tener en cuenta que un geómetra sólo puede dividir una línea en dos partes iguales si se supone que los dos puntos finales están ya dados; en este caso, el punto medio está también ya dado con ellos, es decir, está dado de antemano. Cuando sabemos lo que es el vicio, podemos también saber lo que es la virtud, pues la virtud es lo contrario del vicio. Si la mentira es un vicio, la verdad es una virtud. Pero Aristóteles presupone evidente la existencia del vicio y por vicio entiende lo que la moral tradicional de su época calificaba como tal. Pero esto significa que la ética de la doctrina del mesotes soluciona sólo aparentemente su problema, es decir el problema de saber: ¿qué es lo malo?, ¿qué es un vicio?, y, por consiguiente, ¿qué es lo bueno?, o ¿qué es una virtud? Así, pues, la pregunta: ¿qué es lo bueno? es contestada con la pregunta: ¿que es lo malo?, y la ética aristotélica deja librada la respuesta de esta pregunta a la moral positiva y al orden social existente. Es la autoridad de este orden social –y no la fórmula del mesotes– quien determina qué es lo "demasiado" y qué lo "poco" y quién establece los dos extremos, es decir, los dos vicios y, por lo tanto, la virtud situada entre ambos. Esta ética, al presuponer el orden social existente como válido, se justifica a sí misma. Esta es en realidad la función de la fórmula tautológica del mesotes que concluye diciendo que lo bueno es aquello que es bueno para el orden social existente. Es una función esencialmente conservadora: el mantenimiento del orden social existente.

a) El término medio

El carácter tautológico de la fórmula del mesotes aparece claramente en la aplicación de la misma a la virtud de la justicia. Aristóteles enseña que la conducta justa es el término medio entre el hacer el mal y el sufrir el mal. Lo primero es "demasiado", lo último, "poco".[18] En este caso, la fórmula que dice que la virtud es el punto medio entre dos vicios, no es una metáfora adecuada, pues la injusticia que se hace y la que se sufre no son vicios o males, sino que es una sola la injusticia que el uno hace al otro y la que éste sufre de aquél. La justicia es simplemente lo contrario de esta injusticia. La fórmula del mesotes no da respuesta a la pregunta fundamental: ¿qué es la injusticia? La respuesta está presupuesta y Aristóteles presupone como evidente que injusticia es aquello que para el orden moral positivo y para el derecho positivo es injusto. Lo que la doctrina del mesotes aporta no es la definición de la esencia de la justicia, sino el fortalecimiento del orden social existente establecido por la moral positiva y el derecho positivo. Esta es una aportación eminentemente política que protege a la ética aristotélica contra todo análisis crítico que señale su falta de valor científico.[19]

b) La teoría del derecho natural

Tanto el tipo metafísico de filosofía jurídica como el racionalista están representados en la escuela del dere-

18 Aristóteles, *ibidem*, 1133b.

19 *Cfr.* mi estudio: "The Metamorphoses of the Idea of Justice", en *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essay in Honor of Roscoe Pound*, New York. Oxford University Press. 1947, pp. 399 y ss.

cho natural que dominó durante los siglos XVII y XVIII; fue abandonada casi por completo en el siglo XIX, y en nuestros días vuelve a tener influencia. La teoría del derecho natural afirma que existe una regulación completamente justa de las relaciones humanas que surge de la naturaleza en general, o de la naturaleza del hombre en tanto ser dotado de razón. La naturaleza es presentada como autoridad normativa, como una especie de legislador. Mediante un cuidadoso análisis de la naturaleza podemos encontrar en ella normas inmanentes que prescriben la conducta recta, es decir, justa del hombre. Si se supone que la naturaleza es creación divina, sus normas inmanentes –el derecho natural– son expresiones de la voluntad divina. En este caso, tiene la teoría del derecho natural un carácter metafísico. Cuando se hace derivar el derecho natural de la naturaleza del hombre en cuanto ser dotado de razón –sin hacer referencia a un origen divino de esta razón–, cuando se acepta que puede encontrarse el principio de la justicia en la razón humana –sin necesidad de recurrir a la voluntad divina– aparece la teoría del derecho natural con ropajes racionalistas. Desde el punto de vista de una ciencia racional del derecho, la posición religioso–metafísica de la teoría del derecho natural no puede ser tenida en cuenta. Por otra parte, la postura racionalista es evidente insostenible. La naturaleza, en tanto sistema de hechos vinculados entre sí por el principio de causalidad, no tiene voluntad alguna y, por lo tanto, no puede prescribir ninguna conducta humana determinada. De un hecho, es decir, de lo que es o sucede realmente, no puede deducirse lo que debe ser o

suceder. Cuando la teoría racionalista del derecho natural intenta derivar de la naturaleza normas para la conducta humana, se apoya en un sofisma. Lo mismo puede decirse del intento de deducir tales normas de la razón humana. Normas que prescriban la conducta humana pueden tener su origen únicamente en la voluntad, y esta voluntad puede ser sólo humana si se excluye la especulación metafísica. La afirmación de que el hombre debe conducirse de una determinada manera –una cuando quizás él no se conduzca realmente en esta forma–, puede ser formulada por la razón humana únicamente suponiendo que por un acto de voluntad humana se haya establecido una norma que prescriba dicha conducta. La razón humana puede comprender y describir, pero no prescribir. Pretender encontrar en la razón normas de conducta humana es una ilusión semejante a la de querer obtener tales normas de la naturaleza.

No puede sorprender, por consiguiente, el que los diferentes partidarios de la teoría del derecho natural hayan deducido de la naturaleza divina o encontrado en la naturaleza humana principios de justicia sumamente contradictorios.[20] De acuerdo con uno de los más distinguidos representantes de esta escuela, Roberto Filmer, la autocracia, la monarquía absoluta, es la única forma de gobierno natural, es decir, justa. Pero otro teórico del derecho natural, igualmente significativo, Juan Locke, demuestra, con el mismo método, que la monarquía abso-

20 *Cfr.* mi estudio: "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", en *The Western Political Quarterly*, vol. II, 1949, pp. 481 y ss.

luta no puede ser considerada en ningún caso como forma de gobierno, y solamente la democracia puede valer como tal, pues sólo ella está de acuerdo con la naturaleza y, por lo tanto, sólo ella es justa. La mayor parte de los representantes de la doctrina del derecho natural afirman que la propiedad privada –fundamento del orden feudal y capitalista– es un derecho natural y, por lo tanto, sagrado e inalienable; en consecuencia, la propiedad colectiva o la comunidad de bienes, es decir, el comunismo, es algo que está en contra de la naturaleza y la razón: es, por lo tanto, injusto. Pero el movimiento del siglo XVIII, que pretendía la abolición de la propiedad privada y el establecimiento de un orden social comunista y que jugó un cierto papel en la Revolución Francesa, se apoyaba también en el derecho natural, y sus argumentos tienen la misma fuerza probatoria que aquellos que defienden la propiedad privada del actual ordenamiento social, es decir, ninguna. Con un método fundado en un sofisma, como lo es el de la teoría del derecho natural, se puede demostrar todo, o, lo que es lo mismo, no es posible demostrar nada.

Conclusiones

Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos comprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio

con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional. Desde el punto de vista del conocimiento racional, existen sólo intereses humanos y, por lo tanto, conflicto de intereses. Para la solución de los mismos existen sólo dos soluciones: o satisfacer el uno a costa del otro o establecer un compromiso entre ambos. No es posible demostrar que ésta y no aquélla es la solución justa. Si se supone que la paz social es el valor supremo, el compromiso aparecerá como la solución justa. Pero también la justicia de la paz es sólo una justicia relativa y, en ningún caso, absoluta.

Pero ¿cuál es la moral de esta filosofía relativista de la justicia? ¿Es que tiene moral alguna? ¿No es acaso el relativismo amoral o inmoral, como muchos afirman?[21]

21 A la concepción de que la justicia es algo relativo, concepción que está necesariamente vinculada con el positivismo jurídico, que no reconoce justicia absoluta alguna, se le ha hecho responsable del Estado totalitario. En este sentido, es muy significativo el libro dirigido contra el relativismo del teólogo protestante Emil Brunner. *Gerechitigkeit. Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung*. Zurich, 1943. Brunner sostiene (p. 8) que el Estado totalitario es "la consecuencia necesaria" del "positivismo antirreligioso, antimetafísico y ateo".
Esta afirmación está en abierta contradicción con el hecho innegable de que el Estado ideal de Platón, que es de tipo totalitario, es la consecuencia de su teoría de las ideas que tiene por objeto valores absolutos y culmina en la aceptación de un bien absoluto que encierra en sí la justicia absoluta (*Cfr.* mi estudio ya citado *Die platonische Gerechtigkeit*, p. 116 y K. R. Popper, *The Open Society*, 1945, vol. I, pp. 89 y ss.). Si hay alguna vinculación entre la filosofía de los valores y la política es la que existe entre la autocracia del Estado totalitario o sea el absolutismo político y la creencia en valores absolutos, y entre la democracia con su esencial exigencia de tolerancia y la relatividad de los valores. En mi obra *Von Wessen und Wert der Demokraite*, 2a. edición, Tubingen, 1929, he probado esta vinculación.

No lo creo. El principio moral fundamental que subyace a una teoría relativista de los valores o que de la misma puede deducirse, es el principio de la tolerancia, es decir, la exigencia de buena voluntad para comprender las concepciones religiosas o políticas de los demás, aun cuando no se las comparta o, mejor dicho, precisamente por no compartirlas y, por lo tanto, no impedir su exteriorización pacífica. Es claro que de una concepción relativista no puede deducirse derecho alguno a una tolerancia absoluta, sino únicamente dentro de un orden positivo que garantiza la paz a los a él sometidos y les prohíbe la utilización de la violencia, pero no limita la exteriorización

Por otra parte, Brunner no es muy consecuente, pues se siente obligado a admitir que: "La Iglesia, que hoy con razón protesta ante la opresión del Estado, no debería olvidar que ella fue la primera que dio al Estado el mal ejemplo de la intolerancia, cuando mediante el poder estatal quería imponer lo que sólo puede ser el resultado de la libre decisión. La Iglesia debería recordar siempre, con vergüenza, en casi todos los aspectos fue ella la primera teórica del Estado totalitario (pp. 68/9). Esto es verdad, pero lo es porque –o a pesar de que– predican la creencia de una justicia absoluta, es decir, precisamente lo contrario a un positivismo y un relativismo antirreligioso, antimetafísico y ateo.

La otra de Brunner es más bien una justificación que una refutación del relativismo. En su teoría de la justicia desarrollada "sobre la base de la fe cristiana" (p. VII), parte de la tesis de que o bien hay una justicia divina y absoluta o no existente justicia alguna. "O bien hay algo válido, una justicia que está por encima de todos nosotros, un imperativo formulado para nosotros y no por nosotros, una regla normativa de justicia válida para cada Estado y cada derecho, o no hay justicia alguna sino tan sólo poder organizado en una u otra forma y que se llama a sí mismo derecho" (p. 8). Él cree encontrar la ley divina de la justicia absoluta "en el orden divino de la creación que él presentó como derecho natural cristiano imposición a un derecho natural racionalista (pp. 100 y ss.). Después de haber declarado que es inadmisible la creencia en una justicia divina absoluta, el reconocimiento del derecho natural cristiano –diferente del derecho positivo y para él posiblemente en oposición al ordenamiento existente–, a los fines de poder destruir la idea de justicia mediante el contenido del positivismo relativista, admite –y éste es el resultado de su doc-

pacífica de sus opiniones. Tolerancia significa libertad de pensamiento. Los más altos valores morales fueron perjudicados por la intolerancia de sus defensores. En las hogueras, que la Inquisición española encendió para defender la religión cristiana, fueron quemados no sólo los cuerpos de los herejes, sino que se sacrificó también una de las enseñanzas más importantes de Cristo: no juzgues para que no seas juzgado. En las terribles guerras de religión del siglo XVII, en las que la Iglesia perseguida estaba de acuerdo con la perseguidora únicamente en la intención de destruir a la otra. Pedro Bayle, uno de los más grandes libertadores del espíritu humano, objetaba

trina de la justicia absoluta del derecho natural cristiano– que todo derecho positivo puede ser sólo relativamente justo (p. 9). Esto significa que él reconoce a la par de una justicia absoluta una justicia relativa lo que implica en sí mismo una contradicción; pues un orden que no concuerda con la justicia es injusto y, por lo tanto, no puede ser relativamente justo, conjuntamente con una justicia absoluta no puede darse una justicia relativa; lo mismo que no puede existir una justicia relativa al lado de una justicia absoluta. En realidad, Brunner mismo confirma esto cuando tiene que admitir que no puede vincularse el derecho natural a la idea de "que uno no debe obedecer a una ley que esté en contradicción con el derecho natural y, que por lo tanto, es injusta" (p. 110). Ningún derecho estatal podría tolerar la concurrencia de un segundo sistema jurídico". "Las proporciones jurídicas del Estado, una vez válidas, deben poseer el monopolio de la obligatoriedad jurídica, el derecho natural no puede pretender para sí obligatoriedad jurídica alguna para que la seguridad de un Estado no pierda su estabilidad" (p. 110). Un derecho natural que no tiene obligatoriedad jurídica no puede ser el derecho "válido" que Brunner en la página 8, designa como justicia absoluta. Un derecho natural no obligatorio no es orden normativo alguno, pues la existencia de este orden depende precisamente de su obligatoriedad. Con este giro asombroso hacia el positivismo jurídico relativista, confiesa Brunner seguir la teoría de la justicia de los reformadores quienes, debido a su "profundo respeto por la autoridad del Estado y del derecho positivo" (p. 112), se colocan "indiscutiblemente del lado del derecho positivo" y consideran "el derecho natural sólo como una idea crítico–normativa".

a aquellos que creían poder defender un orden político o religioso existente mediante la intransigencia con los demás: "El desorden no surge de la tolerancia sino de la intransigencia". Una de las páginas más gloriosas de la historia de Austria es el decreto de tolerancia de José II. Si la democracia es una forma de gobierno justa, lo es en cuanto significa libertad y libertad quiere decir tolerancia. Pero ¿puede permanecer tolerante la democracia cuando tiene que defenderse de ataques antidemocráticos? Sí; en la medida en que ella no reprime la exteriori-

El positivismo jurídico relativista afirma únicamente que sólo el relativamente justo derecho positivo y no el absolutamente justo derecho natural, posee obligatoriedad jurídica. Si renuncia a aceptar un derecho natural en tanto idea crítico–normativa lo hace porque esa aceptación encierra en sí misma la posibilidad de justificación del derecho positivo y el positivismo jurídico relativista en tanto ciencia del derecho niega una tal justificación.

La teoría de la justicia de Brunner nace, sin embargo, uso frecuente de esta posibilidad. Lo que él establece como contenido del derecho natural absoluto: Estado, familia, libertad individual, propiedad privada, es en realidad, el fundamento de los órdenes jurídicos no comunistas válidos hoy en día y que quedan así legitimados en principio por estar de acuerdo con la justicia divina absoluta. De acuerdo con esta teoría sólo el comunismo se opone a la justicia absoluta de Dios. Pero también el Estado comunista que es condenado en un primer momento por ser Estado totalitario con un "monstruo de injusticia" (p. 9) como "la injusticia por excelencia" (p. 181) es finalmente reconocido como Estado y, por lo tanto, como "institución divina" (p. 86), ya que "también el Estado injusto es siempre Estado" (p. 231) y a su orden jurídico en tanto "orden de la paz" se le conoce un cierto grado de justicia, es decir, una justicia relativa (p. 234). Pero en esta forma, el Estado totalitario comunista no se diferencia esencialmente de los Estados capitalistas, ya que a éstos también se les reconoce una justicia relativa.

Una teoría de la justicia absoluta, que opera con tan evidentes contradicciones no puede pretender científicamente ser tenida en cuenta en su oposición al positivismo jurídico relativista, aún en el caso en que su objeto como el mismo Brunner afirma en el prólogo de su obra: "sea ante todo práctico y no científico", "como debe ser el de todo trabajo teológico" (p. VII).

zación pacífica de las concepciones antidemocráticas. Precisamente es esta tolerancia lo que distingue de la autocracia. Mientras esta distinción se conserve, tenemos razón para rechazar la autocracia y estar orgullosos de nuestra forma democrática de gobierno. La democracia no puede defenderse renunciando a sí misma. Pero un gobierno democrático tiene también el derecho de reprimir con la fuerza y evitar con medios adecuados los intentos que procuren derrocarlo violentamente. El ejercicio de este derecho no contradice ni el principio democrático ni el de tolerancia. A veces puede ser difícil trazar una línea divisoria entre la divulgación de ciertas ideas y la preparación de un golpe revolucionario. Pero la conservación de la democracia depende de la posibilidad de encontrar esta línea divisoria. Puede también suceder que tal delimitación encierre en sí misma un cierto peligro; pero es honra y es esencia de la democracia el asumir este peligro. Una democracia que no sea capaz de afrontarlo, no es digna de ser defendida.

Como la democracia es por su naturaleza íntima libertad y la libertad significa tolerancia, no existe otra forma de gobierno más favorable para la ciencia que la democracia. La ciencia sólo puede desarrollarse cuando es libre, y es libre cuando no está sujeta no sólo a influencias extremas; es decir políticas, sino cuando es internamente libre, cuando en el juego de argumentos y objeciones impera una completa libertad. Ninguna doctrina puede ser eliminada en nombre de la ciencia, pues el alma de la ciencia es la tolerancia.

Comencé este estudio con la pregunta: ¿qué es la justicia? Ahora, al llegar a su fin, sé perfectamente que no la

he contestado. Mi disculpa es que en este caso estoy en buena compañía. Sería más que presunción hacer creer a mis lectores que pueda alcanzar aquello que los más grandes pensadores no lograron. En realidad, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debe conformarse con la justicia relativa, puedo decir únicamente lo que para mí es la justicia. Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, para mí la justicia es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia.

¿QUÉ ES JUSTICIA?

*Roscoe Pound**

SUMARIO

Introducción.- 1. Definiciones de Justicia: a) Platón; b) Aristóteles; c) Jusfilósofos del siglo XIX.- 2. La justicia conmutativa y distributiva de Aristóteles.- 3. La teoría del seguro.- 4. La Justicia como régimen de control social.- 5. La Justicia de Santo Tomás de Aquino.- 6. Gustav Radbruch.- 7.

* **Nació el 27 de octubre de 1870 en Lincoln, Nebraska, y murió el 1 de julio de 1964 en Cambridge, Massachusetts. Se graduó en botánica por la Universidad de Nebraska, y estudió posteriormente Derecho en la Universidad de Harvard. Como botánico, descubrió un hongo hasta entonces desconocido, al que denominó *rascopundia*. Fue profesor en las Universidades de Chicago y Harvard; director de la *National Conference of Judicial Councils*; consejero del Ministro de Justicia chino, en el régimen nacionalista de Chiang Kai–Shek; y ministro de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. Fundó la *Sociological Jurisprudence*, que debería sustituir a la *Analytical jurisprudence* de Austin.**

Los juristas teólogos españoles.- 8. La Justicia con base en la teoría de los valores.- 9. La escuela de derecho natural de los siglos XVII y XVIII.- 10. La jurisprudencia metafísica del siglo XIX.- 11. Los utilitaristas.- 12. Los juristas históricos del siglo XIX.- 13. El pensamiento jurídico angloamericano.- 14. El radicalismo jurídico del siglo XIX.- 15. Escuelas social-filosóficas del siglo XX.- Conclusiones.

Introducción

"¿Qué es la Verdad?, dijo en tono de chanza Pilatos, y no se detuvo a esperar la respuesta". Así empieza Bacon su *Ensayo sobre la Verdad.* Pilatos fue, sin duda, consecuente con su punto de vista al no esperar la respuesta, ya que las dos filosofías reinantes en la época –la epicúrea y la de la Nueva Academia– sostenían que no había respuesta cierta. En efecto, todavía estamos debatiendo el problema. En agosto de 1951 en el Congreso Internacional de Derecho Comparado, los pragmatistas, los neoidealistas y los tomistas lo estuvieron discutiendo vigorosamente sin el menor signo de consenso. ¿Qué es la justicia?, es otra pregunta de la misma suerte. Los filósofos le han estado debatiendo desde que los griegos del siglo V a. de J. C. empezaron a investigar la naturaleza del mecanismo social y a buscar tras él un principio que lo animara. Daniel Webster nos dice que la justicia es el supremo interés del hombre en la tierra; pero la ausencia de la

justicia sigue siendo materia de disputa en filosofía, ética y jurisprudencia. Es revelador que cada uno de los cuatro vocablos que más se emplean en la ciencia del derecho, esto es, Justicia, Derechos, Ley y Moral –palabras representativas de ideas en la raíz y fundamentos mismos de esa ciencia– sean términos sobre cuya significación no hayan podido ni puedan todavía llegar los juristas a un consenso. También sobre esto hay quienes sostienen que no es posible respuesta alguna.

Una fuente de dificultad, la única, en cada caso, es la pobreza de términos que constriñe a que una misma palabra conlleve varios significados. Derecho como sustantivo tiene cinco. Ley se emplea también al menos en cinco, y en el lenguaje continental europeo este término traduce sólo parte del significado de "*law*" en inglés, ya que unas veces es la ley y otras derecho.[1] También Moral y Justicia son palabras con variedad de significados.

En distintas teorías que han instado justicia, este término se ha considerado como virtud individual, como idea moral, como un régimen de control o como el fin o propósito de la organización social, así como del derecho, o como la relación ideal entre los hombres que tratamos de fomentar y mantener en la sociedad civilizada y hacia

1 A esta dificultad específica se enfrenta la traducción de obras jurídicas del inglés al castellano, dificultad aumentada porque en éste rige también a veces la indeterminación entre "ley" y "derecho". Como norma general en esta obra, traducimos *"law"* por "derecho" en sentido genérico, como conjunto de leyes o disposiciones ("Derecho administrativo", por ejemplo), y *"law"* por "ley" en sentido específico, principalmente cuando se trata de leyes escritas y promulgadas (N. del T.).

la cual orientamos la organización social y el derecho como la forma más especializada de control social. Las definiciones de la "justicia" dependen de cuál se adopte de entre estos conceptos. Veamos cada una de ellas.

1. Definiciones de Justicia

Los filósofos griegos empezaron con la justicia como una virtud individual. Esta idea de justicia ha llegado hasta nosotros conservada en la famosa definición de Justiniano en las "Instituta": "Justicia es el fin constante y continuo que da a cada uno lo que le es propio". En estos términos, es un principio de rectitud y justo trato de los hombres en sus relaciones recíprocas. La conformación de la conducta a este principio, la integridad, es una de las virtudes cardinales. De ella derivamos usos análogos tales como la rectitud o justicia de algo, por ejemplo, la justicia de una causa o de una posición, o también, conformidad con la verdad o la recta razón, o la equidad, por ejemplo, lo justo de una descripción, de un relato o de un juicio. Por ulterior desarrollo en la analogía llegamos a la idea del mantenimiento o administración de lo que es justo y, por ende, el deber de atribuir a cada uno lo que le corresponde, o sus derechos, o como prefiero decir, sus razonables expectativas. De esta concepción de justicia obtenemos la idea de un sistema de establecer o determinar derechos conforme a la ley o, valga la redundancia, conforme al derecho.

a) Platón

Según Platón, la justicia es la suprema virtud que armoniza todas las demás virtudes. Pero él concebía las virtudes individuales como reproducciones de las virtudes

del Estado que identificaba con el conjunto social. De aquí que la naturaleza de la justicia debía descubrirse mediante el examen de la armonía del Estado. Así pues, la justicia consistía en que cada individuo cumpliera con la tarea que le estaba asignada por la necesidad de mantener el orden social. Debe ser y debe obrar como un órgano particular del cuerpo entero de la sociedad organizada. En consecuencia, en el Estado ideal de Platón el individuo no está ahí para que encuentre por sí mismo su propio rango por libre competencia con sus semejantes, sino que debe asignarse a cada miembro de la comunidad la clase de tarea para la cual demuestre poseer aptitud óptima, de modo que tanto el Estado como cada persona en él, se caractericen por una perfecta armonía y unidad. No tiene utilidad alguna el genio universal que mediante la sabiduría puede convertirse en todo e imitarlo todo. Si una persona así llegara a su ciudad ideal, debería decírsele que su lugar no estaba allí ni permitírsele estar allí y mandarla a cualquiera otra ciudad. No debía tolerarse a alguien incapaz de mantenerse en el puesto que se le hubiera asignado. En el Estado ideal la justicia era la perfecta armonía del conjunto lograda por todos, es decir, por cada parte, mediante la realización de su propia obra y absteniéndose de inmiscuirse en la de sus vecinos. La naturaleza de la justicia en detalle dependía, en el fondo, de la debida asignación de función a cada elemento del conjunto social.

b) Aristóteles

Aristóteles distinguía entre la justicia universal –respeto a las leyes y exigencias vitales de la sociedad en general– que era una virtud completa, y justicia particu-

lar, una clase especial de virtud caracterizada por su respeto a la igualdad. En esta categoría, él distinguía la justicia distributiva de la justicia correctiva, requerida en aquellos casos en que debía enmendarse un defecto en la distribución original. El rasgo importante era, por consiguiente, la doctrina de la justicia distributiva. En ella la idea directriz de igualdad venía a ser la de proporción según el mérito. Él creía que el individuo, separado del Estado se transformaba en la "más maligna y peligrosa de las bestias" y, en consecuencia, únicamente podía "comprender su destino moral en el Estado". De conformidad con esta concepción, sólo podían existir derechos entre aquellos que eran libres e iguales ante el Estado. La justicia exigía una unanimidad en la que no hubiera violación de los derechos mutuos, o sea, en la que cada uno se mantuviera dentro de la esfera que se le hubiera asignado. El derecho tuvo en cuenta desde el principio las relaciones de desigualdad, según las cuales se trata a los individuos en proporción a sus méritos, y únicamente de una manera secundaria las relaciones de igualdad. La famosa exhortación de San Pablo, en la que apela a cada uno de los hombres a esforzarse en el cumplimiento del deber en la base en que se halle situado, pone de manifiesto esta idea.

Los filósofos griegos rebuscaron la concepción primitiva del derecho como un instrumento para mantener la paz y pusieron en su lugar una idea del derecho como recurso para conservar el *status quo* social, para que cada uno permaneciera en el curso destinado a él, evitando así razonamientos con sus conciudadanos. La justicia se con-

sideraba como el mantenimiento del *status quo* social y los filósofos andaban atareados proyectando una sociedad ideal en la que todo el mundo estuviera situado en su lugar adecuado, para mantenerse ahí en lo sucesivo por el derecho. Podemos comprender esto si recordamos la condición de perpetua pugna entre los oligarcas y la *demos* en la ciudad-estado griega y los daños perpetrados contra muchas ciudades por hombres capaces, inquietos y ambiciosos.

c) Jusfilósofos del siglo XIX

Los intentos subsiguientes de definir la justicia han sido influidos en gran medida por el análisis de Aristóteles. O el orden social existente y las expectativas normales a que da origen se aceptan como determinante en última instancia de los derechos, o bien se reservan para ser determinados por algún ideal, ordinariamente la igualdad, como ocurrió con los socialistas del siglo XIX, o por la libertad, como sostenía Kant y sus discípulos los juristas filosóficos del siglo XIX. Sidgwick estableció acertadamente la distinción, al hablar de "justicia conservadora", respeto para las "expectativas normales" dentro del orden social existente, y de "justicia ideal", respeto para los derechos (o sea, las expectativas razonables) implicados en la condición social del hombre, cualquiera que sea el contenido que se pueda dar a esa idea. Esta distinción guarda cierto paralelismo con la que debemos hacer con respecto al derecho natural, el derecho ideal al que debería conformarse –en opinión del jurista filosófico– el derecho positivo, el cuerpo de normas, o sea, los modelos o patrones autorizados de las decisiones. Éste

puede ser el que yo he tenido por costumbre llamar "derecho natural positivo", un ideal del derecho afectivo real de la época y el lugar concebidos para servir de crítica de ese derecho, o lo que yo he llamado "derecho natural", un puro ideal de lo que debería ser un cuerpo de derecho de conformidad con algún sistema filosófico. Hoy vemos una distinción parecida en las teorías de la justicia. Por una parte, se considera la justicia con respecto a las expectativas involucradas en la vida civilizada tal como la conocemos en nuestra época y en nuestro lugar. Por otra parte, puede considerarse respecto a las expectativas involucradas en la vida en una sociedad en la que cada ser humano puede vivir igual y completamente una existencia social y económica. Algo de ese ideal se ve indicado en los movimientos subsiguientes a la ley de responsabilidad para la reparación de daños y perjuicios.

Esto tiene que ver con la doctrina de que la justicia es exclusivamente una idea moral. Un ideal heredado o la imagen del fin perseguido por la organización social es un elemento en el cuerpo de normas positivas o de modelos o patrones de decisión que constituye uno de los significados del término "derecho". Pero éstas son normas de administración de justicia. También pueden considerarse como preceptos morales. De este modo la justicia y el derecho pueden juzgarse como ideas puramente morales. Tal fue la enseñanza de la escuela de juristas del derecho natural que floreció en el siglo XVII. Ésta confunde la relación ideal entre los hombres con el desarrollo ideal del carácter individual. Lo que en moral constituye culpa puede o no tener el carácter de infracción tangible de la

relación ideal entre los hombres, y por lo tanto, puede ser ajeno a la esfera de regulación legal de las relaciones y de ordenación de la conducta. Todos los conflictos, puntos de contacto y superposiciones parciales y recíprocas de las expectativas que el derecho debe decidir no son meras cuestiones de aplicación de preceptos morales. Si fuera así, la tarea del abogado y del juez sería sumamente fácil. Dista mucho de ser cierto que todo derecho o todo precepto legal sea o puede considerarse un principio moral declarado o aplicado. Tómense como ejemplo dos problemas de un orden que ha creado o está creando dificultades y confusión a los tribunales, y jueces y a los profesores de derecho. Uno de los más antiguos y conocidos es el del sastre que de buena fe, creyendo que le pertenece, toma un paño ajeno y confecciona con él un traje. ¿Quién es el dueño del traje? Las dos escuelas de juristas del derecho romano clásico sostienen dos opiniones divergentes basadas en distintos razonamientos. En la codificación de Justiniano del derecho romano se adopta una tercera opinión. El Código Civil francés siguió una orientación distinta y el Código Civil alemán de 1900, cuyas directrices han tenido muchos adeptos en el siglo actual, adopta un quinto punto de vista. En derecho angloamericano Blackstone anunciaba una regla dispar de cualquiera de las precedentes. Todavía otra se consignaba en las más primitivas decisiones judiciales norteamericanas. El juez Cooley de Michigan, en 1871, resolvía con arreglo a otra que ha sido aprobada durante una generación para ciertas causas. Pero los límites de su aplicación son vagos e indecisos. Cada una de estas soluciones es distinta y no

puede decirse que cualquiera de ellas sea enteramente satisfactoria. Alguien debe ser el dueño del traje. Es obvio que no puede dividirse. Lo que hace la cuestión difícil es que no hay algún precepto moral que la decida.

Otro caso: supongamos que un falsificador profesional libra un cheque sobre la cuenta bancaria de un conocido hombre de negocios, una falsificación tan diestramente ejecutada, que la que aparece como su firma habitual se reconoce como tal por todo el mundo. El falsificador lleva el cheque a unos grandes almacenes, hace algunas compras y ofrece en pago el cheque en apariencia debidamente librado y firmado. El cajero y el encargado del departamento de crédito reconocen la firma y saben que el banco es el mismo en que el aparente librador tiene su cuenta. Entregan la diferencia o saldo en efectivo. La compañía de los grandes almacenes endosa el cheque y lo deposita en su banco, el cual lo acredita en la cuenta del depositante. Al día siguiente se envía a la cámara de compensación que lo acredita a favor del primer banco y lo manda al cobro al segundo banco, aquél sobre el cual se ha girado. Ese segundo banco, viendo la firma conocida y habitual de un cuentacorrentista regular con un abundante saldo, paga el importe del cheque a la cámara de compensación. A fin de mes, cuando los cheques cancelados se devuelven al supuesto librador, se descubre la falsificación. ¿Quién ha de soportar la pérdida? Difícilmente puede dividirse por cuatro. Alguna de las cuatro personas, todas ellas igualmente inocentes, ha de cargar con la pérdida. ¿Pero es que hay algún culpable o que haya incurrido en falta, excepción hecha del falsificador que está fuera de alcance? ¿Qué

precepto moral decidirá ese caso? Cuando se dice que "el banco es sólo un colector del riesgo y un distribuidor de conformidad con el derecho vigente", ¿hemos sentado un principio moral como solución o, simplemente, hemos establecido una regla para fijar la incidencia de la pérdida a falta de tal principio? Sin embargo, los tribunales deben decidir y no podemos hacer otra cosa que fijar una regla basada en la experiencia y, por lo menos, asegurarnos de que todos y cada uno de tales casos se decidirán al mismo efecto que los semejantes.

2. La justicia conmutativa y distributiva de Aristóteles

Aristóteles sostenía que la justicia conmutativa (esto es, la virtud que tiene por objeto dar a cada uno lo que más pueda aproximarse a lo que le pertenece) era la tarea y el oficio del juez. Él debía fijar castigos y sanciones (y en su época las reparaciones o los perjuicios se consideraban en términos de castigo y pena) igualmente para todos conforme a la regla de derecho. La justicia distributiva –a cada uno con arreglo a sus méritos o merecimientos– era la función del legislador. Los derechos políticos y los bienes materiales existentes debían distribuirse conforme a la justicia distributiva. Pero cada uno debía ser juzgado en igualdad con sus semejantes. Las leyes debían tener una aplicación igual en los tribunales. En cambio, las necesidades demandadas y expectativas de cada uno debían satisfacerse de acuerdo con lo que merecía; conforme a lo que había ejecutado de su tarea en la sociedad y el valor de esa tarea para la sociedad. Esto se tenía como postulado moral. Pero hoy se insta como

proposición moral que los tribunales deben aplicar el principio de la justicia conmutativa (o sea, lograr la igualdad entre las partes para que ninguna resulte ganadora por la pérdida de otra) a aquello que Aristóteles hubiera presentado como problema distributivo de trasladar la carga de la pérdida. Se necesita una reconstrucción radical de las ideas morales para imponer el traslado de la carga de la pérdida a la persona más capaz de soportarla, imponiendo, por ejemplo, la pérdida en el caso del cheque falsificado sobre el banco con mayor capital y excedentes o sobre el supuesto librador del cheque, en razón de que sus mayores recursos hacen la pérdida relativamente llevadera para él. Ciertamente, el derecho natural como sistema moral universal de preceptos nos es de escasa ayuda, si es que nos presta alguna en cuestiones de ajuste y aun de transacción entre expectativas en conflicto que se suscitan continuamente.

Puede verse un ejemplo en un cambio respecto a la obligación de responder de los daños y perjuicios ocasionados por terceros. Examinando retrospectivamente el desarrollo del derecho sobre esta cuestión, en cada uno de los sistemas jurídicos del mundo moderno, encontramos una sucesión de cinco ideas como base de tal responsabilidad. Al principio, hay una simple idea de causalidad, en su forma original de idea de venganza. El derecho en sus inicios se limitaba a preguntar: ¿Ejecutó el demandado el acto físico que perjudicó al demandante? Si lo hizo, suscitó en la persona agraviada un deseo de venganza que conduciría a la guerra particular entre ellos y perturbaría la paz de la sociedad. Quien ha puesto así en peligro

la seguridad general debe librarse, mediante pago, del deseo de venganza que ha despertado. En segundo lugar, aparece la idea de falta, de causalidad culpable, una idea moral. Ésta sustituye la noción de seguridad general por la moral general como idea subyacente. "El derecho de hoy", decía el decano Ames en 1908, "salvo en ciertos casos basados en normas de política pública, plantea la siguiente pregunta: ¿Era el acto censurable? La pauta ética de conducta razonable ha remplazado la pauta ajena a la moral de los actos realizados en peligro de uno". En tercer término, vino a ser una idea de control del factor causal como determinante de la obligación de reparar daños y perjuicios, un retorno a la idea de una fase en la seguridad general. Ames observaba esto en 1908. Dijo que el fundamento era la acción censurable, salvo en ciertos casos "basados en normas de política pública". La política pública a que Ames se refería era el interés social en la seguridad general, que requería mantener encerrados a ciertos hombres sin consideración a la culpa en que mantenían cosas o empleados medios susceptibles ordinariamente de indisciplina y de causar daños, a menos que, ante el peligro de tener que responder de los perjuicios resultantes, restringieran tales cosas y medios y los mantuvieran dentro de límites razonables. Casos de responsabilidad sin culpa, dentro de esta categoría, se han estado multiplicando continuamente durante el siglo actual. Asimismo ha experimentado un lapso y detallado desarrollo la responsabilidad por faltas y errores cometidos por agentes o dependientes que incluía obligación sin culpa por una fracción de representación,

identificando al dependiente con el dueño y al agente con su principal. En este mismo siglo hizo su aparición una idea según la cual la responsabilidad debía imponerse sobre aquellos que pudieran transferir o trasladar la pérdida al público: la idea llamada del seguro. Todos debíamos soportar las pérdidas que recayeran sobre cualquiera de nosotros como riesgos de vida en la sociedad civilizada y como medios de lograr esa justa distribución de la carga que significa la pérdida, el derecho debería imponerla en primera instancia sobre aquellos que tienen la posibilidad de trasladarla al público en general mediante cargos por servicios como en el caso de compañías de servicio público, o valiéndose de los precios de los productos manufacturados en el caso de los bienes de fabricación, o de los precios de productos obtenidos en la agricultura. Por último, paralelamente o aparte de la llamada idea de seguro, se ha propugnado recientemente, y cada vez con mayor insistencia, una nueva base de responsabilidad que está haciendo notables progresos. Tiene el aspecto de una idea de mayor capacidad para soportar la pérdida como causa de obligación o responsabilidad.

Así un desplazamiento desde la idea de responsabilidad como inherente a la culpa hasta alguna base más reciente de responsabilidad no basada en la moral ni primordialmente en la seguridad general, ha ido sucediéndose a través del mundo entero. Algunas veces se nos dice francamente que la responsabilidad se impone sobre uno "porque la ley no encuentra a alguien más que soporte la carga". Otras veces se nos manifiesta que la base de la responsabilidad no es la culpa del debiente sino, senci-

llamente, un método de distribuir la carga de la pérdida "en la forma y medida que exige la política social". Un escritor contemporáneo nos dice que hay una tendencia creciente a desviar la atención e importancia "de la censura moral, para llegar a la responsabilidad social". Puede interpretarse como un deber moral de aquellos que poseen mayores medios para acudir en ayuda de quienes cuenten con menores recursos. ¿Pero cuánto mayores han de ser los recursos de los primeros para crear este deber y cómo elegir entre ellos a quien deba soportar la pérdida?

3. La teoría del seguro

Conforme a la teoría del seguro, la pérdida debe recaer sobre quien esté en condiciones de traspasarla a todos nosotros. Pero en la organización administrativa del Estado de servicio de hoy, el propósito consistente en pasar los daños por pérdidas, producidos por causas ajenas a la culpa de uno, sobre el público en general, por mediación del patrono o de la compañía de servicios públicos o de la empresa industrial es enteramente engañoso o ilusorio. Una oficina o comisión fija las tarifas por servicios; otra fija los precios; otra tiene un control decisivo sobre salarios y horas de trabajo; un jurado o algún organismo administrativo fija la responsabilidad y evalúa los daños o el importe de las indemnizaciones por accidentes. Cada uno de estos organismos obra independientemente, sin sujeción a algún poder efectivo de coordinación. Los encargados de controlar las tarifas y los precios ponen el mayor celo en mantener los costos al público lo más bajos posible. Los que determinan la

imposición de responsabilidad u obligación sobre los patrones propenden a un celo igual o mayor para facilitar el máximo de ayuda al asegurado o a sus dependientes. Con la presión continua sobre la industria y la empresa para aliviar al público que paga los impuestos de la pesada carga que implican nuestros recientes programas humanitarios, el resultado práctico es probablemente que la carga se va deslizando arbitrariamente de uno a otro hasta dar con la víctima más conveniente. Hay poco sentido de realidad, si es que lo hay, en el propósito de que la indemnización por pérdida o lesión de intereses sin culpa de la compañía de servicios públicos o de la empresa en general recaiga sobre el público.

Pero la engañosa doctrina de que todos nosotros nos estamos asegurando mutuamente mediante la imposición de daños y perjuicios sobre un Buen Samaritano involuntario contribuye a la creciente aceptación de una responsabilidad absoluta. Uno de los más destacados jueces totales de hoy ha propuesto extender el seguro a todos los artículos fabricados y un tribunal de un estado ha aceptado la iniciativa. También se ha propuesto incorporarlo al nuevo Código de Comercio que preparan los Comisionados para la Uniformación de las Leyes Estatales y el Instituto de Derecho Norteamericano. Por añadidura, un profesor de una de las grandes Escuelas de Derecho del país aboga por la abolición de la doctrina del contratista independiente en el derecho contractual de representación. En la situación jurídica actual, quien emplea a otro para que actúe en su nombre es responsable de la culpa o falta del empleado cuando el principal tiene derecho y facultad de control

sobre la persona inmediatamente actuante. Si el que actúa es un contratista independiente no existe tal control. Pero frecuentemente el contratista independiente carece de medios suficientes para ser objeto de ejecución. Por ende, se nos dice, las pérdidas y lesiones de intereses quedan sin reparar, un juez de uno de nuestros tribunales más importantes indica que el requisito según el cual quien es requerido a reparar una pérdida tiene que haberla causado, es artificial y debe ser abrogado. Veamos lo que esto significa. Supongamos que alguien, X, decide suicidarse, pero desea proveer lo necesario a favor de quienes dependen de él. Permanece de pie en una esquina esperando un autobús o un trolebús o un camión pesado como factor o agente escogido de autodestrucción. Cuando aparece uno se arroja debajo de las ruedas y se mata. Si la razón de causalidad y la culpa como requisitos previos de culpabilidad se eliminan, ¿no debe la compañía de transporte público o la empresa de camiones reparar a la viuda e hijos la pérdida sufrida? En este caso, logramos el alto fin humanitario por el cómodo método de recurrir al Buen Samaritano involuntario como el dramaturgo griego empleaba al *deus ex machina*. Tal vez debamos llamar a esto justicia. Pero la moral que entraña es la misma de Robin Hood o la del ratero a quien tanto conmovió la elocuencia del predicador del sermón de caridad que vació los bolsillos de todos cuantos estaban a su alcance para poner el contenido en la bandeja.

Para hacer justicia, tal como tratamos de administrarla en los tribunales, debemos tener en cuenta algo más de lo que nos dictan la moral y el derecho natural.

Maritain dice:

> El único conocimiento práctico que poseemos en común todos los hombres de una manera natural e infalible es que debemos hacer el bien y evitar el mal... El derecho natural es el conjunto de cosas que se deben hacer y evitar y que derivan de un modo necesario del simple hecho de que el hombre es hombre, sin tener nada más en cuenta.

Pero todos los hombres, al clamar por sus derechos y expectativas en competencia con sus semejantes, han quedado muy lejos de toda posibilidad de convenir en detalles importantes de lo que es el bien y lo que es el mal. Cada bando en muchas de las más enconadas controversias alega con toda convicción que su causa descansa en los eternos principios del derecho y la justicia. Cada uno identifica sus demandas con los irrecusables dictados de la moral. A falta de otra cosa, las discusiones diarias entre patronos y empleados nos convencerían de que esta clase de derecho natural bien poca ayuda puede prestar al abogado. Precisamente porque no hay una guía "natural" para la solución de tantos de estos conflictos y superposiciones recíprocas de derechos y expectativas en colisión, es por lo que debemos aplicar el derecho positivo o retroceder a la guerra entre particulares.

Permítanme que ponga como ejemplo una situación que se presentaba a menudo cuando me colegié en 1890. Era una gran ventaja para un agricultor llevar su trigo a un silo o depósito de granos con anticipación a sus veci-

nos. Durante algún tiempo, los que llegaban primero obtenían mejor precio. De aquí que resultara ventajoso poseer una trilladora propia que pudiera ponerse en marcha tan pronto como estuviera reunida la cosecha, en vez de tener que esperar una serie de trilladores que se presentaran con sus máquinas. Pero las trilladoras cuestan dinero y pocos agricultores podían permitirse el lujo de tener una en propiedad. En consecuencia, algunas veces se reunían tres a cuatro vecinos y compraban una para ser dueños en común. Tres o cuatro podían ser copropietarios al mismo tiempo, pero no podían utilizar la máquina al mismo tiempo. Uno de ellos estaría disponiendo de la trilladora cuando los cuatro estarían listos para usarla y los demás tenían que esperar y perder la ventaja de llegar temprano al depósito de granos. Resultado de esta situación era a veces de violencia y muy a menudo el pleito, y en derecho no se podía hacer gran cosa más que poner en venta la máquina y dividir el producto. Huelga decir que esto a nadie satisface.

4. La Justicia como régimen de control social

Si no podemos satisfacernos con la idea de justicia como una virtud individual o con la teoría de derecho natural, de la justicia como moral, ¿deberemos decir que por justicia entendemos un régimen de control social, como cuando hablamos de la administración de justicia?

Un régimen de esta clase es una necesidad de la sociedad civilizada. Los impulsos divergentes de los individuos, los razonamientos inherentes a la condición humana, tienen que dominarse. En verdad, se dice por un lado

que la civilización es una conquista de la naturaleza humana, y por otro, que una conquista de la naturaleza externa cuando los hombres alcanzan su libertad para investigar, estudiar e inventar. A menos que se logre esta conquista de la naturaleza humana, un grupo se disuelve o se desintegra. Llevar a buen fin esta conquista es la tarea de control social. No toda esa labor, sin embargo, se realiza por un régimen especializado, el orden legal, o el derecho en un solo sentido de ese término. Hay otros factores o agentes directos, como los grupos por parentesco en una etapa de desarrollo de la civilización y las organizaciones religiosas. Hay también agentes indirectos, dirigidos de una manera inmediata a otras tareas, que obran más o menos eficazmente para eliminar los razonamientos y complementan así el orden jurídico de una sociedad cívica, las asociaciones profesionales y mercantiles, los clubs sociales, con sus cánones de ética, la disciplina interna y las tradiciones de la conducta de un caballero. Pero desde el siglo XVI la sociedad políticamente organizada ha sido agente supremo que sujeta la acción coactiva de todos los demás a riguroso examen y limita sus actividades reguladoras. No se trata simplemente de que las alegaciones antagónicas sobre cosas particulares, tales como el traje confeccionado inocentemente con el paño ajeno, o el uso inmediato de la máquina trilladora tenida en copropiedad, o la incidencia de la pérdida ocasionada por el cheque falsificado, den origen a discordia en grados diversos. A medida que la experiencia nos permite desentrañar y resolver estos conflictos, nuevas demandas y nuevas expectativas surgen y ejercen presión

sobre el orden legal en forma insistente hasta que aprendemos a hacer algo a su respecto. Desde que ingresé en el foro he aprendido a considerar la demanda del trabajador individual a un derecho inherente a su trabajo, como algo más que una relación contractual, quebrada si había una huelga, y que ha llegado a ser reconocida como legalmente garantizada. Una nueva rama del derecho ha nacido en esta forma. Pero queda por realizar una labor de prevención de tales conflictos, así como otra para dirimirlos. La conducta ha de ser canalizada, el hábito y la expectativa deben moldearse de modo que se evite y se reduzca el desarrollo de conflictos, a medida que nuevas situaciones de hecho dan origen a expectativas divergentes. Por encima de todo debe existir un sistema que determine quién deberá decidir, quién podrá instar una decisión, sobre qué bases deberá elaborarse y cómo deberá llevarse a efecto. Cuando, como Grecia, en el Derecho Romano y en el Medievo, se alega que el ordenado mantenimiento del *status quo* social debe ser "el reconocimiento y la observancia de los requisitos incidentales a la condición social y de los prescritos por la costumbre". Éstos, sin embargo, no son constantes. A medida que cambian, surgen nuevas costumbres y dan origen a nuevos conflictos.

Por ejemplo, se ha suscitado una encendida controversia en una de las grandes universidades de este país, donde se concede a las hermandades universitarias espacio sobre el cual pueden construir y mantener casas capitulares, donde una hermandad puede ser reconocida si sus miembros piden escoger asociados aceptables con quienes puedan convivir, mientras estudiantes que per-

tenecen a grupos raciales afirman que ellos consideran una expectativa razonable ser escogidos por sociedades socialmente prominentes. Es a causa de los muchos casos que ocurren a diario que no admiten solución, con referencia a los requisitos de condición social o costumbre que debemos tener un cuerpo de guías autorizado para decidir. No podemos dejar la decisión a discutibles puntos de vista de moral divergentes. Pero no podemos poner fin a todos esos conflictos por el ejercicio de la fuerza de la sociedad políticamente organizada. Debe reservarse amplia competencia a otros agentes de control social más allá de los límites de la acción legal eficaz.

Considerándola como un régimen de control social establecida para crear el derecho en el sentido de un cuerpo de normas ideales de conducta eficaz en acción, se ha dicho que la justicia debe ser la "más fiel realización del derecho". Pero esto equivale a poner la carreta delante de los bueyes. El régimen no se establece para obligar al cumplimiento del derecho como cuerpo de preceptos emanados de la autoridad. Esos preceptos se establecen para hacer el régimen de ajuste de relaciones y de ordenación de la conducta sistemático y metódico, para lograr que funcione uniforme y razonablemente de modo que no genere ulteriores razonamientos. De este modo nos retrotraemos a la doctrina de Aristóteles de que la justicia conmutativa es la función y oficio de los jueces.

5. La Justicia de Santo Tomás de Aquino

Lord Acton proponía enmendar el aforismo del Dr. Johnson de que el diablo fue el primer liberal. Al decir de

Lord Acton, el primer liberal fue Santo Tomás de Aquino. Fue él quien dio el primer paso hacia la secularización de la idea de justicia que en la teoría de los Santos Padres había sido una idea puramente teológica. Al dar mayor amplitud al análisis de Aristóteles, consideró la justicia conmutativa como si fuera la justicia contractual y el intercambio en la que una idea de equivalencia respondía a la característica de igualdad de Aristóteles. La justicia distributiva era la institución de un poder de mando que se superponía a la comunidad. Este régimen de justicia tenía como fundamento el derecho natural, la humana razón que participa de la razón divina, y la ley eterna *(lex aeterna)*: la razón de la divina sabiduría que gobierna el universo. Pero el régimen –la administración, digamos– no es la justicia. La justicia radica, antes bien, en el derecho natural y la ley eterna, que respaldaban el régimen. ¿Pero está en la razón misma que es la que debe gobernar el régimen en acción, o deberemos decir que el régimen, gobernado y dirigido por la razón, se instituye para hacer justicia, de modo que nos veamos obligados a identificar la justicia con el fin o propósito del control social y, en consecuencia, del derecho? ¿Cuál es ese fin o propósito?

6. Gustav Radbruch

A mi juicio, Radbruch, el más eminente filósofo del derecho de la actual generación, planteó mejor la cuestión cuando definió la justicia como "la relación ideal entre los hombres". Estamos tratando, mediante el control social, y lo mismo por medicación de esa forma sumamente especializada de control social que llamamos dere-

cho, de lograr y mantener una relación ideal entre los hombres. Digo una relación ideal y no la relación ideal, porque lo que es la relación ideal, como algo definitivo y absoluto, no es la resuelta y ya discutible cuestión de como la consideramos en el siglo XIX. Primeramente los hombres creyeron que el fin del derecho era mantener la paz. Más tarde, como hemos visto, los filósofos griegos sostuvieron que era el mantenimiento pacífico del *status quo* social, y esta misma idea fue aceptada en la Edad Media.

7. Los juristas teólogos españoles

Se inició un cambio con los juristas-teólogos españoles del siglo XVI y principios del XVII. Reconociendo los hechos del mundo político de su época, de conformidad con los cuales la teoría jurídica medieval de la cristiandad como un imperio estaba enteramente fuera del general consenso, concibieron los estados individuales, y de ahí, en última instancia, los hombres individualmente como iguales, puesto que estados y hombres podían perseguir fines conscientes y, así su igualdad era un principio de justicia. Haciéndose a una idea de unidad y universalidad del derecho como un cuerpo de principios eternos, fueron inducidos a la concepción de restricciones por las cuales se mantenía esta igualdad, y en las cuales podía expresarse. Dos clases de tales restricciones se proponían por sí mismas; restricciones sobre los estados y restricciones sobre los individuos, y estas dos bases se consideraban genéricamente como una sola. Las restricciones sobre los estados, limitaciones sobre sus actividades que no podían sobrepasar, puesto que venían impues-

tas por principios eternos, podían fijar los límites de las actividades de los soberanos en sus relaciones recíprocas. Así estos juristas fueron los precursores del derecho internacional. Pero estas restricciones sobre los estados señalaban los límites de las actividades de los soberanos en sus relaciones con sus súbditos, proporcionándonos así la teoría política. Se consideraba que las restricciones sobre los individuos tenían la misma base en los principios eternos del derecho universal y que eran de la misma naturaleza. Fijaban los límites de la actividad individual en las relaciones recíprocas entre individuos, con lo cual nos dieron la teoría jurídica. Si se compara la teoría jurídica derivada en esta forma con la teoría jurídica de la antigüedad se percibe de inmediato que el fin del derecho ha experimentado un cambio fundamental. La teoría de la antigüedad consideraba el orden jurídico como una limitación de las actividades de los hombres a fin de mantener a cada uno en el lugar que tenía asignado y de preservar el orden social en su permanente inmovilidad. La teoría que se indica con los juristas-teólogos españoles juzga, en cambio, la limitación de las actividades de los hombres en razón e interés de las actividades de los demás hombres porque todos los hombres tienen libertad de albedrío y de voluntad, así como capacidad para dirigirse a fines conscientes y, por lo mismo, son iguales. Así, en vez de un instrumento para mantener el *status quo* social, empieza a considerarse el orden legal como un medio para mantener una igualdad natural, es decir, una igualdad ideal. De esta concepción derivó una idea de la justicia como libertad; como una condición de

máxima libertad de afirmación de la propia personalidad individual.

8. La Justicia con base en la teoría de los valores

En vez de definir la justicia, alguien busca hoy una teoría de valores con los cuales se pueden medir las expectativas en competencia, en conflicto o en superposición parcial recíproca. Pero puede insinuarse que esta teoría de valores nos dará la relación ideal entre los hombres como una relación en la cual se realiza por completo la teoría.

Es más, dos cosas adicionales pueden observarse en cuanto a referir los valores a una teoría de la justicia. Una es que la relación ideal entre los hombres no es en absoluto la que tenemos que considerar en relación con el fin o propósito del derecho o el elemento ideal en derecho en el sentido de un cuerpo de preceptos autoritarios de acuerdo con el cual se mantiene el orden jurídico. Radbruch sostiene que la justicia, en el sentido de relación ideal entre los hombres, la moral en el sentido de desarrollo ideal del carácter del individuo, y la seguridad en el sentido de garantizar a los hombres la libertad contra la agresión de cualquiera de los demás y la buena fe por parte de los demás en el general intercambio de la sociedad, están en irreductible antinomia. Cualquiera de estos fines, llevado a su total desarrollo lógico niega los demás. No podemos perseguir exclusivamente uno cualquiera de ellos que no sea en detrimento de los otros ni podemos unificar los tres en una sola idea. Por ejemplo: el derecho penal y el procedimiento criminal aparecen perplejos ante la dificultad inherente de lograr cualquier

equilibrio o transacción entre la seguridad y la relación ideal entre los hombres. Si nos atenemos únicamente a la seguridad, la identificación y el descubrimiento de presuntos delincuentes se destaca y adquiere un relieve de primordial importancia. Tratamos de lograr la máxima eficiencia de la investigación criminal. De ahí que procedimientos tales como el "tercer grado", la extorsión de confesiones, la interceptación de las líneas telefónicas, las buscas y aprehensiones sin orden judicial, el allanamiento de morada para la obtención de pruebas y los pretendidos atracos cometidos por policías disfrazados de bandidos a fin de capturar documentos que se llevan encima, se consideren como legítimos. La investigación criminal en Francia se ha inclinado en esta dirección. Por otra parte, si tenemos en cuenta únicamente la relación ideal entre los hombres o de una manera exclusiva el desarrollo ideal del carácter del individuo, tales procedimientos son simplemente detestables. La investigación criminal está rígidamente limitada por la Declaración de Derechos y cabe en lo posible que llevemos su observancia hasta tal punto que dificulte y aun impida la eficaz averiguación del delito y permita la evasión de muchos delincuentes. En general, el procedimiento criminal angloamericano se ha inclinado resueltamente en esta dirección. En la historia legal ha habido mucha oscilación hacia adelante y en retroceso entre un extremo y otro y aún está por descubrir una transacción práctica enteramente satisfactoria.

Un segundo problema es que una solución teórica satisfactoria tal vez resulte imposible. Muchos tratadis-

tas sostienen actualmente que es ilusorio buscar una teoría de valores definitiva. Nos dicen que es anticientífico tratar de formular valores. Sostienen que son puramente subjetivos. En modo alguno pueden alcanzarse valoraciones objetivas. Debo decir que me disgusta profundamente esta filosofía de renuncia, pues este modo de pensar no es nada nuevo. Las fútiles teorías de posguerra han sido bastante comunes en la historia de la humanidad. Después de Grecia fue disgregada por la guerra del Peloponeso y por las guerras de los sucesores de Alejandro, Pirro enseñó que el común consentimiento era imposible en la naturaleza de las cosas. El hombre sabio y discreto debía ser imperturbable. No podía esperar convencer a los demás ni llegar a decisiones seguras. Epicuro enseñó que la sabiduría exigía la inactividad. Nadie podía alcanzar una conclusión firme y asegurada en cuanto a las controversias políticas de la época y era menester, simplemente, esperar y dejar que las cosas se resolvieran por sí mismas. Si fuera un tirano sin relieve nadie lo advertiría y podría vivir serenamente. Después de la primera guerra mundial, los escépticos neokantianos profesaron en gran medida la misma doctrina. Pero es revelador que la experiencia del gobierno totalitario convenciera a Radbruch de que debía modificar su enseñanza: decididamente parecía hacer ciertas expectativas fundamentales involucradas en la vida de la sociedad civilizada que debían ser reconocidas y garantizadas para que hubiera un orden jurídico verdadero. San Agustín lo fundaba en la religión; la iglesia estaba ahí para procurar tales expectativas: el gobierno, que en las confusas condiciones del derrumbamiento del Imperio Romano de

Occidente no lo hizo, era un bandidaje profundamente arraigado. El Estado en nada difería de una asociación de salteadores.

9. La escuela de derecho natural de los siglos XVII y XVIII

En el ulterior desarrollo de la teoría política y jurídica de la justicia después de los juristas-teólogos españoles, la escuela de derecho natural de los siglos XVII y XVIII era de dos clases: una individualista, la otra universal y, en cierto sentido socialista. En la primera, que tuvo la mayor influencia, podemos situar a Hobbes, Pufendorf, Locke y Kant, quien marca el fin de esa escuela y el inicio de la escuela metafísica del siglo XIX. En la segunda clase, debemos poner a Grocio, Leibniz y Wolff. Ambas eran racionalistas y seculares; pero defendían dos teorías distintas de justicia. En la primera clase, Hobbes y Pufendorf identificaban la justicia con la voluntad del Estado, mientras que Locke, Rousseau y Kant después de ellos encontraron la justicia en una síntesis de libertad e igualdad. Los hombres, alegaban, nacían libres e iguales; la justicia podía realizarse únicamente derivando el control social, por medio de la sociedad políticamente organizada, de un pacto postulado que garantizaba la libertad y la igualdad innatas. Kant separaba la justicia y la moral (como hemos visto que hace hoy el neokantiano Radbruch). Confinaba la justicia al gobierno de la actividad extrema de los hombres, y la moral al desarrollo de la vida íntima. Para él, la justicia era la libertad extrema de cada uno, limitada por una libertad análoga de todos los demás. Así, el fin o propósito del derecho era la promoción y mantenimiento de la

máxima y libre afirmación de la propia personalidad individual. La idea kantiana de justicia –la libertad de cada uno adaptada a la libertad análoga de todos los demás– era recibida por los juristas del siglo XIX como la relación ideal entre los hombres; pero cada escuela llegaba a esta conclusión a su propia manera y la expresaba en la terminología de su propio sistema.

10. La jurisprudencia metafísica del siglo XIX

La jurisprudencia metafísica del siglo XIX era totalmente individualista y abstracta. Postulaba que el fin del hombre era la libertad. Desarrollaba la idea de la voluntad libre llevándola a la consecuencia práctica de la libertad civil. De ahí que el fin del derecho fuera garantizar a cada persona la más amplia libertad individual posible. El derecho como restricción impuesta a la libertad individual abstracta tenía que probarse en justicia. La prueba era que no hay verdadera libertad, esto es, libertad universal abstracta, salvo donde hay adaptación o ajuste de relaciones y ordenación de conducta por aplicación sistemática de la fuerza de una sociedad políticamente organizada. Así, se restringe la libertad de los fuertes a ingerirse en la libertad de acción de los débiles y la de la mayoría organizada a inmiscuirse en la libre afirmación de la personalidad individual de la minoría. La prueba a que se sometía el justo derecho era la porción de libertad individual abstracta que garantizaba.

11. Los utilitaristas

Mientras los juristas metafísicos derivaban el sistema completo de derechos y la idea del propósito del orden

jurídico, de la concepción metafísica de la libre voluntad, los utilitaristas iban tras un principio práctico de elaboración del derecho esto es, de la legislación. Eran, en verdad, una escuela de legisladores. Su guía, Bentham, supuesto que la máxima felicidad general debía procurarse mediante la máxima y libre afirmación de la personalidad individual. Su programa era: librad a los hombres de cadenas, permitidles obrar tan libremente como sea posible. En consecuencia, el fin del derecho vino a ser lo mismo para él que para los juristas metafísicos.

12. Los juristas históricos del siglo XIX

Los juristas históricos del siglo XIX tenían un mayor interés en la naturaleza del derecho y el desarrollo del contenido de los sistemas legales. Adoptaron sus ideas filosóficas de la escuela metafísica y, por tanto, convenían en que la observancia de la libertad individual abstracta era la idea fundamental. Concebían que la historia del derecho era como una narración de la realización o desarrollo de la idea de libertad. En la expresión de Sir Henry Maine, el desarrollo del derecho ha sido un progreso desde la condición social *(el status)* hasta el contrato. Era un progreso que arrancaba de las instituciones en que los derechos legalmente reconocidos y las obligaciones legalmente impuestas fluían de una condición en la que se situaba a uno o en la que uno se encontraba sin referencia alguna a su voluntad, y de la que no podía despojarse por ninguna manifestación de su voluntad. Este desplazamiento del *status* al contrato se creyó que era la clave del desarrollo social, político y jurídico.

13. El pensamiento jurídico angloamericano

Algo más tarde, las doctrinas relativas al fin del derecho que habían llegado a fijarse en el pensamiento jurídico angloamericano bajo la influencia de los utilitaristas y los juristas históricos se vieron reforzadas en los Estados Unidos por la influencia de los positivistas. Las obras de Spencer, que culminaban en su "*Justicia*" (1891) alcanzaron gran boga. El propósito de los juristas positivistas era descubrir, por la observación, las leyes de la moral, las de la evolución social y las del desarrollo jurídico, análogas a las leyes de la gravitación, de la conservación de la energía, y otras análogas. Pero la observación los condujo al mismo resultado al que la metafísica había conducido a los juristas filosóficos y al que la historia había llevado a los juristas históricos. Parece que Spencer ha considerado el progreso desde la condición social hasta el contrato, como el resultado racional del universo.

La libertad abstracta del contrato era el ideal al cual tendía constantemente la evolución. La fórmula de justicia de Spencer es sustancialmente la de Kant.

14. El radicalismo jurídico del siglo XIX

El radicalismo jurídico del siglo XIX tomó dos distintas sendas. Por una parte, la idea de justicia como el *máximum* de afirmación de la personalidad individual y la predominante creencia de que la realización inevitable de la idea de la libertad hacía fútil la legislación consciente y deliberada, indujo a algunos grupos (los anarquistas individualistas o anarquistas filosóficos) a desarrollar hasta sus extremas y lógicas consecuencias la doc-

trina de que el derecho es íntrinsecamente nocivo en cuanto restringe la libertad. De ahí que abogaran por un régimen de acción individual mediante la cooperación voluntaria y libre de la coacción de las reglas impuestas por el Estado. Por otra parte, la idea de derecho y de gobierno como medios para lograr la libertad individual (en vez de dejar que se obtuviera por sí misma) era adoptada por otro grupo que, rechazando el pesimismo político y jurídico, pero manteniendo la idea de la afirmación de la personalidad individual como fin, desarrolló lo que puede llamarse un individualismo social. Donde la principal corriente del pensamiento jurídico del siglo XIX, siguiendo la tradición de los siglos XVII y XVIII, situaba en oposición a la sociedad y al individuo y se veía en invencibles dificultades por conciliar el gobierno y libertad, este grupo buscaba la libertad individual por medio de la acción colectiva y reclamaba el *máximum* de control gubernamental como agente de un *máximum* de libertad. En otro aspecto, al contribuir a las teorías del interés social en la vida del individuo y al desarrollar la idea hegeliana del Estado –cultura a diferencia del Estado– derecho kantiano, los socialistas del siglo XIX marcaron el inicio de una transición hacia una concepción nueva del fin del derecho. Pero en el siglo pasado ninguna escuela ponía en tela de juicio que la libertad individual era en verdad el fin.

15. Escuelas social-filosóficas del siglo XX

En una nueva dirección retrocedemos hasta Grocio, Leibniz y varios de sus discípulos quienes consideraron la sociedad como la cooperación de seres dotados de razón.

La sociedad resolvía el conflicto entre lo individual y lo universal; realizaba una síntesis del todo y sus partes. En esa teoría de la justicia, cada comunidad, cada asociación, cada grupo es un agente de promoción de la justicia. La orientación es la misma del pensamiento sociológico reciente. La marcha en esta dirección nos ha llevado hasta cierto número de escuelas del siglo XX llamadas hoy escuelas social–filosóficas. A principios del siglo, los neohegelianos, quienes consideraban como el fin del derecho el mantenimiento, el progreso y la transmisión de la civilización, se mostraron singularmente activos y parecía que prometían mucho. Actualmente hay un renacimiento del derecho natural, especialmente en forma de neoescolasticismo o neotomismo, que nos proporcionaría una teoría del fin del derecho por deducción lógico de lo que se nos da por revelación y por inteligencia, por una técnica de elección guiada por "los fines predeterminados del orden jurídico que propone los medios de su propia realización". Es significativo que algunos de los más destacados juristas franceses recientes han derivado del positivismo de Comte al neoescolasticismo, sin que haya, no obstante –debemos confesarlo– gran cambio en la sustancia de su doctrina.

Conclusiones

De cualquiera de estos puntos de vista parece posible interpretar o deducir como fin del derecho el mantenimiento de una relación ideal entre los hombres. ¿Pero qué es esa relación? Se ha considerado como paz y orden, como un *status quo* social estable y garantizado, como libertad, esto es, un máximo de libre afirmación de la per-

sonalidad individual apropiada a un mundo de oportunidades que espera exploración y explotación, de un máximo de producción económica *(Duquit),* como máxima satisfacción de las expectativas individuales y como un máximo desarrollo de control humano sobre la naturaleza externa o física hecha posible por un máximo de control sobre la naturaleza interna o humana: en otras palabras, de la civilización. Hoy, con el auge del Estado de servicio, llegamos a un nuevo significado de "seguridad" y un ideal de utilizar el poder de la sociedad políticamente organizada para liberar a la humanidad de la pobreza, el miedo y la frustración. Pero aquí tropezamos con la grave cuestión de lo que puede hacerse aplicando la fuerza de la sociedad políticamente organizada a un ajuste de relaciones y a la ordenación de la conducta, y con el no menos grave problema de los límites de la acción jurídica eficaz y de lo que debe dejarse a otros organismos de control social.

Sea como sea, los abogados no tienen necesidad de dirigir una huelga de resistencia pasiva, o de esperar sentados hasta que los filósofos convengan, si alguna vez lo logran, en una teoría de valores o una definición de justicia. La experiencia desarrollada por la razón y la razón puesta a prueba por la experiencia nos han enseñado cómo avanzar lo más posible hacia la realización de una tarea práctica que permita a los hombres vivir juntos en comunidades políticamente organizadas en la sociedad civilizada con la guía de una idea activa aun si esa idea activa no es un ideal que resulte metafísica, lógica o étnicamente convincente.

Lo que el derecho ha tratado de hacer es ajustar las relaciones y ordenar la conducta para dar el máximo efecto al plan total de expectativas de los hombres en la sociedad civilizada con un *mínimum* de rozamiento y desperdicio. A menudo lo mejor que se ha demostrado que se podía hacer es procurar una transacción aproximada entre expectativas opuestas, instada de buena fe y en la confiada creencia en su rectitud intrínseca por grupos poderosos o individuos insistentes. Dice y señaló esto mucho tiempo respecto a la ley de difamación por libelo, y las estaciones de radio y televisión lo subrayan. Puede verse un ejemplo concreto en la ley relativa a la ingerencia, mediante artículos periodísticos, en la debida tramitación de los procesos criminales. De la misma manera hemos llegado a la conclusión, por penosa experiencia, de que en las disputas laborales es una necesidad práctica admitir cierta tolerancia de desorden, aun en aquellos casos en que la lógica requeriría una estricta aplicación de las reglas de derecho establecidas. Pero de esto no debe deducirse que nuestro único recurso sea la expresión arbitraria de la voluntad de un legislador, por una parte, o la no menos arbitraria determinación de algún organismo administrativo, por otra parte.

Podemos aproximarnos, para fines prácticos, a ajustes sistemáticos y a ordenamientos razonados conforme a una técnica autoritaria. Yo he denominado este proceso un método de mecánica social. El derecho es una ciencia de mecánica social que tiene que ver con esa parte del campo total que puede realizarse por medio de la ordenación de las relaciones humanas recurriendo a la acción de la sociedad políticamente organizada.

William James nos dice que hay una busca continua del orden que más pueda abarcar. La historia de las ideas como fin del derecho nos ofrece continuos ejemplos de este hecho. Los pensadores han ido continuamente tras una idea del pasado hacia una de más alcance. Como he dicho, al principio consideraron que el propósito y fin del derecho era mantener la paz. ¿Pero por qué mantener la paz? Parecía que era con objeto de conservar el orden social. Se juzgó, en consecuencia, que el fin era el mantenimiento ordenado del *status quo* social. ¿Pero por qué mantener el orden social? Porque con eso se hace posible la división del trabajo y así quedamos libres para ejercer nuestras facultades naturales: hacer las cosas que hay que hacer. El fin del derecho era, por ende, mantenerse en condiciones de fomentar el *máximum* de libre afirmación de la propia personalidad. Sin embargo, ¿por qué dejamos libres para hacer las cosas que hay que hacer? Porque la libertad de hacer cosas es un vigoroso deseo humano o una necesidad o una exigencia. Pero los hombres desean y necesitan ciertas cosas, instan y persiguen algunas poderosas expectativas, que no son alcanzables en un régimen de máxima libertad de hacer cosas. Los hombres desean ser libres, pero quieren, además, muchas otras cosas. Llegamos así a una idea de máxima satisfacción de los deseos, necesidades o expectativas humanas. Lo que tenemos que hacer es control social, y por lo mismo en derecho, es reconciliar y ajustar estos deseos o necesidades o expectativas, hasta el límite que podamos, para asegurar así cuando nos sea posible de la totalidad de los mismos. Hasta nuestros días ése es el orden de mayor alcance.

SIGNIFICADO DE JUSTICIA

*Frank H. Knight**

SUMARIO

Introducción.- 1. Democracia.- 2. Libertad.- 3. La transición del automatismo instintivo animal al Derecho.- 4. Limitación en el concepto de justicia.- 5. Concepto de derecho: a) leyes descriptivas; b) leyes históricas.- 6. Conclusión.

Introducción

La manifestación más importante que puede formularse a propósito del concepto de justicia es que su significado se

* **Frank Hyneman Knight fue un economista americano, considerado el fundador de la escuela Neoclásica de Economía de Chicago. Nació en de Mc Clean, el 7 de noviembre de 1885, y murió en Chicago el 15 de abril de 1972. Trabajó en: el Colegio Milligan, de Tennesse, y en las Universidades de Tennesse, Cornell, Chicago y Iowa. Durante los años treintas el interés de Knight se fijó en la Filosofía Social, examinando los sistemas étnicos y la naturaleza colectiva de la toma de decisiones, particularmente dentro de las instituciones democráticas.**

ha ampliado y transformado radicalmente con el advenimiento de la moderna democracia liberal, políticamente igualitaria. Como indica la palabra, justicia es un término jurídico (*jus* significa "derecho"), y en este ensayo nos ocuparemos de las distintas significaciones o clases de derecho.

En las sociedades primitivas y preliberales, la justicia, en su sentido más amplio, se definía y estaba constituida por leyes "dictadas" y consideradas de carácter inmutable. En consecuencia, eran conocidas "naturalmente" por todos los adultos normales, que las aprendían al ir asimilando el lenguaje de la comunidad. Por eso, las leyes eran "morales" así como "jurídicas"; no había prácticamente distinción entre estas dos ideas. Por consiguiente, no presentaban problemas –concepto intelectual–, sino sólo imponían la obligación de acatarlas. Y cuando una ley era violada por falta o negligencia moral (en general, no se reconocían los accidentes ni la causalidad natural), había que aplicar el castigo, cuya índole y procedimientos estaban prescritos por ley, con la designación de los agentes humanos que habían de imponerlo. Como las instituciones e ideas de nuestra cultura medieval eran esencialmente primitivas, los escritores escolásticos estaban de acuerdo con la realidad de la época al afirmar que la noción de ley injusta era contradictoria en sus términos. Por tanto, las leyes eran "estáticas", por ser sagradas, lo cual a su vez se debía a que procedían de mandatos emanados de poderes sobrenaturales, y la divinidad no cambia de parecer.[1]

1 Así ocurre particularmente en la tradición judío–cristiana, según la cual Dios es el legislador sobrenatural (Mal. 1:17 y Sant. 1:17). En cuanto a la ley positiva, esta idea difería de la de los filósofos clásicos griegos quienes distin-

Desde el nacimiento de la democracia liberal, la justicia ha seguido siendo un concepto jurídico, pero las leyes a las que se asigna este atributo se han dividido en morales y creadoras de derechos y obligaciones y estas últimas tienen que ser "elaboradas" en parte importante por cada sociedad política, sin limitarse a buscarlas y reconocerlas para obligar a cumplirlas, y mucho menos a creer que fueron reveladas sobrenaturalmente por algún profeta. Las leyes creadoras de derechos y obligaciones son elaboradas e impuestas por el Estado, fenómeno bastante moderno, especialmente en cuanto atañe a la legislación: la ejecución, como función política, es más antigua, pero tampoco primitiva. Así, la democracia ha emprendido la tarea, enormemente más difícil que imponer un derecho conocido de todos, de decidir cuál debe ser la ley y de introducir los cambios que hagan falta. Es tanto más difícil, cuanto que supone un problema intelectual. Al mismo tiempo, la ejecución de leyes existentes que constantemente cambian –es decir, que cambian por la acción

guían entre naturaleza justa (*physis*) y convención (*nmos*, costumbre). En la baja Edad Media, la idea de la ley como "divina" se modificó un tanto al llamarla "natural", pero, aun así, significaba algo absoluto, y así se considera todavía en la ley básica moral, sobre todo bajo los auspicios religiosos. Apenas se aplica a la ley positiva, por lo menos aparte de la obligación moral de acatar la ley, o al comparar una ley con otra supuestamente mejor. Aunque es indudablemente "natural" que toda comunidad tenga alguna ley, las únicas medidas concretas más naturales que otras son las vigentes. En Grecia (y en Roma) había algún margen para cambiar las leyes; el orden social era secular en parte. Pero en los "siglos oscuros", después de la conversión de Roma al cristianismo (considerado entonces un culto misterioso bajo un sacerdocio jerárquico–autoritario), la Europa occidental retrocedió particularmente a un primitivismo extremo, lo mismo en éste que en otros aspectos de la cultura. Gibbon calificó a este cambio, de triunfo de la barbarie y de la religión.

pública– se ha hecho también enormemente más difícil. La ejecución ya no puede separarse de la legislación; su aplicación, como realizada por seres humanos, siempre supone alguna interpretación, la cual introduce cierto cambio, por gradual e inadvertido que sea. Por eso, la justicia se refiere a la justicia del derecho en sí, no meramente a lo que prescriben las leyes existentes, mientras que lo que es el derecho se ha convertido en un problema al que no se puede dar una solución concreta. Sin embargo, es mucho más sencillo que el de la justicia como el "óptimo" derecho, o sea, los ideales a que debe conformarse al derecho más íntimamente en virtud de la acción legislativa. Y estos ideales están en constante cambio.

En consecuencia, el concepto de justicia abarca hoy el idealismo social en todos sus aspectos y versiones, y por tanto no puede definirse de manera positiva y específica. Porque, indudablemente, los hombres nunca establecerán una fórmula de la sociedad ideal, meta definitiva del cambio institucional. La verdadera tarea que se enfrenta es el progreso social, que sólo puede definirse como una dirección de cambio (principalmente negativo en un sentido complejo) mediante aliviar algunas de las más graves injusticias que puede reconocer y tratar de remediar una sociedad. En una palabra, no existe la justicia "en general"; sólo puede hablarse de injusticia relativamente concreta y de procedimientos para su mitigación en la maquinaria social existente o de las maneras posibles de mejorar la organización social general. Esto supone que el gobierno hipotéticamente democrático, es el organismo por medio del cual la sociedad procede como unidad al

elaborar, cumplir y hacer cumplir las leyes. La cualidad gubernamental difícilmente puede separarse del concepto de pueblo, como conjunto de miembros de la sociedad.

1. Democracia

El problema decisivo es convenir en un orden social o en un cuerpo de derecho que encarne ideales y creencias comunes. El significado característico de democracia es la libre asociación; pero el orden es esencial a la sociedad y, por tanto de necesidad estricta. La libertad, empeño primordial, es, hasta cierto punto, un lujo relativo, lo mismo que otros valores humanos, aunque, como la justicia, sean también necesarios en cierta forma y grado. Puesto que el hombre es, quiérase o no, un animal social, dotado de entendimiento, deseos y opiniones, la libre asociación supone un convenio consciente y un asentimiento a cierto sistema de relaciones o conjunto de reglas. Cuando no se logra libremente la armonía de actitudes, por medio del proceso intelectual de la discusión, hay que imponer las leyes por la fuerza, o la sociedad dejará de existir. Las leyes siempre son hasta cierto punto coactivas, porque es un hecho desagradable pero indiscutible que, siendo como es la naturaleza humana, los intereses y las opiniones se contradicen y son incompatibles con el orden requerido y la armonía espontánea. La acción social debe ser "inteligente" o sea, acertada, dentro de sus límites; siempre es susceptible de error, variable en su clase y cantidad, y mucho más de prejuicio o de manifiesta arbitrariedad. Pero sin un mínimo de dirección inteligente, es mejor no obrar y dejar que los acontecimientos sigan su curso natural; porque, tal como son las cosas, en la naturaleza y en la naturaleza humana,

la acción al azar surtirá malos efectos, a fin de cuentas, con toda seguridad. "Inteligente" quiere decir basado en el conocimiento (creencia justificada), y la acción a base de un falso conocimiento es peor que la acción al azar. Puesto que la acción se proyecta hacia el futuro, para producir o impedir algún cambio, el conocimiento debe cubrir tanto los fines como medios. Y aquí nos referimos a la acción social, de modo que la inteligencia pertenece al grupo como unidad, lograda por el acuerdo de sus miembros en cuanto a los medios y en cuanto a los fines.[2]

Además del factor de conocimiento, la elección presupone motivos, que son sentimientos y también "voluntad". Esta es la capacidad misteriosa de decidir, de dejar de pensar y dirigir el pensamiento hasta cierto punto, controlando el sentimiento. Su realidad se conoce directamente como algo más que el dominio de un motivo más fuerte sobre otro más débil o cierta composición de fuerzas, como en la mecánica. El análisis de la conducta considera los motivos como fuerzas, pero debería reconocer que este punto de vista no es

2 No hay por qué hacer aquí una exposición filosófica del saber y de la libertad, pero debemos subrayar algunos puntos. La acción supone elección, siempre libre, entre distintas alternativas conocidas por el sujeto. No puede hablarse de acción, como tantas veces se hace, al referirse a procesos naturales inanimados. No se trata de la libertad metafísica, que es un falso problema. En ese sentido, la libertad interviene al decir, hacer o pensar algo, cuando el pensamiento no es sino una conciencia pasiva (si es que esto ocurre). Las máquinas no hablan ni razonan ni luchan. La libertad es lo contrario de la coerción, no del determinismo, que se niega al defender la libertad. Coerción significa la manipulación de las alternativas de alguien por otro agente libre; las razones o resultados podrán ser buenos o malos, pero las máquinas ni coaccionan ni son objetos de coacción. (Esta idea merece una mayor explicación en lo relativo a la persuasión o influencia puramente personal, sin atención a consideraciones o intelectuales o materiales; lo haremos después).

exhaustivo. Ya que el cambio es considerado realidad en física, la causalidad rigurosa no se aplica allí siquiera, y la fuerza es claramente un concepto metafísico.

2. Libertad

Más común y grave es definir la libertad de modo que incluya poder de hacer lo que se desea. Sin capacidad de obrar, la libertad es en verdad algo vacío, pero poder y libertad son dimensiones distintas de la acción voluntaria y plantean problemas prácticos muy diferentes, uno positivo y otro preventivo. La libertad en sí es negativa: se es libre de la coerción de los demás para hacer lo que uno quiera, y por otra parte pueda.

La democracia en su forma liberal moderna, con su nuevo significado de justicia es un producto tardío de la historia. (Lo mismo que la naturaleza humana, tal como la conocen los hombres; Ortega y Gasset, parafraseando a Wilhelm Dilthey, ha observado que "el hombre no tiene naturaleza; lo que tiene es historia", exageración literaria, pero una importante verdad). En consecuencia, el entendimiento de la sociedad libre y sus problemas debe enfocarse en términos históricos, no sólo analítica y funcionalmente. Y debe reconocer que la historia ha seguido a la evolución física y biológica, y que todo el proceso se ha caracterizado por apariciones ocasionales de nuevos tipos de realidad. La mayor parte de las veces, el nuevo se sobreimponía al precedente, formando un universo cada vez "más pluralístico" y concretamente una humanidad más alta e irreductiblemente pluralística. La democracia ha surgido en la vida social humana, que a su vez se basa (supuestamente)

en cierto tipo de sociedad animal, y vista retrospectivamente, remontándose hasta la vida animal no social, pero sí consciente, cuyo origen acaso nunca pueda explicarse. La democracia moderna se distingue principal y específicamente de la forma de ciudad-estado griega, que dio origen a la palabra, por el carácter inclusive de su ciudadanía, que ahora congrega a todos los adultos normales en una unidad política definida por la residencia en un determinado territorio. (Pueden pasarse por alto los residentes extranjeros y los ciudadanos propios que viven fuera del país). El factor esencial es que el grupo actúe como unidad, afrontando los problemas más o menos inteligentemente, o sea, acertadamente, por medio del acuerdo directo o indirecto respecto a la Constitución y las leyes. El ideal es el acuerdo unánime, por medio de la discusión en que intervengan todos.[3] Desde un punto de vista general, las leyes constituyen el problema social omnímodo, el problema del conocimiento.

La naturaleza de las sociedades primitivas (preliberales) era muy distinta, aunque la democracia "perfecta" no puede lograrse. En el sentido en que nosotros la estudiamos, la democracia vino al mundo a través de una revolución liberal, repentina y bastante reciente, hablando en términos históricos, y dado el avance lento y espasmódico

3 Prácticamente y en último término, toda "corrección" u objetividad se basa en el consenso de una comunidad particular con una cultura más o menos característica. Por eso la verdad y todos los valores, entre ellos la justicia –y de hecho, todos los conceptos– son relativos a una determinada sociedad, es decir, que ocupe un lugar en el espacio y en el tiempo, en cuyo caso está una subcomunidad dentro de una unidad mayor. No hay conocimiento absoluto, ni solución única de un problema. La existencia de un problema real de grupo, o social, o la acción genuina de grupo presupone una organización democrática, como decimos.

hacia la libertad a lo largo de los siglos. Y sus graves problemas se deben principalmente a esta rapidez y modernidad, así como al carácter arrollador de la transformación, que equivalía a una virtual inversión de valores (*Umwertung aller Werte*) de los ideales y convicciones aceptados anteriormente sin discusión. Esto se refiere concretamente a la Europa Occidental, pero se remonta a la sociedad primitiva. (En cuanto al principio de la fijeza de las instituciones, las democracias griegas y romanas fueron excepcionales sólo dentro de ciertos límites, sobre todo en lo relativo a los cambios constitucionales, que fueron casi siempre violentos). Además, hay motivos poderosos, aunque subconscientes, para oponerse al cambio. Porque el cambio institucional, en el mejor de los casos, es difícil sin provocar desórdenes serios, y sólo posibles dentro de límites muy estrechos. Supone la modificación de las maneras habituales de pensar y obrar, y el hombre es en gran parte un ser de costumbres. El orden se presupone en el concepto mismo de la asociación libre (inteligente), porque es preciso para proceder inteligentemente, saber poco más o menos lo que van a hacer los demás si uno no procede de determinada manera. Y los rasgos principales del orden social deben ser conscientemente aceptados por la mayoría de los miembros de la sociedad humana.[4] La libertad sólo es posible si los hom-

4 Las salvedades de predicción aproximada y un acontecimiento "principal" del orden social están dictados no sólo por limitaciones mentales humanas, sino por principios prácticos y éticos. Es imposible la exactitud, porque los individuos no pueden actuar a base de predecir lo que van a hacer los demás; tal acción falsificaría por lo menos muchas predicciones. Por eso es indispensable el consenso, que no puede ser detallado sobre un sistema de relaciones. Por tanto no puede seguirse, estrictamente interpretado, el único

bres aprenden a adaptarse a los cambios y establecerlos en determinados tipos de conducta social sin crear demasiada desorganización. El cambio debe ser ordenado hasta cierto punto, por lo cual debe producirse dentro del marco del derecho vigente; esto se refiere también a las leyes no elaboradas, sino "simplemente nacidas" y que no se consideran obligatorias, pero que sí siguen automáticamente en la medida requerida, ni en continuar sin cambio, ni en los cambios particulares, de aquí que la sociedad humana tenga siempre que proveer a hacer cumplir las leyes (por lo menos, desde que la especie se hizo humana). Pero esto, también, dentro de ciertos límites, porque la imposición rigurosa excluiría todo cambio, así como todo tipo de libertad.

Sin embargo, la democracia se funda en el principio de que la sociedad puede cambiar –cambiarse a sí misma– a voluntad. La revolución liberal llegó a convertir el "progreso" en un deber relativo, porque la libertad tiene que referirse también al cambio, y la inteligencia exige que el cambio sea siempre para mejorar. El ideal básico es la libertad para el progreso y el progreso por medio de la libertad. Pero la mente humana evolucionó a lo largo de los siglos en condiciones muy distintas reaccionando a

imperativo categórico de Kant –"obra únicamente según la máxima por la que puedas ... querer que se convierta en la ley universal"–, porque supondría descartar primero toda libertad, juicio y espontaneidad. Y, por otra parte, el desear cualquier ley rigurosa para todos los seres humanos reflejaría un orgullo y engreimiento sin límites. Además, la ley rigurosa violaría otra fórmula de Kant, la de que el ser humano siempre debe ser tratado como un fin y nunca como un medio exclusivamente. Y no puede aplicarse sanción ninguna a los niños o a los adultos incapaces de decisiones responsables.

otras necesidades y aprende lentamente a adaptarse a las producidas por un cambio revolucionario. El orden antiguo y el nuevo ideal de la libertad están en pugna, aunque el primero siga siendo altamente necesario en alguna forma. Al hacer de la libertad su principal empeño, el liberalismo limita considerablemente el grado de orden posible o conveniente y, dada la naturaleza humana, el orden limita la libertad.[5] El conflicto entre valores, especial, si no exclusivamente, entre la libertad y el orden, plantea el problema de la justicia democrática. Los ciudadanos deben llegar a un acuerdo libre e inteligente respecto a muchos asuntos para poder realizar el ideal democrático. El ideal último sería la anarquía: el acuerdo unánime sobre las leyes y la intención de acatarlas excluiría la necesidad de un derecho mantenido por la fuerza. Pero no puede soñarse con llegar a este estado de cosas con nuestros hombres y en nuestro mundo. La realidad política, actual o en perspectiva, está muy lejos de llegar a una decisión mayoritaria en determinados asuntos: la mayor aproximación que parece teóricamente posible, o sea, el gobierno de la mayoría, puede ser tremendamente despótico e injusto. Rara vez se resuelve sólo en discusión inteligente los asuntos graves. Hay grandes presiones en diversas clases, y no pequeña violencia en forma de luchas e intrigas políticas; la guerra es un peli-

5 Estas palabras deben interpretarse en gran parte con referencia al pasado. En menos de una generación se ha invertido el significado de la palabra "libertad", porque antes llevaba la connotación de libertad, y ahora expresa el paternalismo estatal, aunque en algunas formas democráticas significa el gobierno o imposición de las mayorías. Es altamente discutible si esto supone libertad o es incompatible con ella.

gro frecuente entre las unidades políticas mayores y aun dentro de una sola. La justicia en abstracto sólo puede referirse a un orden social "mejor" en las naciones y en el mundo, por lo cual debe llamarse "justicia social", en relación con problemas particulares, como se ha indicado.

No estará de más que estudiemos algunas limitaciones más concretas a la posibilidad de justicia como libertad con orden y progreso, y otros valores imperativos. Quizás la limitación más absoluta sea la mencionada en una de las notas precedentes sobre el imperativo categórico de Kant: la libertad no significa nada para los niños, y tiene algún contenido para los demás sólo en cuanto dispongan de medios para actuar y lo deseen. Pero los desamparados o los débiles tienen derechos que el orden social debe proteger contra su violación por otros individuos, con la fuerza si es preciso. En las relaciones entre personas responsables, libertad social, es un requisito lógico de respetar escrupulosamente la libertad de los demás. Pero la resistencia individual a hacerlo así puede exigir el empleo de una gran fuerza social para preservar la libertad social.

En la práctica, el hecho de que un grupo sólo pueda actuar en general por conducto de agentes individuales establece limitaciones graves. (Acaso la única excepción sea cuando se trata de un grupo muy reducido). Los grupos grandes siempre proceden por medio de una serie completa de grupos más pequeños, cada uno de los cuales tienen algún tipo de mando. En las discusiones de grupo se decide qué tipo general de acción conviene objetivamente adoptar, se escogen los agentes y se fijan los valo-

res principales de procedimiento. (En lugar de "discusión", quizás fuese más acertada la palabra "razonamiento", o sea el esfuerzo por persuadir). La acción del grupo consiste principalmente en elaborar y obligar a cumplir las leyes, tarea en que todos los detalles se delegan en individuos. Naturalmente, así es como surgen las tres ramas conocidas de gobierno: la rama legislativa, el aparato ejecutivo y la judicatura; el personal es elegido por "la política" y actúa más o menos de acuerdo con la opinión pública.

También se producen problemas sociales porque en las condiciones modernas hasta los individuos tienen que delegar frecuentemente en agentes la ejecución de las decisiones y hasta estas mismas, en mayor o menor grado. Esto no puede hacerse muy inteligentemente ni con absoluta exactitud; supone seleccionar los agentes por su competencia especial o por la confianza que inspiran. Pero, debido a las limitaciones humanas, se apela a la especialización en el saber y a la sagacidad. Aparte de las salvaguardas contra el fraude por parte de los agentes sólo vagamente puede controlarse la fidelidad a ella. El agente tiene más o menos libertad de acción o poder arbitrario, por lo cual debe ser de absoluta confianza. Así ocurre más o menos entre el paciente y su médico. En este caso, el agente tiene poder de vida o muerte, y se necesita el consejo de una persona experimentada para decir al primero si lo necesita. Para proceder inteligentemente por sí mismo, el paciente debería conocer la ciencia médica, con lo cual la necesidad de médico se reduciría en su mayor parte, y además estar enterado por pro-

cedimientos a su alcance de las cualidades técnicas y morales de los posibles candidatos. Gran parte, quizás la mayor, de la libertad posible en la sociedad moderna es la de elegir agentes para que sean jefes de uno mismo en determinado campo. Cuando un grupo delega el poder, como en la economía y especialmente en la política (donde radica el control supremo), surgen más complicaciones que sólo admiten un vago análisis. En las relaciones económicas, que es donde más problemas graves hay, el trabajador o el propietario se ven en el dilema de elegir las órdenes que van a acatar o de formar una empresa propia, si tienen los recursos y cualidades personales necesarias (como el paciente puede tratarse a sí mismo, si así le parece). En las relaciones más organizadas –con fines culturales, religiosos o de diversión, lo mismo que con fines de producción– se necesita jefatura con poder, que limite considerablemente la libertad del individuo a ordenar su propia vida y el grado en que puede lograrse la justicia ideal. Así ocurre principalmente cuando el problema es el acuerdo en un grupo de proporciones considerables, especialmente cuando no hay conocimiento directo de los miembros y trato entre ellos. El caso extremo es la política, a la cual apela la gente, aunque racionalmente para lograr justicia en las relaciones en pequeña escala.

En las condiciones “primitivas” y, en general, en las preliberales, cuando las leyes eran estáticas por sagradas (no “elaboradas”), los funcionarios ejecutivos actuaban ostensiblemente, no como agentes directos de la sociedad, sino de los poderes sobrenaturales que supuestamente

los habían elegido y ordenado las leyes; las autoridades humanas "obedecían a Dios". Es un poco extraño que estos funcionarios pertenecieran a dos categorías generalmente: la sacerdotal y la política, ambas sagradas, pero la última menos limitada por cortapisas de este tipo, aunque gobernara por derecho divino. En parte, su poder arbitrario quedaba consagrado tan pronto como lo asumían, aunque fuese por violencia o por engaño; pero el alcance de ese poder estaba limitado por la tradición con el respaldo de la religión, y podía originarse un gran desorden si se perdía por insurrección. En la sociedad primitiva, el mando dinámico prevalecía principalmente en actividades que no podían reducirse del todo a la categoría de rutinarias, como la guerra y la caza, sobre todo la caza mayor. En estos casos se necesitaba cierta planificación anterior, improvisando la organización y la pronta solución de situaciones imprevistas. Los dos sistemas institucionales, Iglesia y Estado en la forma que sea, han funcionado a lo largo de la historia en colaboración irregular, que unas veces se ha acercado a la identificación completa, y otras al antagonismo y hasta al conflicto violento.

3. La transición del automatismo instintivo animal al Derecho

Con sólo una ojeada a la historia se advierte que nunca podrá conocer con exactitud la naturaleza original de la sociedad humana, es decir, lo que ocurrió exactamente en la transición del automatismo instintivo animal al derecho considerado, en parte, obligatorio. Se discute si para acatar la ley ("obedecerla", decimos ilógicamente), se

necesitaba al principio el sentido de "deber moral" o el de "mandato imperativo", lo cual también se aplica a las órdenes de los gobernantes, a las cuales, por tanto, se les reconocía también autoridad. (Etimológicamente, *jus* tiene relación estrecha con *jubere*, o sea, "mandar"). Las dos tesis se combinan, considerando la ley como mandato. Por tanto, la cuestión es hasta qué punto la "aculturación" tomó la forma de sugerencia mecánica e imitación, o forma de una relación de poder (o de respeto y amor entre padres e hijos, o entre el jefe varón principal y una familia numerosa o harén). Todavía se siente la obligación impersonal en la actitud anómala de trabajo, aversión a lo útil y a la conducta impuesta o que termina en actividad instrumental. Seguramente la transición consistió esencialmente en la sustitución de los tipos de conducta por la herencia social, a través de la imitación de los ancianos por la joven generación. Los instintos se atenuaron y se convirtieron en impulsos vagos, que recibían forma concreta de la cultura. Esto quizás se considere como un proceso automático, pero indudablemente los hombres adquirieron su desarrollo de seres que tenían ya plena vida mental y estaban socializados en el principio del orden del dominio.[6]

La cultura también funcionó de manera principal pero no totalmente automática (cosa que no ocurre en el ins-

6 Se observa en ciertas especies animales, sobre todo en las aves, algún tipo de "enseñanza" de los jóvenes. Esto es más interesante porque las aves forman una desviación de la serie evolutiva que termina en los mamíferos y en el hombre. La aves muestran otras semejanzas con el ser humano, particularmente la imitación de su habla, cuando hay especies afines al hombre y dotadas del mismo apartado vocal que no imitan su lenguaje. Lo mismo podría decirse del sexo y de las relaciones familiares.

tinto propiamente dicho). Hay dos misterios: primero, la enorme divergencia y carácter errático de la cultura, que casi no puede llamarse evolución, en contraste con la convergencia de la evolución biológica, que produjo una especie humana prácticamente uniforme; y segundo, la aparición del lenguaje, esencial para la cultura y al parecer, parte de ella. El lenguaje procede sin duda de los gritos animales, explicables como función biológica. La risa y el llanto, también exclusivamente humanos, debieron constituir etapas intermedias. Esto indica que el lenguaje fue al principio más bien expresión emotiva que instrumento de la inteligencia, sobre todo al promover valores biológicos; también sirvió indudablemente como medio para transmitir la cultura, cualquiera que fuese su utilidad. Contribuyó mucho más al cambio rápido de adaptación que el proceso de mutación de los genes y de la selección natural, pero fue la etapa intermedia de una mentalidad totalmente nueva, que difería de la de los animales más en lo emocional que en lo inteligente, y las emociones humanas se oponen con frecuencia a los fines biológicos, téngase presente.

La cultura tiene con el pueblo a que pertenece una relación parecida a la de la planta con el suelo en que crece, cuyas leyes especiales y cambios sigue. Los cambios culturales están, naturalmente limitados por su viabilidad, pero la necesidad en sentido de constreñimiento, es sorprendentemente tolerable. Los motivos humanos suelen preferir la cualidad de vida a la cantidad, especialmente al aumento numérico, y las cualidades que buscan son extraordinariamente paradójicas. La huma-

nización se caracterizó por un gran aumento de "inteligencia", pero la superioridad sólo en parte sirve a fines extrínsecos a la vida mental, y mucho menos a la biológica, y se utiliza principalmente para inventar nuevos fines y perseguirlos, anticipándose y burlando en cierto modo la naturaleza humana original con sus impulsos biológicamente útiles. Al avanzar la civilización, va invirtiéndose más y más la relación funcional entre la vida mental y corpórea; ésta es tratada como un medio de "experiencia", la cual es de índole increíblemente heterogénea.

El lenguaje es el ejemplo más puro de la cultura o de la costumbre, particularmente en su independencia del control intencional. Los individuos lo utilizan más o menos deliberada y eficazmente para servir a sus intereses, y su conducta contribuye al cambio cultural; pero ese cambio es generalmente lento, involuntario y hasta contrario a sus deseos. La génesis de un cambio puede ser un acto virtualmente fortuito, que tiene algún atractivo y es imitado, comenzando una nueva moda –desde una novedad pasajera hasta un cambio relativamente permanente en las costumbres–, que después se incorpora a la ley positiva o es impuesta punitivamente. O también puede surgir un líder que se atrae a una masa de seguidores por sus carismas personales o por motivos más o menos racionales. Puede asegurarse que ni la ley ni la autoridad se establecieron a base de una discusión inteligente de grupo (paso para el contrato social). Y, aunque la democracia se ha definido acertadamente como "gobierno por discusión", el papel de ésta es limitado y se escapa a un análisis claro (las limitaciones de la selección natural no necesitan mayor explica-

ción). El ideal de la justicia como orientación del cambio histórico por medio de la discusión inteligente, buscando medios buenos y eficaces para fines buenos, ha funcionado dentro de límites muy estrechos; las leyes deben expresar actitudes de masas, y los hombres son enemigos en general de esa actividad. A fuerza de dogmáticos y caprichos, aprenden a apelar a alguna fuerza para lograr el acuerdo y la cooperación que consideran importantes, por lo menos subconscientemente, pero tienden a intentar que "los demás" estén de acuerdo y cooperen "conmigo". Así, la pugnacidad innata y el deseo de emplear el poder para conseguir más poder se convierten en otros obstáculos de importancia para el logro inteligente de la justicia ideal. Una de las formas principales, quizás la más importante, a la que nos hemos referido ya. Se considera como lo contrario de la coerción, pero es evidentemente una clase o método de éstas, y desde el punto de vista ético no es muy loable, porque se basa en el engaño. (Como las demás formas de coerción, puede ser buena o mala en su intención y consecuencias, pero la historia demuestra abundantemente que el poder corrompe. No debe confundirse la persuasión con el convencimiento o la información: aquí está el error).

4. Limitación en el concepto de justicia

Debemos observar una limitación final en la definición del concepto de justicia en una sociedad libre: consiste en la falta del conocimiento requerido para llegar a un acuerdo en cuanto a medios y fines. Los fines constituyen la dificultad principal. (Suele emplearse la palabra "medios" para indicar el procedimiento, o sea, la forma de emplear los medios en sentido literal, y conste que sólo el procedimiento es

lo que se discute en la acción democrática; los medios son los hombres mismos o sus capacidades, incluso las propiedades individuales). Una sociedad libre elabora y obliga a cumplir las leyes, prescribiendo los fines y procedimientos que deben observar sus miembros en sus relaciones con los demás. Esto, repetimos, se logra principalmente seleccionando y comisionando agentes para desarrollar actividades concretas. La elaboración de leyes fue la gran innovación de la revolución liberal, después de haber nacido la ciencia moderna. Pero, para legislar inteligentemente, hace falta un tipo de pensamiento totalmente distinto del científico. El pensamiento científico funciona instrumentalmente como base de la tecnología, utilizando medios concretos para obtener resultados concretos, y el individuo o el grupo ya se pusieron de acuerdo respecto a la constitución y a la ley en virtud de la cual actúan como una unidad. El fin social incluye la eficiencia, pero la parte más difícil son los ideales o valores: sirven de base para el avalúo por comparación de los medios materiales cuando se considere necesario el acuerdo, pero especialmente cuando se trata de regular las relaciones sociales y el desarrollo del carácter humano. La tarea no es instrumental, sino crítica, y resiste el análisis detallado. Los valores suelen clasificarse en buenos, bellos y verdaderos, división inadecuada y hasta ilógica, porque no hay homogeneidad en las tres categorías, y la definición de cualquiera de ellas invade el terreno de las demás.

Podemos hacer unos cuantos comentarios sobre esta división tripartita, sin pretensiones filosóficas.

Todo conocimiento atañe a la "verdad", pero ésta es de distintos tipos y procedencias, según sea el asunto a que se

refiera. El conocimiento humano más sólido es la ciencia, porque versa sobre hechos y relaciones empíricas y observadas por los sentidos. Pasamos por alto el conocimiento de cada uno de su propio contenido mental, porque no es empírico en el sentido expresado. Más importante y delicado es el conocimiento de la mente de los demás, que tiene dos orígenes: la interpretación de la conducta empíricamente observada y la comunicación, principalmente por medio del lenguaje. Ambas son inseguras y están muchas veces en desacuerdo. La última es la más importante, aunque "la acción suele hablar más elocuentemente que la palabra". El conocimiento empírico válido depende además de la comunicación para su comprobación, y el caudal del saber humano se ha ido formando a lo largo de la historia como elemento de cada cultura y de la cultura mundial. Cada vez son mayores las contribuciones individuales a ella en los tiempos modernos. La comunicación de las observaciones sensoriales y de las deducciones formales es mucho más fidedigna que la de otros temas y revela una base objetiva común, el mundo externo". Los fines como contenido mental constan de deseos y valores, que también son deseados, pero tienen una cualidad adicional de objetividad. Las características de ambos son universales, pero varían considerablemente en detalles. Todos buscan la bondad, la belleza y la verdad, pero de manera distinta y contraria. La sociedad liberal no estima que sea necesario el acuerdo en cuanto a gustos estéticos; tiene que hacerlo, por definición en cuanto a la verdad, y el orden social exige cierto consenso respecto a los valores morales y, por tanto, la conciliación de los diferentes deseos anta-

gónicos. La verdad sobre la naturaleza –hechos científicos y leyes– es de desear por sí misma y como instrumento orientador de la conducta; es un valor, un factor de la "vida buena", como lo es la verdad sobre la estética y las normas morales. Estos tipos de verdad se sobreponen e invaden, a veces sin poderse distinguir, como ocurre por ejemplo con los conceptos de las buenas maneras y de la decencia. Los valores estéticos tienen la característica de no depender de sanciones sobrenaturales, como la moral y la verdad; pero, antes que la ciencia la verdad fue una categoría moral, y la duda o el descreimiento, un pecado. La santidad de la costumbre ha sido en gran parte destruida por la ciencia y la libertad social, que suponen cambios. El gusto –el gusto a que nos referimos, no al que hace referencia el refrán– constituye la más amplia de las categorías porque se extiende a todas las áreas del juicio. Para trabajar juntos y actuar de acuerdo, necesitamos conocer en general los gustos de los demás, pero el orden económico del mercado libre no exige la coincidencia completa para incrementar la eficacia por medio de la especialización y de la cooperación (excepto en cuanto a las leyes, naturalmente, que se necesitan para proteger o limitar la libertad). Para analizar esto mejor, conviene pasar revista a los principales significados y tipos de derecho.

5. Concepto de derecho

El concepto de derecho puede ser descriptivo e imperativo. Ya nos hemos referido implícitamente a ambos; en el terreno de la naturaleza, sólo caben las leyes descriptivas, pero en el de la vida mental y la conducta son importantes ambas, aunque la idea de justicia sólo pertenece a las

imperativas. La clase de los imperativos debe dividirse en otras dos principales, y una de ellas subdividirse de nuevo, formando una jerarquía de conceptos. En un extremo están las leyes sobre derechos y obligaciones, que se formulan de modo definido para obligar a su cumplimiento infligiendo penas por violación. Todos los demás imperativos forman la clase moral, o sea, están mantenidos por fuerzas morales, y no por castigos materiales. Su amplia variedad de especies no tiene una línea divisoria clara. Las leyes estrictamente morales difieren negativamente de las que imponen derechos y obligaciones, que también son deberes, porque las primeras sólo pertenecen al campo de la conciencia, y su sanción es el rendimiento. Esto las distingue también de otras, cuyas sanciones son de tipo inhibitivo, como la vergüenza: en este caso están la obligación de hablar, vestir y conducirse en el campo de la cortesía con "corrección". Como ya hemos dicho, estas normas participan de lo estético y de lo moral, y el decoro cae más bien en este último campo y hasta en el de la ley positiva. Todos los tipos o grados son sancionados por las actitudes de los demás, es decir, por las fuerzas sociales; entre ellas destaca el ridículo, la reprensión pública y hasta la lástima. Las leyes morales, incluso las jurídicas en un estrato superior, son (o fueron) sancionadas literalmente por la religión: la fe, que ocupaba el lugar del saber, era una obligación, y la herejía un crimen capital. En casos extremos, las sanciones informales son sumamente eficaces, al ocasionar temor de digresión y mortificación y el hacer patente un desliz o paso en falso. El humorismo es un valor paradójico, más o menos cruel y desvergonzado: las pala-

bras "soeces" son un caso curioso, como las palabras "limpias" con significados idénticos.

Los vocablos justicia e injusticia sólo se usan regularmente en ciertos casos de aprobación o condenación social, pero pueden aplicarse a casi todos. La simple moda puede constreñir tanto como los deberes serios, y afecta a casi todas las áreas humanas, desde la ciencia y la religión a meros modismos pasajeros en el habla o en el vestido: el lenguaje no es sino un caso extremo. En la moda se combina el deseo de ser como los demás y distintos, de seguir la corriente y de imponer el paso; a la gente le molesta copiar y separarse demasiado. Casi nunca hay una razón discernible para los cambios, sobre todo en el lenguaje, que es la institución social primera; no encarnan ventajas biológicas –el cambio es más bien malo– ni reflejan la intención humana de introducirlos. Como hemos indicado, apenas cabe hablar de "evolución", y hay que eliminar la palabra "progreso". En muchos terrenos es necesario el acuerdo, y principalmente sobre los límites del área, hablando lógicamente. Cómo se verifica es casi siempre un misterio; la discusión racional rara vez desempeña un papel importante. El acuerdo suele ser más importante que la práctica concreta que se establece. Para conducir un coche por la derecha o por la izquierda, lo que interesa es el acuerdo; y casi ocurre lo mismo con el lenguaje. Pero son necesarios los valores estables porque, repetimos, la conducta inteligente exige saber qué es lo que van a hacer los demás. Donde hay choque de opiniones, preferencias o, donde no hay lugar a la observación sensorial y a las reglas de la lógica, donde el experimento es imposible, resulta evidentemente difícil

investigar o discutir los fundamentos de una argumentación. El conocimiento de los valores es un problema totalmente distinto de la ciencia natural, en que los fenómenos pueden clasificarse y medirse, o por lo menos, formar clases a las que pueden aplicarse las "leyes de probabilidad".

En las ciencias de la naturaleza no humana, la comunicación establece simultáneamente la objetividad del tema y su validez. El conocimiento adopta la forma de leyes descriptivas, el otro tipo principal, y éstas se interpretan en función de esas fuerzas como causalidad. En el terreno humano, los motivos de la conducta son los deseos y los juicios de valores. Aquí la comunicación proporciona información directa, que difiere de las consecuencias de la conducta observada por los sentidos y prueba que no hay fuente de información completamente exacta. La dificultad emana del hecho de que los hombres sólo en parte son mecanismos que reaccionan automáticamente; además, tienen intereses activos recíprocos y personales, así como conciencia del mundo. Se distinguen categóricamente hasta de los animales superiores, que indudablemente "saben" o "sienten" qué es lo que tienen que hacer, y en general hacen lo que es bueno para ellos sin preguntar ni pensar nada, porque esto depende de la cultura y de la comunicación simbólica. Al adquirir cultura (esto es, al reemplazar el instinto) y al desarrollar sus mentes, los hombres pierden este conocimiento natural. Se encuentran ante muchas incertidumbres y, lo que es más raro todavía, han llegado a creer muchas cosas que saben perfectamente que son falsas y absurdas, y que muchas veces provocan una acción destructiva. En su vida mental, los hombres son románticos y

sentimentales; la verdad no interesa por encima de todo; muchos tipos de ficción, poesía y humor les son más interesantes que los hechos; y el atractivo de la verdad depende de su utilidad, sobre todo en el sentido biológico.[7]

a) Leyes descriptivas

Dirijamos ahora brevemente nuestra atención a las leyes descriptivas. No se llaman justas o injustas, pero

7 "Verdad" es afín de "justicia", y la palabra es un recordatorio de que la semántica de nuestro tema es materia de interés para la historia y el entendimiento. El significado primitivo de la palabra inglesa "*truth*" fue fidelidad o lealtad, no "verdad" (*Cfr.* el alemán *Treue*), y "*belief*" (creencia) se relaciona con "*love*" (amor), "*leave*" (dejar), etc. El valor de estos conceptos era emocional, no cognoscitivo (como la risa y el llanto son probablemente anteriores al lenguaje). Aun en castellano, aunque con menos autenticidad lexicológica que en inglés, hablamos de "un amigo verdadero" y una "afirmación verdadera", en distinto sentido. (En inglés, "*true friend*" y "*true statement*"). En los idiomas actuales, apenas hay palabras para expresar los hechos y las causas positivas, como no sea superponiendo, como se ha hecho principalmente en los últimos tiempos, esos significados a vocablos anteriores que reflejaban el punto de vista que los hombres primitivos tenían del mundo antropomórfico, animístico y moralístico. No nos gusta reconocer nuestra ignorancia de lo que percibimos e interpretamos como datos primarios: la ciencia moderna tiene motivos mejores que los que supusieron Platón y los idealistas para considerar los fenómenos mentales menos materiales que reales. No cabe duda de que la relación entre la mente y el cuerpo es imposible de explicar de manera inteligible.
La palabra "justicia", "ley" y otras por el estilo se prestan a grandes vaguedades de interpretación. En distintos grados y contextos, "justo" y "legal" pueden ser sinónimos o contrarios, y "justo" tiene muchas acepciones y frecuentemente se toma en los dos sentidos de "verdadero". "Equitativo" se aplica a los deportes y juegos, en el sentido de acomodarse a sus reglas y enaltecerlas, pero es un juicio de valores que resiste a la definición. La palabra inglesa "*right*" (derecho), de que tanto se ha hablado, es etimológicamente connotativa de algo moral o legal y significa "regular". Los términos correspondientes francés y alemán "*droit*" y "*Recht*" son más ambiguos. Hume y Mill redujeron la justicia a la utilidad. El segundo da cinco significados de la palabra "injusticia" en *On Liberty;* hay alguna confusión en la lista, pero no es este el lugar de discutirlo.

deben estudiarse porque coinciden con el tipo imperativo desde no hace mucho tiempo. Lo que se hizo en el pasado fue el contenido original de lo que debe hacerse ahora. El primer imperativo fue sin duda seguir el camino trillado, sin desviarse de él ni oponerse al curso regular de la actividad. Las limitaciones humanas y su sumisión a la costumbre aseguran que lo que es debe ser siempre el principal contenido de lo que conviene ser, pese a las quejas y al descontento. En los orígenes de la humanidad se produjo sin duda esa compulsión cuando nuestros antepasados adquirieron conciencia de que existían leyes descriptivas, pero que podían violarlas. E indudablemente, pronto hallaron diversos motivos para ello.[8] Pero todavía se predica como norma de conducta –injustificada y sin sentido– la de "seguir la naturaleza". La acusada tendencia de la libertad a ocasionar divergencias y desorganización (suponiendo que la naturaleza humana era más o menos como la conocemos) pudo haber producido por selección natural la mentalidad que hizo de la costumbre algo imperativo, sagrado e inalterable. Pero muchos "porqués"

8 Entre esos motivos estaba, sin duda, el deseo innato de novedad, especialmente la "rivalidad", heredada de los antepasados animales, pero suprimido en ellos por el dominio consecutivo. La racionalización posterior ha ennoblecido el amor a la libertad –que, de hecho, en gran parte se confunde con la codicia del poder– y ha reducido considerablemente a la influencia de la tradición y del mando autoritario. El sentido de la obligación puede haber surgido en el conflicto de la lucha contra la huida: a este impulso egoísta se opone el deber de defender a los hijos, al ganado, el domicilio o el territorio. Virtud y valor pueden ser sinónimos, pero también indica su etimología el control moral de las relaciones sexuales, que tuvo que haberse desarrollado como instinto, y el sistema de orden de dominio dejó de constituir control suficiente.

históricos sólo se contestan a base de hipótesis que plantean problemas igualmente insolubles.[9]

No hace falta que nos detengamos en las leyes descriptivas, después de advertir la relación compleja y paradójica que existe entre ellas y los imperativos por lo que hace a la naturaleza y conducta humana. Esta relación es de diferencia categórica en principio, pero invade considerablemente la experiencia concreta, haciendo imposible establecer una distinción perfectamente definida. Para la mente moderna científicamente compleja, la explicación de los fenómenos viene a reducirse a buscar y aplicar las leyes en el sentido de "uniformidades de coexistencia y sucesión", según el sistema positivista de Comte.

En el pensamiento preliberal, era al revés: la explicación estaba en función de los motivos; el "porqué" fue originalmente un caso instrumental del pronombre relativo, lo mismo que el *pourquoi* francés, el *warum* alemán y el

9 La objeción sobre el mecanismo de la ciencia natural y la inaplicabilidad de los juicios críticos (aprobación o desaprobación contra gusto o repugnancia) en relación con ella debe hacer una excepción respecto a los animales superiores por lo menos. Su mentalidad se manifiesta de múltiples maneras, sobre todo al hacerse compañeros y amigos, miembros virtualmente adoptados de familia, o antagonistas del hombre. La ley civilizada les reconoce derechos y les brinda protección. Su papel como bestias de carga es ambiguo y plantea espinosos problemas a la investigación científica.
Los individuos no sólo tienen gustos y repugnancias estéticas, sino que suelen personificar los objetos naturales, y hasta las abstracciones y el universo, alabándolos o reprendiéndolos, amenazándolos y maldiciéndolos. Se trata, sin duda, de un vestigio antropomórfico, que no puede compensarse reduciendo al hombre a términos físicos. El hombre es, sobre todo, el animal que habla, y no estará mal advertir que la mayor parte de sus afirmaciones formalmente declaratorias son figurativas en mayor o menor grado.

why inglés. Moliére ridiculizó la explicación científica cuando puso en boca de su médico la frase ilustre de que el opio produce sueño porque posee una "virtud dormitiva". Esto es lo único que hace la ciencia, aunque nosotros sustituiríamos la palabra "virtud" por "cualidad" o "naturaleza". Sólo puede darse una explicación así de los fenómenos naturales inanimados, donde no hay intención.[10]

En los fenómenos humanos, no puede negarse que la conducta se explica en parte por motivos conscientes, que la "conducen", pero también obedecen en gran parte a leyes positivas descriptivas, tanto en lo físico como en lo mental, en el pensamiento, en los sentimientos y hasta en los juicios de valores. Pero hay un resto de elección que supone voluntad. Es prácticamente evidente y reconocido por todos que tenemos cierto grado de libertad

10 Se discute cuál es la diferencia entre fenómenos intencionales y no intencionales, sobre todo en los fenómenos de la vida. Parece que involuntariamente reconocemos intencionalidad a estos, aun no reconociéndoles conciencia. Los mecanicistas de la biología y la filosofía dan carácter intencional a la función, la adaptación y la lucha por la vida, cuando no intentan probar una teoría contraria. Y los idealistas en el proceso cósmico general. La dificultad es que las intenciones de la naturaleza parecen ser contradictorias, sobre todo en biología. Ahí está el caso de la tela de araña, que tiene una gran finalidad desde el punto de vista de ella, pero todo lo contrario desde el ángulo de la mosca. Los ejemplos más notables de una adaptación evidentemente ingeniosa se observan en las especies parásitas y predatorias.

Debemos advertir que no puede explicarse la conciencia, ni a la luz de la física y de la química, ni como función biológica. No negamos que sea funcional en los animales que la manifiestan lo mismo que nosotros, pero no sabemos cómo ni por qué. Esto ha hecho que algunos pensadores, sobre todo los sicólogos de la conducta –los "behavioristas"– se inclinen a negar su existencia en el hombre, porque la negación es también un acto intencional. Desde luego, el lenguaje permite estas contradicciones en las sentencias gramaticales.

real, la cual supone una imprevisibilidad completa. El científico concretamente no puede explicar su actividad característica en términos científicos, aunque trate de hacerlo en función de leyes positivas y tienda a aplicarlas a los fenómenos humanos. Implicaría una petición dialéctica de principio y sería como decir que uno no está diciendo nada, o pensar que no piensa, cometiendo una absoluta contradicción.

Parece extraño que tardasen tanto tiempo las mentes humanas –las mejores– en distinguir explícitamente las dos clases de leyes. Se desorientaron completamente con el filosofismo del siglo dieciocho. Ahora, desde luego, se insiste mucho en la distinción entre lo que es y lo que debe ser, dejando a un lado u oscureciendo la distinción entre lo que se desea y lo que debe ser, o sea, la relación en que se plantean los problemas de conducta y de convivencia social. Pero la diferencia entre desear y valorar objetivamente es vaga. Los valores tienen un grado y un tipo de objetividad afín a los objetos percibidos, que debe reconocerse para que existan la sociedad y la vida humana, aunque su base sea muy distinta. Pero sólo por medio del reconocimiento general de los valores comunes y principales, pueden conciliarse los deseos en conflicto y conservarse la paz y el orden. Y, por otra parte, el ideal de la libertad personal confiere cierto carácter de justicia a los deseos individuales. Esta libertad está limitada, primero, por la obligación de respetar la de los demás, y mucho más por los valores sociales que no pueden reducirse a deseos individuales, y que muchas veces están en pugna y son considerados más importantes que ellos.

El rasgo distintivo de que blasona el hombre, es su inteligencia superior. (Se llama a sí mismo "*homo sapiens*", hombre sabio, inteligente). Pero la expansión de la ciencia ha redundado fatalmente en la limitación de la inteligencia, restringiéndola a la misión de permitir satisfacer sin discriminación los propios apetitos, desdeñando su legitimidad, razón y compatibilidad. La naturaleza original de la inteligencia pudo haber sido biológicamente funcional, tendiente a la supervivencia y expansión de la especie; pero no lo sabemos ni podemos saberlo, y hay motivos para creer que siempre ha estado al servicio de otros fines y funcionado de forma que no se acomoda a la teoría instrumentalista. De todos modos, el papel de la inteligencia científica es de instrumento para descubrir las leyes descriptivas, que permiten al ser humano actuar inteligentemente en el sentido de predecir las consecuencias de sus actos y, por tanto, polarizar su conducta hacia un resultado propuesto. No tiene que ver que sea bueno o malo: revela alternativas, pero no las compara para elegir entre ellas. Esto lo hace otro tipo de inteligencia, la facultad crítica, y la elección concierne a otro poder, el de la voluntad. (Como hemos dicho antes, también es verdad que el conocimiento científico es deseado por sí mismo y reconocido como un valor objetivo).

Debe observarse que las leyes descriptivas adoptan dos formas y predicen de maneras distintas. (No hay por qué explicar aquí la íntima relación de ambas). Las leyes científicas conocidas predicen hipotéticamente: si A ocurre o es observado, se indica la existencia de B. Teóricamente, afirman una relación funcional cuantitativa

entre las cantidades medidas de A y B. Como se basan en uniformidades de asociaciones o "secuencias" observadas antes, son extraordinariamente útiles para provocar o impedir hechos naturales por venir, o para inferir la existencia de hechos no observables de momento. En las relaciones humanas el conocimiento de sentido común de este tipo es útil dentro de ciertos límites, pero por razones ya expuestas, esto no llega muy lejos; los intentos de perfeccionar por medio de la investigación sistemática la experiencia ordinaria no han tenido mucho éxito.[11]

b) Leyes históricas

La otra subespecie es la de las leyes históricas, que utilizan además un procedimiento distinto de predicción, proyectando una serie de acontecimientos en el tiempo, que manifiestan una tendencia de cambio. La ciencia histórica ideal se encuentra, en el campo de la naturaleza en la astronomía, que predice exactamente lo que va a ocurrir, no sólo hechos condicionales. Este método, llamado de "extrapolación" –o deducción, partiendo de hechos conocidos– se emplea también en las ciencias de laboratorio en relación con las series temporales y otras, y el de la uniformidad de asociación se utiliza en los estudios históricos. En este sentido, toda ciencia difiere más o menos de las demás. Los conceptos y métodos biológicos son muy distintos de los de la mecánica física, considera-

11 Esto debería haberse previsto. La idea de que el procedimiento por el cual predecimos y controlamos la naturaleza inanimada, con la cual tenemos una relación unilateral de conocer y ver, debería capacitarnos para predecir y controlar lo que atañe a nosotros mismos y a los demás, carece de fundamento y de deseo de hallar la verdad, aunque tiene muchos defensores.

da comúnmente como tipo ideal de ciencia. Los fenómenos humanos y sociales son en gran parte culturales o institucionales y deben estudiarse más que nada históricamente. Pero los esfuerzos por establecer leyes históricas predictivas han tenido menos éxito aún que los desarrollados por descubrir leyes basadas en "constantes" y en la repetición. En el campo natural, la meteorología no logra satisfacer del todo las necesidades prácticas humanas; pero las razones son distintas. Como hemos dicho, los fenómenos mentales y culturales no pueden clasificarse exactamente ni en realidad medirse; se procede en ese campo a base de conjeturas principalmente.

Los problemas graves de justicia surgen sobre todo en el campo del derecho penal y en la distribución de cargas y beneficios de la vida económica. En el terreno económico ha sido más fructuoso el esfuerzo por arbitrar métodos de predicción. De hecho, según avanza la civilización parece intensificar el escepticismo respecto a la eficacia del castigo y de la justicia. La economía puede predecir limitadamente sólo y porque opera a base de datos que pueden clasificarse y medirse más o menos exactamente, y cuyos cambios acusan tendencias más claras que en otros campos. Pero la función principal de la economía no es precisamente predecir, sino explicar cómo funciona la organización de mercado libre sin dirección centralizada, para permitir satisfacer relativamente los deseos individuales con los medios y técnicas disponibles, y perfeccionar éstas, todo ello operando libremente. Los casos concretos dependen de los deseos, medios y técnicas de un determinado tiempo y lugar; y explicar y predecir estos

hechos y cambios no compete tanto a la economía como a la historia. La justicia económica es el problema jurídico y moral más acuciante de las sociedades libres, sin que pueda darse una solución real, porque son distintas las normas y no hay un denominador común para valorarlas. La organización del mercado según la teoría económica "pura", llamada de "competencia perfecta", es ejemplo de libertad completa: cada parte tiene iguales oportunidades para escoger, sin que una pueda imponerse a la otra. Así se daría a cada participante el valor equivalente a su contribución a la producción total (en forma de servicios personales o de propiedad). Pero no puede llegarse, por muchos motivos, al sistema mecánicamente ideal y, aunque se pudiese, el resultado sería no sólo injusto, sino intolerable. Los miembros subordinados de la sociedad sólo participarían mediante la caridad, y la acumulación distinta de la capacidad productiva en manos de los miembros poderosos marcaría cada vez más las diferencias en la participación: "A quien tiene, se le dará". Y diferirá más y más según el costo del sacrificio o la necesidad y otras normas de merecimiento, según la necesidad social de eficiencia y otros valores que deben tomarse en cuenta junto con la contribución a la producción. En realidad, no hay fórmula completamente satisfactoria y eficaz de justicia distributiva.

Conclusión

Ya hemos indicado la conclusión general de esta exposición prolija, pero aún así, imperfecta. El que quiera hablar o escribir sobre la justicia debe advertir diariamente que no se trata de un ideal general y positivo, sino

de la ley, tal como es o tal como debería ser eliminando o atenuando las injusticias. Y para hablar con sentido común, el cambio debe estudiarse con algún detalle y presentarse como viable y como una mejora en general. Es decir, deben exponerse razones convincentes para juzgarlo así; pero este tipo de asuntos nunca puede "demostrarse", y debe razonarse a base de sopesar y calibrar los pros y los contras.

LA LEY Y LOS JUECES

(*VALORES POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL POSITIVISMO*)

*Eberhard Schmidt**

SUMARIO

I.1. Positivismo jurídico.- 2. Positivismo científico.- 3. Positivismo legal.- II. La ciencia del Derecho y la legislación.- III. Rectitud del derecho, rectitud de la ley y seguridad jurídica.- IV.1 Oposición entre la ley y la justicia.- 2. Derecho natural.- V.1. Leyes que no constituyen Derecho.- 2. Leyes justas responsabilidad del legislador.

* **Nació el 13 de febrero de 1938 en Celle, Alemania. Estudió Derecho en la Universidad de Goettingen (1971). Fue profesor en las Universidades de Bochum y en la de Heidelberg. Entre sus obras más importantes destacan: *Constitución* (1969), *Ley de Planeación Urbana* (1972), *Ley Administrativa* (1982), *Ley Ambiental* (1991), *Ley del Procedimiento Administrativo* (1996), *Los Principios Generales de la Ley Administrativa* (1998).**

I

1. Positivismo jurídico

Lo que hoy designamos con el nombre de "positivismo" (jurídico) cobró forma gracias a la tarea llevada a cabo por juristas de tan fina sensibilidad como Binding, Merkel, Windscheid. No es mucho, pues, que continuemos preguntándonos por el sentido, la necesidad histórica y el valor de ese positivismo, por más que el tiempo y los acontecimientos hayan puesto mucha distancia entre ellos y nosotros. Si tratamos de averiguar las razones por las que el positivismo del siglo XIX se ha desacreditado, esto equivale a esclarecer la situación en que nos encontramos los juristas en la actualidad. Pero, puesto que todo lo jurídico está relacionado con los jueces, tal vez sea esta la manera de acercarnos a los problemas que plantea la profesión de juez, que expresamos con la fórmula de "los jueces y la ley" y constituyen el objeto de este ensayo.

2. Positivismo científico

El Profesor Wieacker, en su *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, que está próxima a aparecer[1] y que yo he podido ver, con admiración y entusiasmo, en las pruebas de imprenta, describe cómo la ciencia pandectística del siglo XIX sirvió de base a un "positivismo

1 Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Cito a continuación del cap. 22 ("La ciencia pandectística o el predominio del positivismo científico") y del cap. 23 ("La transición del positivismo científico al legal"). Hay traducción española de esta obra: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. de Francisco Fernández Jardón, Edit. Aguilar, Madrid, 1957. (N. del T.)

científico". Por tal hay que entender una concepción que deriva todos los preceptos y todas las decisiones jurídicas de los conceptos y principios de la ciencia del Derecho. El jurista que quiera comprender los preceptos o elaborar las decisiones jurídicas no tiene más que representarse el sistema de los conceptos de la ciencia del Derecho. Las "consideraciones extrajurídicas, tales como las de carácter religioso, las de ética social, las derivadas de la concepción del mundo, las económicas o las sociológicas" no desempeñan ningún papel ni con respecto al *ethos* ni con "respecto a la conciencia del jurista". En especial, a las finalidades económicas y sociales no les puede dar el jurista "la virtualidad de crear Derecho o de cambiarlo". No tiene por qué preocuparse de lo que no se le presente en el sistema cerrado de los afiligranados conceptos jurídicos.

Gracias a este punto de vista pudo sustituirse plenamente la falta de un Código General de Derecho Privado alemán por la "Dogmática jurídica general" derivada de la ciencia pandectística. Esta dogmática científica fue decisiva para la jurisprudencia y la aplicación del Derecho, incluso en el estado alemán que disponía de una codificación legislativa completa, esto es, en la Prusia del Derecho territorial general del año 1794, gracias al estilo plenamente pandectístico con que este código había sido elaborado y desarrollado en los sistemas didácticos.

Pero Wieacker nos muestra a su vez, en el campo de la historia del Derecho Privado, cómo este positivismo científico se convirtió a finales del siglo XIX en un positivismo legal. Esto era inevitable porque la significación primaria

de la dogmática científica tuvo que retroceder, desde el momento en que pasaron a ser decisivas para la jurisprudencia las "leyes establecidas por los órganos constitucionales de la legislación, es decir, al menos intencionalmente, por la voluntad popular". Esto se realizó en el Derecho Privado con la legislación dada en Alemania entre 1877 y 1900, y en el Derecho Penal y Procesal con los numerosos códigos particulares que había ya entonces en los Estados de la Federación Alemana. Pero, tal como Wieacker ha puesto certeramente de manifiesto, todas estas leyes eran "todavía casi exclusivamente un producto del mismo positivismo científico". Es posible que la mejor demostración de la rectitud de este aserto sea la historia de la legislación penal desde los mismos comienzos del siglo XIX. Desde 1813 hasta 1871 está totalmente dominada por el influjo de Feuerbach.[2] No hay ningún Código Penal de esta época que no incorpore el concepto de la pena como prevención general orientada a la práctica, así como su teoría de la coacción psicológica, y que no los convierta en la clave de todo el sistema, por más que desde mediados de siglo ya tienda a dar una consagración mística a esta escueta concepción racionalista de la pena la teoría dialéctica de la retribución propuesta por Hegel.[3] Ahora bien, precisamente en los códigos penales sometidos al influjo de Feuerbach podemos observar que el positivismo legal que ellos hicieron posible, y quisieron

2 *Cfr.* sobre esto, Eb. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege,* 2a. ed., 1951, págs. 222 y sgs., 250 y sgs., 292, 303 y sgs.

3 Kohlrausch, *Die geistesgeschichtliche Krise des Strafrechts. Berliner Rektoratsrede,* 1932.

realizar, fue obra del espíritu científico y se basa en el positivismo científico, que con anterioridad a su redacción del Código Penal de Baviera del año 1813 había elaborado Feuerbach con todo rigor científico, sobre la base de principios iusnaturalistas, el concepto de la pena, con el cual estaba convencido de que la razón humana había conquistado una originaria verdad iusnaturalista, y se había perfeccionado a sí misma en este aspecto. Por eso Feuerbach calificaba su concepto de la pena, de prevención general y de castigo de la acción, como un "concepto originario".[4] A partir de este concepto originario puede establecerse deductivamente todo el sistema penal y todo el mundo conceptual del Derecho Penal. En definitiva, lo que se diga sobre la pena que ha de imponer el Estado es lo que decide todo, principalmente, desde luego, la doctrina de la imputación que, propiamente hablando, abarca toda la doctrina del Derecho penal general. El gran mérito de Feuerbach en su *Revisión* y en el *Tratado* consiste en primer lugar en desarrollar en un sistema compacto todo el edificio conceptual del Derecho Penal partiendo de su concepto originario de la pena, que le es científicamente conocido. Desde esta dogmática, sistemáticamente cerrada transfiere luego sus conocimientos científicos al lenguaje de la ley, que de este modo participa de la conceptuación estrictamente científica y cuyos conceptos deben estar armonizados entre sí al igual que en un sistema científico.

4 Feuerbach lo expuso en su *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe der positiven peinlichen Rechts,* tomo I, 1799; *Cfr.*, a este propósito, Eb. Schmidt, en *Monatschriff für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform,* 1942, págs. 208 y sgs., así como *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege,* páginas 226 y sgs.

Pero, precisamente en estos comienzos de la gran tarea legislativa del siglo XIX, se pone de manifiesto al mismo tiempo la justificación del trabajo científico de conceptuación y las razones por las que este trabajo aspira justificadamente a constituir la fundamentación de las leyes. Feuerbach, a quien se ha llamado el "padre del Derecho natural", lo introdujo en el campo del Derecho Penal con su concepto de la pena y todas las consecuencias que de él se derivan, puesto que en ese concepto originario de la pena puede verse el resultado último y plenamente desarrollado de la razón humana jurídica. Por eso puede calificar con plena convicción científica su código de Derecho Penal de Derecho Natural en fórmulas legales. Y esta convicción persistió fundamentalmente con respecto a todos los códigos: los particulares derivados del de Baviera y el del Reich del año 1871.[5] En todos ellos tuvo su parte la ciencia del Derecho Penal, a todos ellos les proporcionó constantemente la garantía de una rectitud en último término incondicional. Lo que fue para el Derecho Civil la *ratio scripta del corpus iuris,* proporcionada por la pandectística, eso vino a ser la dogmática penal, basada en el concepto originario de la pena de Feuerbach, para el Derecho Penal. La dogmática de la ciencia jurídica garantiza, pues, la rectitud iusnaturalista de todas las leyes que ella ha inspirado en todo el ámbito del Derecho Penal. Permite a los juristas que trabajan sobre estas leyes, y en especial a los jueces que las aplican en la práctica, tener confianza en que ha de ser

5 *Cfr.* Paul Bockelmann, *Richter und Gesetz* (Homenaje a Rudolf Smend), 1952, pág. 29.

justa cualquier decisión que se derive de estas leyes, de acuerdo con un método apropiado a un sistema conceptual estrictamente científico. Tenía que resultar contraproducente mirar de soslayo a otros valores distintos de los inmanentes a la ley: no tendría otro resultado que el de apartar del verdadero espíritu de la ley y el de llevar así a decisiones "incorrectas".

Las leyes del siglo XIX que se apoyaban en ese conocimiento objetivo estrictamente científico podían ostentar con toda razón el nombre de "ley". Tal era el sentido de los esfuerzos de Feuerbach por lograr una legislación penal para Baviera que se fundara en los más sólidos conocimientos científicos: establecer una "ley" que respondiera verdaderamente al concepto de "ley" que arrancaba de Montesquieu y presuponía en todos los espíritus más destacados de la época.[6] Para los pensadores de los siglos XVIII y XIX no es "ley" cualquier expresión de voluntad libremente formulada por los poderes del Estado que tengan facultades para mandar. "Las leyes –según comienza Montesquieu su *Esprit des lois*– son relaciones que surgen necesariamente de la naturaleza de las cosas". "La ley –leemos luego en el libro I, capítulo 3 de la misma obra– es la razón humana, en cuanto rige a todos los pueblos de la Tierra, y las leyes civiles y del Estado de cada pueblo no tienen que ser más que los diversos casos de aplicación de esta razón humana". Tal

6 Mayores precisiones sobre esto en Eb. Schmidt, *Montesquieu "Esprit des lois" und die Problematik der Gegenwart von Recht und Justiz,* Kiesselbach, volumen de homenaje, 1947, págs. 177 y sgs.

concepción supone que cada "ley" que haya que dar coloca al legislador ante una tarea que sólo puede llevarse a cabo con la máxima conciencia de responsabilidad. No se trata solamente de un acto de voluntad orientado por determinados puntos de vista, de un *stat pro ratione voluntas*. Esos serían los procedimientos de los déspotas, cuyos mandatos, según Montesquieu no pueden calificarse de "leyes".[7] Había un profundo sentido en la doctrina del Derecho natural a partir de Grocio,[8] en cuanto eliminaba de la fundamentación del Derecho, tanto divino como estatal, todo elemento volitivo, en cuanto consideraba el Derecho como algo que precedía a toda imposición, sea divina o sea por parte del Estado, en cuanto veía en el Derecho lo que "originariamente se impone por sí mismo", el *ordo ordinans,* no el *ordo ordinatus,* tal como nos lo muestran los profundos estudios de Cassirer sobre el origen y esencia del Derecho natural. Ahora bien, según la concepción de Montesquieu y la de los juristas de los siglos XVIII y XIX, tan influidos por él, y entre ellos también Feuerbach, las leyes sólo tienen "calidad de Derecho" cuando participan de esta realidad *a priori* del concepto de Derecho. Porque sólo entonces realizan la idea del Derecho como *ordo ordinans* y son expresión de la originaria razón que garantiza la conexión, plena de sentido, del mundo y del cosmos.

7 Montesquieu, *Esprit des lois,* lib. VI, cap. II; también lib. II, caps. I, IV y V.

8 *Cfr*., sobre eso y lo que sigue, especialmente, Ernst Cassirer, "Vom Wesen und Werden des Naturrechts", *en Zeitschrift y für Rechstsphylososphie,* Bd. 6, págs. 1 y sgs., especialmente 7 y sgs.

Este concepto de la "ley", dotado de un determinado contenido por la idea del Derecho, se impuso, tras la gran tarea de legislación del siglo XIX, en el campo del Derecho Penal y del Civil, del Constitucional y del Procesal, precisamente por ser un producto de una rigurosa ciencia jurídica. La identificación de la ley con el Derecho, que sólo así es posible, se impuso a todos los grandes juristas y, a través de ellos, a los mismos legisladores. Las mismas ideas que animaban a Feuerbach, al establecer el Código Penal Bávaro sobre la base de su "concepto originario" de la pena, impulsaron así mismo a Franz V. Zeiller,[9] creador de la legislación penal y civil austriaca. "El Derecho –dice V. Zeiller en 1810– no es ninguna chapucería humana, una institución de los ciudadanos. Los derechos radican en el carácter de un ser racional y proceden de la razón. Tienen validez en virtud de la razón, sin necesidad de presuponer un convenio o pacto social, la formación del Estado no tiene más función que garantizarlos e imponerlos frente a cualquier ataque, gracias al supremo poder irresistible de coacción".

Se pudo confiar a la ciencia jurídica, como representación de la razón jurídica, la garantía del Derecho, con tanto más razón, cuanto que era indiscutible la buena consideración de la ciencia jurídica no sólo en los ministerios y entre los gobernantes, sino también entre la opi-

9 Franz von Zeiller, *Vorbereitung zur neusten österreichischen Gesetzeskunde im Straf–und Civil-Justiz–Fache* (en la edición de Erik Wolf, *Deutsches Rechtsdenken,* H. 14).

nión pública y, por tanto, también ante los representantes del pueblo, de cuyas decisiones es de donde las leyes procedían en último término.[10] La autoridad de los juristas formados en ese espíritu, y de sus producciones científicas, permaneció inalterable mientras continuó en vigor y mantuvo su prestigio el espíritu burgués en el buen sentido de la palabra, el ideal humanista y el concepto kantiano del deber. Naturalmente, todo esto tenía también un fundamento político. Lo que proporcionó el positivismo científico al contenido de las leyes científicamente elaboradas "estaba en realidad en una inconsciente concordancia con las exigencias políticas y económicas de su época, que era la del liberalismo".[11] Esto se manifestó lo mismo en el Derecho Civil, con su concepto fundamental del Derecho subjetivo y las diversas manifestaciones a que da lugar, ante todo el derecho de propiedad y los derechos personales, que en el Derecho Penal, cuyo concepto de la pena como mera prevención general, con su función exclusivamente reparadora de la acción, sustrae a todo ataque por parte del Estado la personalidad intangible de todo hombre, incluida la del malhechor; y en el Derecho Procesal, en el que preside el principio de la voluntad de las partes, o, como en el caso del proceso penal, son evidentes los esfuerzos del Estado están armonizadas con los derechos de la personalidad, garantizados por la misma Constitución.

10 Sobre esto, ante todo, hoy en día Franz Wieacker, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna,* cap. 23.

11 Wieacker, *ob. cit.*, pág. 258 de la edic. alemana.

3. Positivismo legal

En la época del comienzo de la legislación sobre la organización de la justicia, el positivismo legal, derivado de la ciencia que entonces prevalecía, era un símbolo de la armonía de todos los elementos que constituyen una vida jurídica sana y ordenada. Fue éste el corto período de tiempo en el que no constituía ningún problema decir que el juez está vinculado por la ley. Gracias a que continuaba teniendo su validez la idea de la "ley" procedente de Montesquieu, y mantenida por todos los grandes juristas de los siglos XVIII y XIX, como la expresión cuidadosamente elaborada de la idea *a priori* del Derecho, esa sujeción del juez a la ley era la mejor garantía de una administración de la justicia muy razonable, aun cuando tan totalmente olvidado en nuestros días. El Derecho es funcionalmente distinto en cuanto se establece y en cuanto se aplica. Por consiguiente, el legislador tiene su específica responsabilidad, del mismo modo que el juez tiene también la que le corresponde. El legislador es responsable de que la ley contenga como precepto una parte del orden que se deriva de la naturaleza de las cosas, de que aparezca con toda claridad en cualquier orden de cosas que haya que regular la orientación hacia la justicia, de que en la consideración de cualquier finalidad impuesta por la vida social la idea del Derecho no sea desbordada por la de una crasa utilidad (independientemente de quien sea al que favorezca). Esta responsabilidad le corresponde en toda su amplitud al legislador y no debe descargarla en el juez. Este, a su vez, ha de poder confiar en que el legislador ha hecho todos los esfuerzos posibles

por dar expresión a la justicia y en que proporcionará con sus fórmulas legales unos criterios tales que, si se aplican correctamente, conforme a las prescripciones metodológicas y sobre la base de los principios científicos, darán por resultado un juicio justo sobre el caso concreto. El juez tiene ya bastante responsabilidad con llevar a cabo correctamente esa aplicación, tanto más, cuanto que también tiene que realizar primero la difícil tarea de una adecuada comprobación de los hechos. Nada dificulta tanto el orden que ha de reinar en un Estado como el que el legislador descargue en el juez lo que él mismo tendría que realizar, el que esquive su propia responsabilidad transfiriéndola al juez, que, de acuerdo con sus funciones judiciales, no la podrá soportar. Binding no perdía de vista cualquier actividad del legislador y exigía de él un esmero en la redacción de la ley igual al que exigía del juez en su aplicación. En el caso de que sea el legislador el que falle en la formulación de los supuestos de hecho, como, por ejemplo, ocurre en el artículo 185 del Código Penal, y por ese motivo no lleguen la interpretación y aplicación del Derecho a unos resultados seguros, "la culpa recae", como explicaba Binding irritado, "no en el que investiga la norma", es decir, en el juez, "sino en el legislador, que no le permite encontrarla". Cuando Binding acometió la empresa de redactar su obra sobre las normas, eran todavía los felices tiempos en que el legislador era conciente de la dignidad e importancia de su responsabilidad, y pocas veces incurría en semejante "culpa".

Pero entre tanto la población de Europa ha experimentado un proceso histórico que, junto a los más profundos

cambios sociales y a las catástrofes más atroces en lo político y en lo social, conmovió también en sus cimientos el mundo del Derecho, de tal modo que parecía ya carecer de validez todo lo que al siglo XIX le podía haber parecido como la máxima conquista y como una llegada a la meta. El "positivismo" se convirtió así en una expresión peyorativa. Nada peor puede decir de un jurista, sino que es "positivista". Apenas puede hoy nadie comprender que Binding[12] considerara como "su orgullo" limitar su trabajo al campo de las leyes positivadas. Pero nada se ha hecho tan problemática como la cuestión de qué es lo que propiamente vincula al juez, es decir, en último término, a qué se tiene que atener el juez en el cumplimiento de sus tareas judiciales, para que pueda decirse a sí mismo que ha cumplido con su deber y está libre de haber incurrido en ninguna responsabilidad. Tal vez lo que con más claridad nos pone de manifiesto la seriedad de esta cuestión sea el hecho de que hayan sido declarados reos de un delito contra la humanidad, por el Tribunal Supremo de Colonia, jueces que habían aplicado correctamente las leyes a unos supuestos de hecho que correspondían a la realidad y de quienes expresamente se atestiguó que no podían ser acusados de ningún tipo de violación del Derecho.[13] El juez que había aplicado correctamente la ley, ¡resultaba ser un criminal! ¿Puede darse un símbolo más desolador del total desconcierto en que nos ha sumido este siglo que gana en horror a cualquier otro?

12 En la Introducción a su *Handbuch des Strafrechts,* tomo I, 1885.

13 *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Penal*, tomo 2, pág. 269. Sobre esto, H. V. Eber, en *Neue Juristische Wochenschrift* (1950), págs. 272 y sgs.

II

La ciencia del Derecho y la legislación

Tengo que reducirme para no salirme por completo del marco de este ensayo, a señalar sólo esquemáticamente por qué tuvo que romperse la apretada armonía del positivismo legal y científico.

Apenas si había llegado a su desarrollo político por los años 50 y 60 del siglo pasado el tipo de hombre burgués –en el mejor sentido de la palabra– inspirado por el espíritu humanista y por la moral kantiana, cuando perdió de nuevo el control de la dirección, y en su lugar apareció por una parte, el "burgués" en el sentido peyorativo del término, y, por otra parte, el obrero en cuanto representante de una clase oprimida y enemiga de antemano de todo lo burgués. Empezó así este desgraciado proceso que había de desembocar en las revoluciones de este siglo. Entonces se disipa el prestigio de que gozaba en la opinión pública la ciencia, en cuanto no se tratara de las ciencias de la naturaleza técnicamente aprovechables. Al mismo tiempo cesaba el íntimo contacto entre la ciencia del Derecho y la legislación. Este es, a mi juicio, el momento decisivo para el esclarecimiento de todo lo que hay que decir de nuestro tema. Puesto que la legislación estaba en manos de las representaciones populares, de cuyo entusiasmo por la ciencia dependía plenamente el grado en que quisieran darle cabida en la determinación del contenido de las leyes, había el peligro de emanciparse, cuando pareciera bien, de ese influjo. La política de fuerza que supiera aprovechar para su fines las diversas

tendencias políticas que pugnaban entre sí en el seno de las representaciones populares, podía llevar a éstas a la aprobación de leyes que no podían ya ostentar la pretensión de ser emanaciones del Derecho, puesto que debían su existencia a puras consideraciones utilitarias de carácter político. Incluso un político de la categoría de Bismarck sucumbió a esta tentación en sus leyes para el progreso de la cultura y en la referencia a los socialistas.[14] La irrupción de las luchas sociales, con la emigración del campo y la industrialización, el problema de la aglomeración de masas en las grandes ciudades, la alteración y los métodos de la legislación del Estado, y generalmente para peor.

Las necesidades a que tenía que atender el legislador a partir del año 1914 exigieron elevar al máximo el número de revoluciones de la máquina de la legislación, al mismo tiempo que impedían hacerles preceder a las leyes una cierta preparación científica y provocaban un desplazamiento de la labor legislativa, desde el legislador a los representantes del poder ejecutivo, que, sobre la base de la ley de plenos poderes de 4 de agosto de 1914, se apresuraron a dictar leyes en numerosos campos que hasta entonces habían estado libres de la intervención estatal. La forma de decretos, que trajeron consigo las leyes de plenos poderes aprovechadas hasta el exceso, se convirtió en la prototípica del Derecho positivo, llenando amenazadoramente los tomos de las colecciones legislativas, que cada vez aparecían más hinchadas.

14 *Cfr.* Bockelmann (nota 5), pág. 29.

De este modo quedó devaluado el concepto de ley, con lo que tenía que destruirse la confianza en ella que los juristas habían heredado del siglo XIX, ese producto que tenía que ser suministrado con velocidad cada vez más acelerada no podía realmente ser considerado como un Derecho natural elaborado con una posición crítica cuidadosa. Semejante cúmulo de normas, orientado por la pura conveniencia, a menudo muy efímera, quedaba al margen del sentimiento del Derecho, no se tenía en cuenta con cuidado la contraposición de intereses ni la concordancia de una norma con otras. La ciencia y la práctica jurídicas siguieron con gran preocupación este proceso. Esa preocupación subió de punto cuando la necesidad obligó a que quedaran también afectadas, por este método degenerado de legislación por decreto, las leyes referentes a la administración de justicia. Aún cuando la nueva Constitución del año 1919 había reconocido como indiscutible fundamento del Estado de Derecho el principio de la separación de poderes, se llegó a base de ulteriores leyes de plenos poderes o la de 13 de octubre y la de 8 de diciembre de 1923, a una prolongación de la actividad legislativa por parte de ese gobierno dotado de plenos poderes, que podía adoptar todas las medidas "que considerara necesarias y urgentes para el pueblo y para el Reich". Refiriéndose a esta situación, hablaba Goldschmidt en un artículo que llamó mucho la atención aparecido en la *Juristische Wochenschritf* de 1 de marzo de 1924, de un "ocaso de la ley" y del final del Estado de Derecho. El positivismo jurídico científico, al que podemos designar también, siguiendo a Wieacker, como "legítimo", fue

desplazado ya en esta época por un positivismo jurídico de 1931[15] y especialmente luego, a partir del año 1933. El acaparamiento del poder que tuvo lugar en el Estado totalitario del Fuhrer despojó a la ley, no sólo de su forma, sino también definitivamente de su propia esencia. Cualquier finalidad política, cualquier disposición que agradara al detentador del poder, podía convertirse en cualquier momento en expresión de una mera fuerza y de una necesidad condicionada, y perder todo contacto con un deber verdaderamente obligatorio.

III

Rectitud del derecho, rectitud de la ley y seguridad jurídica

La ciencia y la práctica jurídica no permanecieron ciegas ante toda esta evolución. Surgió una nueva filosofía del Derecho y, como consecuencia, no se pudo mantener la teoría de las fuentes del Derecho, que había traído consigo la Teoría General del Derecho desarrollada a partir del pensamiento positivista, por lo demás olvidada de los fundamentos iusnaturalistas del positivismo, que todavía se podían ver claramente en Feuerbach. La cuestión que Stammler se planteaba sobre la "rectitud del Derecho" era, en el fondo, una cuestión sobre la rectitud de la ley, o, más en concreto, sobre su incontrovertible carácter de "Derecho". Todavía al estallar la guerra de 1914–1918 era extremadamente problemática la relación existente entre el Derecho y la ley y todavía más problemática la relación

15 Sobre esto, Radbruch, *Mitteilungen der Internat. Kriminalist. Vereinigung*, Neue Folge, tomo 6 (Reunión de Frankfort, 1932), págs. 178-79.

entre la ley y el poder judicial. Alrededor del año 1914 apenas si había alguno que creyera todavía que el "Derecho" está constituido por las leyes y la costumbre. Pero se consideraban muy discutibles las consecuencias que había que deducir de ahí con respecto a los jueces. En la confrontación científica entre Reichel y Radbruch[16] apareció con toda claridad esa pugna de opiniones. Pero mientras aquí se movía en las serenas esferas de la ciencia, las condiciones económicas de la época de la inflación la forzaron a entrar en la práctica de la vida jurídica. Ese era el sentido del famoso comunicado de 8 de enero de 1924[17] hecho público por los jueces adscritos al tribunal del Reich, el someter a la consideración del legislador por parte de la más alta representación judicial lo que Reichel había pedido en 1915 que se reconociera a los jueces, a saber, el poder declarar nula una ley, en el caso de que sea contraria a los sentimientos morales generales, de modo que no se la pueda considerar como expresión de la idea del Derecho.

¿Cómo se habrían desenvuelto las cosas si el propio Tribunal del Reich hubiera permanecido fiel a ese comunicado en el ulterior desarrollo de su jurisprudencia? Bien sabido es que no fue esto lo que sucedió, que no se impuso el derecho de los jueces a un control material de la legislación que las expresiones que a él hacen referencia, en las sentencias repetidamente citadas del Tribunal

16 Hans Reichel, *Gesetz und Richterspruch,* 1915, especialmente págs. 122 y sigs. En contra, Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie,* 3a. ed., 1932, especialmente págs. 83-84.

17 *Deutsche Richterzeitung* (1924), págs. 7-8.

del Reich, en los tomos 102, 107, 111 y 118 de la colección de sentencias de lo Civil,[18] son dudosas y hay que interpretarlas más bien en contra que a favor de ese derecho de control; e igualmente es bien conocido que de la propia jurisprudencia surgieron voces a favor de una obediencia incondicional a las leyes y que ni siquiera se llegó a una solución del problema en el ámbito de los trabajos de la ciencia jurídica. Aun cuando Goldschmidt,[19] Triepel,[20] el mariscal von Bieberstein[21] y otros proclamaron que era sólo el Derecho, no las leyes, el que era sagrado, y que el juez estaba sólo vinculado al Derecho y, por tanto llamado a hacer la crítica de las leyes, en su calidad de única autoridad del Estado que está en condiciones de poder oponerse al absolutismo del Parlamento y de la mayoría, sin embargo, fueron más importantes, más decisivas, más eficaces, las voces que se alzaron en contra, sobre todo las de Radbruch[22] y Anschutz.[23] Especialmente la posición de Radbruch a favor de una obediencia de su contenido, tuvo que producir una impresión tanto más profunda y encontrar un eco tanto mayor, en cuanto que Radbruch hacía de la necesidad del juez en los casos de conflicto una virtud, porque veía precisamente en la resignada renuncia del juez a su propia opinión la oca-

18 *Cfr. Jurisprudencia del Tribunal del Reich en Asuntos Civiles,* tomo 102, pág. 164; tomo 107, págs. 78, 317, 379; tomo 111, pág. 322; tomo 118, pág. 325. Sobre esto, Bockelmann, *ob. cit.,* pág. 31.

19 *Juristische Wochenschrift* (1924), pág. 249.

20 *Festschrift für Wilh. Kahl,* 1923, II, pág. 93.

21 *Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze,* 1927.

22 *Rechtsphilosophie,* 3a. ed., 1932, págs. 80 y sgs.

23 Die Verfassung des deutschen Reichs, 10a. ed., 3a. corregida, art. 102, N. 4.

sión para la mayor elevación moral de éste; y, por otra parte, reconocía en el juez que se acomodaba a una ley injusta el derecho a consolarse con la idea de que en todo caso había contribuido a la seguridad jurídica y de ese modo participaba incluso en la garantía de la justicia. Todavía en el año 1932, cuando ya nos encontrábamos en plena crisis con respecto a la ley, escribía Radbruch en este sentido.

IV

1. Oposición entre la ley y la justicia

El nuevo orden de las relaciones constitucionales establecidas en Alemania Occidental desde el año 1945 no ha hecho desaparecer en modo alguno la inseguridad que, de acuerdo con todo lo que hemos dicho, ha recaído sobre los jueces con respecto a cuestiones decisivas y fundamentales. Incluso se ha complicado tristemente la situación por el hecho de haberse planteado el problema de la responsabilidad de los jueces que en la época del nacionalsocialismo, como consecuencia de la aplicación de ciertas leyes, condenaron a algunos hombres; cuestión que se ha suscitado en conexión con la de los denunciantes, pero también con independencia de esta última, y que naturalmente ha provocado inquietud y preocupación en los círculos de los jueces.[24]

Pero ¿no se podría alegar que al establecer las Constituciones, y en concreto la de la República Federal,

24 Radbruch, en *Süddeutsche Juristenzeitung* (1946), columnas 105 y sgs.; Coing, *ibid*, columnas 61 y sgs.; Figge, *ibid*, columnas 179 y sgs.

se determina con palabras inequívocas la responsabilidad del juez con respecto a la ley y al Derecho? Sin embargo, la verdad es que, cuando consideramos las Constituciones, nos asalta inmediatamente la impresión de que la forma insegura y vacilante de expresarse sus redactores delata su falta de firmeza respecto a la cuestión de qué es lo que vincula a los jueces en su determinación de lo que es Derecho, es decir, qué es lo que ha de tener para ellos sentido de obligación.

La Ley de Organización del Poder Judicial habla al estilo antiguo de los "jueces únicamente sometidos a la ley". La Ley Fundamental, en su artículo 97, párrafo I, se expresa en los mismos términos sobre "los jueces". Pero con respecto a la "jurisprudencia" se dice en el artículo 20, apartado 3, que está "vinculada a la ley y al Derecho". Si esto es así, resulta que los jueces, que son quienes dan vida a la jurisprudencia, en contra de lo que dice el artículo 97, párrafo I, están no "sólo sometidos a la ley". Las Constituciones de los diversos estados dentro de la Federación manifiestan inseguridades totalmente similares. De la manera más extraña rompe con esta uniformidad la Constitución de Renania-Palatinado: según su artículo 1221, en efecto, los jueces están "sometidos solamente a la Constitución, a la ley y a su conciencia". Tomado al pie de la letra, esto significa que la sujeción a la ley ha de interpretarse según el leal saber y entender del juez. Pero el artículo 1 de la misma Constitución impone a la jurisprudencia, y, por tanto, a los jueces, la obligación de someterse "al Derecho natural", "a la ley moral natural" y a las "exigencias del bien común deter-

minadas de acuerdo con el Derecho natural". La cuestión sería saber si el juez puede, y hasta qué punto y de qué forma, hacer entrar en juego frente a la ley las "exigencias del bien común determinadas de acuerdo con el Derecho natural", es decir, en definitiva, el "Derecho natural", al que lo vincula el artículo 121; pero esto es precisamente lo que tendría que aclararnos la Constitución. Por eso mismo, queda todo sin aclarar. El problema de la "inconstitucionalidad" de una ley ha de someterse al tribunal de garantías constitucionales; pero queda por aclarar si significan lo mismo "inconstitucional" y "contrario al Derecho natural".

No tiene nada de extraño que en la práctica de los tribunales se haya podido apreciar igualmente un tanteo inseguro en cuanto se trata de caracterizar la posición y responsabilidad de los jueces.

El Tribunal Supremo de Colonia[25] formuló en cierta ocasión esta frase: "El juez está sometido a la ley y tiene que aplicarla en todo caso mientras no se lo prohíba la ley moral general". Por consiguiente, este alto tribunal niega la fuerza de obligar a las leyes que se opongan "a la ley moral general", sin que por lo demás se nos diga qué es lo que ella comprende. El Tribunal Supremo de Bamberg[26] distingue entre "leyes crasamente inmorales" y "leyes contrarias al Derecho natural", requiriendo la obediencia de los jueces para las primeras y la desobediencia con

25 *Neue Juristische Wochenschrift* (1949), págs. 473 y siguientes (475).

26 *Deutsche Richterzeitung* (1950), pág. 302, con comentarios de Welzel, pág. 303.

respecto a las segundas. Pero está todavía por decidir la cuestión definitiva de cómo determinar esa diferenciación. El Tribunal Administrativo Occidental[27] declaró como no obligatorias las leyes de la zona oriental en cuanto fueron "puros actos de arbitrariedad" o "contrarias a los principios constitucionales" (¿se puede hablar en ellas de "principios"?), o bien "las que fueron contrarias a las buenas costumbres y a la finalidad de prescripciones jurídicas vigentes". El Tribunal Administrativo de Wuppertal[28] no tuvo en cuenta en una ocasión la prescripción legal de aplicar la pena mínima del artículo 243, párrafo 2, del Código Penal, por considerar, según dice textualmente, que "las leyes no han de concebirse por más tiempo como algo rígido y totalmente inalterable, sin tener en cuenta para nada el sentimiento de justicia", puesto que, continúa, está "por encima de la ley positiva la conciencia del deber absoluto del juez con respecto al Derecho y a la Moral y a sus conciudadanos, a los que tienen que juzgar". Finalmente, el Tribunal Administrativo de Wiesbaden[29] declara que las leyes que "están en contradicción con el Derecho natural" eran "ya nulas al promulgarse", y designa luego como leyes contrarias al Derecho natural las que violan principios "que están tan íntimamente ligados con la naturaleza y la esencia del hombre, que su negación equivaldría a destruir la naturaleza ético–cultural del hombre".[30]

27 *Deutsche Richterspruch,* I (181), folio 19, *b).*

28 *Deutsche Richterzeitung* (1947), pág. 343, con comentarios de Peters.

29 *Süddeutsche Juristenzeitung* (1946), pág. 36.

30 En cambio, está orientado en sentido plenamente positivista el Tribunal Supremo territorial de Hamburg. *Monatsschrift für Deutsches Recht* (1947), págs. 241 y sgs.

¡Y con esto ya basta de ejemplos!

¿Qué es lo que nos enseña la inseguridad en la forma de expresarse las Constituciones? ¿Qué es lo que nos demuestra ese desamparado ir y venir entre los criterios objetivos y los subjetivos de las disposiciones citadas, y, por consiguiente, todo ese inseguro tantear en busca de palabras apropiadas a unas de valoración y a unas normas que nos sirvan para valorar el contenido de las leyes, poderlas presentar como "leyes que no son Derecho" y, por tanto, como no vinculantes para el poder judicial? Lo que inmediatamente se desprende es tan solo esto: que tanto los redactores de las Constituciones como los tribunales se mueven en un terreno que no les es familiar y que se enfrentan, ¡y hasta qué grado! con un problema no resuelto todavía.

No hay por qué maravillarse de esta inseguridad, puesto que la ciencia no ha proporcionado ningún punto de apoyo sólido.

El hecho de que Radbruch abandonara en 1946[31] aun cuando, por lo demás, con extremadas precauciones, el punto de vista sustentado en la Filosofía del Derecho de 1932 naturalmente no pudo hacerle perder la vista su intuición fundamental. Sigue todavía buscando, en el caso de que la positividad de una ley esté en contradicción con la justicia, el dar en todos los casos corrientes "la preferencia al Derecho positivo, asegurado por su formulación legal y por la fuerza coactiva aún en los casos en

31 *Cfr.* nota 24.

que –según su expresión– sea injusto en su contenido e inadecuado desde el punto de vista de la finalidad". Se decide a negar a la ley positiva su obligatoriedad y su validez tan solo cuando "la oposición a la justicia alcanza un grado tan intolerable, que la ley, en cuanto Derecho defectuoso, debe ceder ante justicia". Es, pues, una "cuestión de grado" el decidir si la oposición entre la ley y la justicia, podemos decir entre la ley y el Derecho, llega a tanto que anule la obligación de obediencia del juez y su vinculación a la ley. En sus trabajos de Filosofía del Derecho posteriores a 1946, Radbruch no terminó de desarrollar cómo se haya de resolver en concreto esta "cuestión de grado"; sólo da una orientación en su *Introducción a la Filosofía del Derecho*, y por cierto valiéndose de esta única expresión: el "Derecho natural".[32]

2. Derecho natural

¿Existe el Derecho natural? Tal vez mejor: ¿no existe un Derecho natural que nos proporcione con sus principios repletos de contenido los criterios de valoración para juzgar incluso las leyes? Este viejo problema tuvo que plantearse de nuevo. El "Derecho natural" estaba de nuevo en todos los labios. A veces se le manejaba como si se tratara de un asunto completamente seguro y esclarecido, a pesar de que las precauciones de Radbruch a este respecto eran suficientemente llamativas y deberían

32 Radbruch, *Vorschule der Rechsphilosophie,* 1947, pág. 108. Hay traducción castellana de W. Roces, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (F. C. E.), 3a. edic., México, 1965. (N. del T.).

haber supuesto un toque de alerta. Ciertamente hubo juristas prácticos, tales como Waldow, Ernesto Kern y Noldecke,[33] que negaron por completo su aprobación a todo intento de someter las leyes a una valoración iusnaturalista. Pero la fe en un Derecho natural manejable y utilizable era, en general, muy viva. La evocación del Derecho natural se hizo a veces con extremada ligereza, como nos lo muestran algunos de los juicios citados, o el artículo lo. de la Constitución de Renania–Palatinado. Se utiliza el vocablo como si se tratara de un concepto fijo, determinado en cuanto a su contenido; y se cree haber dicho bastante con proponer la exigencia de que las leyes concuerden con el derecho natural. Pero la cosa no era tan sencilla, como puso de manifiesto Helmut Coing[34] con su *Ensayo de una nueva fundamentación del Derecho natural*, del año 1947. Se trataba, desde luego, de realizar una tarea científica muy notable: facilitar el hallazgo de criterios valorativos concretos, que se presentaban como de Derecho natural y que debía ir más lejos que la propuesta de Radbruch, que no tenía más que un carácter indeterminado de pauta de orientación. De hecho, Coing llegó a establecer unos "principios supremos" como "contenido imprescindible de cualquier orden como principios fundamentales de carácter iusnaturalista venía a coincidir con lo que, de acuerdo con las exigencias políti-

33 Waldow, en *Monatsschrift für Deutsches Recht* (1948), pág. 338; Ernst Kern, en *Monatsschift für Deutsches Recht*, (1949), pág. 137; Noldecke, en *Monatsschrift für Deutsches Recht* (1949), pág. 537.

34 Helmut Coing, "Die Obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturechts". *Schriften der Süddeutschen Juristenzeitung,* H. 4, 1947.

cas del momento en Occidente, en oposición a la arbitrariedad legal de los nazis y de los bolcheviques, iba a reconocer dos años más tarde la Ley Fundamental de Bonn como derechos humanos derivados de la personalidad moral autónoma. Con todo esto, Coing no había desembarcado en un continente iusnaturalista, ni había abandonado en modo alguno el terreno de lo históricamente condicionado, como pusieron de manifiesto los magníficos estudios sobre el Derecho natural llevados a cabo por Welzel[35] sobre las mismas fuentes, en su libro *Derecho natural y justicia material* y en el breve escrito *Sobre la conciencia errónea*. Con ellos tenemos la prueba fehaciente de que no puede haber un orden de los valores determinado en su contenido, derivado de la naturaleza humana. Según las ideas que Welzel expone de manera convincente, la existencia de principios evidentes del Derecho natural, accesibles sin más a cualquiera y sustraídos a los errores de los hombres, no pasa de ser una utopía. Con esto Welzel pronunció también la palabra decisiva para criticar todas esas fórmulas que como tan fáciles y tan evidentes se habían presentado, acogidas incluso por la jurisprudencia, y que se había aplicado o se habían propuesto para la valoración de las leyes. Sólo en el caso de que contáramos con una ética material de los valores que pudiera darnos una respuesta general, plena de contenido, "a la cuestión decisiva sobre los contenidos

35 Hans Welzel, "Naturrech und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie, 1951, Ed. española, *Derecho Natural y justicia material*, trad. de Felipe González Vicén, Aguilar, Madrid, 1957. (Actualmente agotada, se prepara nueva edición). (N. del T.) Del mismo autor: *Vom irrenden Gewissen (en la Col. Recht und Staat,* H. 145), 1949.

justos de nuestras acciones", y, de consiguiente, también de las acciones prescritas por las leyes, estaríamos en condiciones de poder conocer en concreto si un precepto legal es "inmoral" o "contrario al Derecho natural". Pero es preciso considerar como fallidos todos los intentos de construir esa ética material valorativa de validez general.

V

1. Leyes que no constituyen Derecho

¿Hemos de darlo, pues, todo por perdido? ¿Termina todo en una duda nihilista? ¿Nos envuelven las olas de un mar de absoluta inseguridad? Ante la problematización de toda posibilidad de valoración jurídica supralegal de las leyes positivas, ¿tendremos que arrojarnos en los brazos de un positivismo total, sin contar para ello con la justificación o con la tranquilidad producida por la fe en la ley, propia del siglo XIX?

Ciertamente, no sería nada bueno que así tuviera que suceder. Pero precisamente, Welzel sería el último en querer resucitar un resignado positivismo jurídico, sobre la base de la destrucción total de esa esperanza renacida en la certidumbre de unos principios de Derecho natural con contenido propio y capaces de proporcionar juicios de valor concretos. Pero nuestros propósitos no pueden ser de conquistar las estrellas, sino de asentarnos bien en una tierra firme y bien fundamentada y acomodarnos a nuestra situación histórica y a nuestros condicionamientos.

La posibilidad de que existan leyes que no constituyan Derecho es para nosotros un principio de una certeza

incontrovertible. A todos los argumentos teóricos conocidos hay que añadir las experiencias del Tercer Reich y los resultados a que se ha llegado en la zona oriental. Y a pesar del tenor de los textos de la Ley de Organización del Poder Judicial, artículo 1, y de la Ley Fundamental de Bonn, artículo 97, párrafo I, está igualmente fuera de duda que las leyes formales que no constituyan Derecho no pueden vincular a los jueces. Puesto que lo que se dice "obligar" sólo puede ser efecto del Derecho, y la fuerza de obligar de una ley sólo se puede derivar de su carácter "jurídico". También una ley arbitraria, tras de la que se encuentre el poder de coacción del Estado, puede, naturalmente, "imponerse". Pero, gracias a Dios, podemos, incluso desde el punto de vista del Derecho positivo, apoyándonos en disposiciones como la de la Ley Fundamental, artículo 20, párrafo 3, llegar a la conclusión de que semejante imposición no puede ser asimilada a lo que entienden las leyes fundamentales de Alemania Occidental por vinculación de los jueces. Aparte de la resistencia a tal imposición se derivaría ya de la adhesión a los principios del Estado de Derecho, que está implícita en todo nuestro Derecho constitucional de la Alemania Occidental.

Pero así como es muy fácil decir, de acuerdo con esto, que el juez sólo está vinculado al "Derecho", y que, por tanto, en cuanto a las leyes que tiene que aplicar, sólo se entienden las que tengan carácter de "Derecho", es decir, que en la Ley de Organización del Poder Judicial, artículo 1, y en la Ley Fundamental de Bonn, artículo 87, párrafo 1, en lugar de "ley" lo que tenemos que leer es "Derecho"

sin embargo, es muy difícil extraer conclusiones respecto al comportamiento práctico de los jueces que no equivalgan a atribuirles a éstos una excesiva prerrogativa.

Si el juez debe tener en cuenta una valoración crítica de las "leyes", hay que atribuirle consecuentemente un derecho de revisión, que no se referirá tan sólo a la elaboración formal de la ley sin ningún vicio, sino también a su contenido material. No cabe duda de que, de acuerdo con nuestro Derecho constitucional, existe hoy ese Derecho de revisión. Pero revisión de una ley es lo mismo que valoración según una determinada medida. Y precisamente esta es la cuestión: dar con esa media, después de haber reconocido que no resolvemos nada con expresiones como "Derecho natural", "ley moral general" y otras por el estilo. Otra cuestión, aunque francamente mucho menos complicada, es la de si a cualquier juez puede encargársele de decidir sobre la obligatoriedad de una ley, o si tal decisión debe estar reservada tan sólo a determinadas instancias.

1. Vamos a tratar, en primer lugar, de la cuestión de la medida de valoración. Puesto que no contamos con principios de Derecho natural con contenido material ¿nos queda otra solución que encomendar la decisión a la conciencia jurídica subjetiva del juez? De hecho, Peters[36] y Rotberg[37] han visto en esto la solución. Sus famosas propuestas se reducen a esto: a que se permita desistir de la decisión de un caso concreto al juez que no pueda conciliar con su con-

36 Peters, "Das Gewissen des Richters und das Gesetz", *Gegenwarts probleme des Rechts,* N. F. H. 1, 1959.

37 Rotberg, "Zu einem Richtergesetz". *Beihefte zur Deutsche Richterzeitung, H.* 12, 1950.

ciencia la aplicación de una determinada ley. En mi opinión, difícilmente se puede pensar una solución desacertada. Está desacertada incluso en su planteamiento: porque no se trata en absoluto de sacar al juez de un aprieto, sino de someter la práctica jurídica al dominio incondicional del Derecho y de evitar los daños que puedan producir una ley arbitraria, debida, por ejemplo, a la aplicación desmedida del principio de la mayoría. Esto no se logra dejando a los jueces que abandonen el estrado del tribunal.

2. No sirve de nada decir que se trata de juzgar críticamente las leyes valiéndose de un método objetivo que se deriva de la idea y de la esencia del Derecho. Porque nos preguntamos si eso es posible.

Tal vez pueda aducirse a este propósito que no se está pidiendo con esto a los jueces nada completamente nuevo y extraño. Sino que ya se les había atribuido anteriormente algo similar; por ejemplo, cuando se trata de las causas de justificación o de exención de responsabilidad que no están contenidas en la ley. El juez considera que ha de tenerlas en cuenta siempre que, a pesar de no haber ningún motivo legal de justificación o de exención de culpabilidad, ha de confesarse a sí mismo que la última palabra sobre el valor positivo o negativo de la acción no puede ser la simple comprobación de la subsunción del comportamiento bajo un tipo legal. Pensemos en el modo como un Tribunal del Reich, a propósito de un caso de interrupción de embarazo por indicación médica,[38] se desprendió de la legislación positiva entonces vigente

38 *Jurisprudencia del Tribunal del Reich en Asuntos Penales*, tomo 61, pág 242.

(1927) y elaboró, valiéndose de consideraciones orientadas en un punto de vista muy abstracto y formal respecto a la distinción del proceder correcto e incorrecto, un principio de decisión, aplicable al caso concreto, del que se desprendía la justificación del médico acusado, no obstante la tipicidad del caso, de acuerdo con el artículo 218.

Ciertamente que no se emitió un veredicto negativo sobre el texto mismo del artículo 218, sino que simplemente se negó su aplicación a un caso concreto. Pero ¿por qué se negó esa aplicación? Tan sólo porque en ese caso no habría sido la realización del Derecho, sino de algo contrario al Derecho. Ahora bien, si por razones de justicia el juez puede negar la aplicación de una norma legal en unos casos determinados o incluso en grupos enteros de casos, es decir, considerarse libre en estos casos de su vinculación a esa determinada ley –y pocos serán los que hoy pongan en duda que podemos disponer para esos de procedimientos metódicos irreprochables–, entonces no hay por qué pensar que no deba haber también procedimientos semejantes para negar la validez de una ley en todos los casos igualmente por razones de justicia. Resulta muy útil referirse a esa tarea de creación de Derecho, llevada a cabo por la famosa sentencia de 12 de marzo de 1927, también por otra razón, a saber: porque dicha sentencia nos muestra que la valoración de una norma legal desde el punto de vista de la justicia presupone una elaboración jurídica muy sutil y complicada, que no puede sustituirse por tópicos generales. Esto es lo que se echa de menos, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Administrativo de Wuppertal: que se zafó de su

vinculación a la medida de la pena establecida por el artículo 234, párrafo 2, con simples palabras, al contraponer a la norma legal el "sentimiento absoluto del deber por parte del juez", dejándonos a los demás el trabajo de pensar qué es lo que podemos subsumir bajo esa expresión.

No es eso. Tenemos que elaborar un método que haga posible una crítica de las leyes desde el punto de vista de la justicia dentro del más limpio proceder intelectual jurídico, tal como lo realizó de manera ejemplar el Tribunal del Reich sobre la base de un estado de necesidad supralegal.

Dicho método tiene que partir, en primer lugar, de una pauta de orientación abstracta y formal, e incluso de un punto de vista material (no formal) de valoración inconmovible, con cuya ayuda se elabore una opinión crítica respecto al objeto que se ha de valorar, siempre en la dirección marcada por aquella pauta de orientación. Esta pauta es la misma que nos sirvió anteriormente para la elaboración de un principio de decisión partiendo de las posibilidades de la justificación y de exención de responsabilidad supralegales, es decir, orientadas en la idea de la justicia. Se la pueda formular de distintas maneras. Por mi parte, continúo considerando como la mejor la fórmula de la teoría llamada "finalista":[39] una acción es correcta jurídicamente cuando constituye un medio proporcionado, correcto, irreprochable para la consecución

39 Más detalladamente, en *Zeitschrift für die gesante Strafrechts wissenschft* (1929), págs. 350 y sgs., *Mitteilungen der Intenat. Kriminalist Vereinigung,* Neue Folge, tomo 5 (Reunión de Essen), págs. 131 y sgs.

de un fin recto. A la inversa, ninguna acción, ni siquiera del legislador, puede ser correcta jurídicamente si se propone un fin ya en sí mismo incorrecto, o si se propone conseguir un fin correcto con medios desproporcionados o incorrectos. Estas frases, pues, nos muestran la dirección en la que tenemos que buscar el principio de decisión necesario para la valoración crítica de una determinada ley. Naturalmente, ellas no constituyen todavía ese principio; puesto que son, y no pueden menos de serlo, de naturaleza puramente formal y abstracta, es preciso darles en cada caso un contenido con la ayuda de un punto de vista material (no formal) de valoración, que nos informe suficientemente sobre la "corrección" del fin perseguido por una determinada ley, así como sobre la "corrección" de los medios elegidos por el legislador. Este punto de vista valorativo sólo puede encontrarse en el campo de lo históricamente condicionado y sólo puede surgir del significado que tengan para nosotros las ideas y las costumbres en que vivimos, así como la cultura jurídica, todo sobre la base de nuestra formación de nuestro ambiente cristiano tradicional. Welzel plantea a este propósito la cuestión: "¿Hay al menos un bien concreto que haya que respetar en todas las acciones que se presenten?" Ese bien intangible considera Welzel que es violado en todos los casos en que un hombre queda rebajado al nivel de un objeto "que puede ser utilizado como simple instrumento de otros hombres".[40]

40 Welzel, *Naturrech und materiale Gerechtigkeit,* págs. 196 y sgs. También en *Vom irrenden Gewissen,* pág. 27, especialmente nota 71.

Yo me adhiero a estos puntos de vista, y por mi parte presupongo, como un *a priori* que ya no puede ser demostrado, que únicamente nos es posible a los hombres tener la vivencia de justicia cuando las leyes que regulan nuestra actuación, independientemente de su contenido, parten del respeto a esta "condición de personas" y no del puro "ser útil para un fin". Pero ¿no estamos ya, en Alemania occidental, en la feliz coyuntura de que nuestro Derecho constitucional ha puesto este mismo principio como fundamento de lo que considera "Derecho" en el sentido de la cultura jurídica cristiano–occidental? ¿Y no se ha adoptado esta posición precisamente por razón de las experiencias que nos han suministrado los sistemas de fuerza totalitarios y que, en la zona oriental, todavía continúan suministrándonos a diario? La Constitución atestigua esa posición en el artículo 1, párrafo 1, con las palabras: "La dignidad del hombre es intangible. Todas las autoridades del Estado están obligadas a respetarla y protegerla". Al formular más detalladamente los derechos fundamentales, como derechos existencialmente necesarios para el hombre, se concreta en la forma correspondiente a nuestra situación actual la idea fundamental de todo lo "jurídico". De este modo, la misma Constitución proporciona el material del que se tiene que partir, al criticar el contenido de justicia de una ley, para elaborar el criterio de valoración necesario en cada caso, que nos sirva para obtener el principio de decisión del acto de crítica judicial. Se trata de un trabajo jurídico que hay que realizar con esmero y gravedad. Mientras tengamos en la misma Constitución ese material expresado en

intuiciones fundamentales cuya violación equivale a la negación del Derecho, podemos en realidad decir, según mi opinión, que inconstitucionalidad, en este sentido que acabamos de indicar, e injusticia, pueden considerarse entre nosotros como términos de idéntico significado.[41]

Una ley que atenta contra los fundamentos de lo justo no es Derecho y carece de fuerza de obligar; no puede presentarse como un deber obligatorio, sino tan sólo como una necesidad condicional. El deber de garantizar la justicia, que obliga al juez a establecer un Derecho auténtico y no una negación del mismo, le prohíbe aplicar ese tipo de leyes.

La ausencia del carácter vinculante de una ley puede provenir también, naturalmente, de otras razones. No es preciso que se trate siempre de una violación de estos últimos fundamentos de todo lo jurídico. Podría suceder, por ejemplo, que una ley sin fuerza de obligar, a la que el juez no está vinculado, aún cuando no es preciso que se trate inevitablemente de un contenido injusto. Pero si es la justicia en cuanto tal la que está en juego, entonces nos movemos en una posibilidad de violación de la Constitución que se deriva de la consideración de los derechos fundamentales, y preferimos pensar que tan sólo en casos raros y excepcionales nos encontraremos en esta situación.

41 *Cfr.* Jerusalem, en *Süddeutsche Juristenzeitung* (1950), columna 6; Bachof, *Verfassunfwidrige Verfassungsnormeng?* (en la Col. Recht und Saat, H. 163-64), 1951; Apelt, en *Deusche Richterzeitung* (1946), página 174.

Ahora bien, dado que la elaboración y la aplicación del criterio de valoración que debe extraerse de la idea de la anticonstitucionalidad de las leyes es una cuestión extraordinariamente difícil y de gran responsabilidad, está plenamente acertada la Ley Fundamental de Bonn al encomendar en su artículo 100 la responsabilidad de este difícil problema al Tribunal Federal de Garantías Constitucionales. Cada uno de los otros jueces de cara al problema de la justicia no tiene la solución en sus manos, sino tan sólo la posibilidad de hacer constar sus reparos. No podemos entrar en la consideración de la multitud de problemas que se agolpan en torno a esta cuestión. Pero no quiero dejar de expresar mi preocupación por la posibilidad de que el Tribunal Federal de Garantías Constitucionales se haya visto sobrecargado de trabajo y demasiado metido en la tarea normal de la justicia y de la política, en lugar de habérsele limitado su función tan sólo a las últimas cuestiones más decisivas de la administración, reservando la capacidad de pedir su intervención solamente a las más altas instancias de la justicia y de la administración y dotándolo así de la más alta autoridad.

Voy a terminar. Si es cierto que el juez está vinculado al Derecho; que las leyes, cuando carecen de ese carácter de ser "Derecho", no tienen fuerza de obligar, estamos ante nuevas perspectivas extremadamente importantes para la responsabilidad judicial y para sus posibles consecuencias. Puesto que al aplicar una ley injusta se hace una injusticia a aquel que sufre las consecuencias previstas en dicha ley, bien se trate de penas, de medidas de

seguridad o de otras cosas por el estilo, lo mismo que cuando un juez aplica equivocadamente una ley justa, por ejemplo, al castigar a un inocente, ¿puede haber, por tanto una obligación de responder por parte del juez de esa injusticia que él ha causado? La cuestión de la responsabilidad de Derecho público del juez por sentencia injusta, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, disciplinaria y política (artículo 98), párrafo 2 de la Ley Fundamental, adquiere así un nuevo aspecto, muy serio, en virtud de lo que acabamos de tener en cuenta respecto a la vinculación del juez al Derecho y a su obligación de adoptar una actitud crítica ante la ley. El señalar los límites en esta cuestión de manera viable a la par que justa, que garantice la independencia del juez al mismo tiempo que su ética profesional y su gusto por la tarea que realiza, ha de ser hoy en día más difícil que nunca. Pero precisamente los peligros que veo en esto me hacen pensar una vez más en lo que dijimos anteriormente respecto al positivismo legítimo del siglo XIX. En efecto, lo que resultaba magnífico en aquella época ya pasada del "positivismo legal" científicamente fundado era que los jueces tenían garantizada su independencia de la manera más absoluta con su tranquila sumisión a las leyes, de cuyo contenido no tenían por qué dudar de que era justo. Y no se nos va de la memoria esa división de competencias llena de sentido que le parecía natural al positivismo legal legítimo; de acuerdo con la cual el establecer leyes justas es asunto cuya responsabilidad incumbe al legislador. Hemos de felicitarnos del hecho de que el derecho de revisión material de las leyes ponga en

manos de la administración de justicia la posibilidad de controlar al legislador a este respecto; pero hay que hacer todo lo posible para que sea un acontecimiento extremadamente raro el que el resultado de esa revisión sea negativo. Pues apenas si se podrá dar mayor peligro para el buen nombre y para la independencia de la administración de justicia, que el que el pueblo llegue al convencimiento de que es competencia del juez corregir al legislador en cualquier ocasión, que el juez puede disponer de la ley y que se ha equivocado –tal sería la consecuencia que se sacaría siempre– todas las veces que la aplicación de una ley traiga consigo un resultado no deseable por una razón o por otra.[42]

2. Leyes justas responsabilidad del legislador

Es el legislador el que tiene que procurar, por el modo de establecer las leyes positivas imprescindibles, no sólo que la aplicación correcta de la ley sea garantía del "Derecho", sino también que lo comprenda y acepte así la opinión pública, que debe ser exigente con la administración de justicia. Si queremos que la profesión judicial no tenga que cargar con una responsabilidad insoportable, es de la máxima importancia, en medio de los intereses de los partidos y de la falta de escrúpulos con que se defienden esos intereses, agudizar el sentido de responsabilidad de los políticos encargados de dar las leyes y llevar al convencimiento de la opinión pública y de sus dirigentes más o menos naturales que no se puede tener al juez como chivo expiatorio de los fallos del legislador. Un

42 Sobre esto, Bockelmann, *ob. cit.*

Estado de Derecho democrático, que quiera diferenciarse de la tremenda deformación de la democracia que nos ofrece el bloque oriental, tiene que estar montado sobre leyes que, como emanaciones de la justicia, correspondan a las antiguas exigencias de Montesquieu y de sus herederos espirituales. Hemos de procurar que la legislación se encuentre en esa situación, para que de ese modo podamos decir:

¡El positivismo ha muerto! ¡Viva el positivismo!

II
FILOSOFÍA Y FUNCIÓN JUDICIAL

LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL*

*Benjamin N. Cardozo***

SUMARIO

Capítulo I. Introducción. El método filosófico.– Capítulo II. Los métodos de la Historia, la Tradición y la Sociología.– Capítulo III. El método de la Sociología. El juez como legislador.– Capítulo IV. La

* Las disertaciones contenidas en este libro fueron pronunciadas en la William L. Storrs Lecture Series, en 1921, ante la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, en New Haven, Connecticut.

** **Nació en Nueva York en 1870, y falleció en 1938. Estudió en la *Columbia University*, ejerciendo la profesión en la ciudad en que nació. Fue nombrado juez asociado de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, en donde fue un elocuente e influyente sustentante de los puntos de vista liberales, sociales y económicos. Desarrolló, desde el punto de vista del procedimiento judicial, los postulados de la "*Escuela Sociológica del Derecho*", preocupándose por los problemas de las lagunas jurídicas, y por demostrar que en el procedimiento judicial siempre existe una creación de Derecho. Cardozo reconoció el gran valor de las *mores* y las costumbres jurídicas, porque son ellas las que determinan las orientaciones del Derecho.**

adhesión al precedente. El elemento subconsciente en la actividad judicial. Conclusión.

CAPÍTULO I
INTRODUCCIÓN
EL MÉTODO FILOSÓFICO

La faena de decidir casos se realiza diariamente en cientos de tribunales de un extremo al otro del país. Se podría suponer que cualquier juez encontraría fácil describir el proceso que ha seguido mil o más veces. Sin embargo, nada está más lejos de la realidad. Preséntese cualquier persona inteligente aunque lega en la materia y pídale que se lo explique: se verá que no avanza mucho antes de refugiarse en la excusa de que el lenguaje de los técnicos es ininteligible para quienes no están preparados en la materia. Tal excusa podrá encubrir con una apariencia de respetabilidad una retirada vergonzosa, pero difícilmente servirá para calmar el escozor de la curiosidad y la conciencia. En momentos de introspección, cuando ya no haya necesidad de salir del paso ante el interlocutor profano, el inquietante problema volverá, reclamando una solución. ¿Qué es lo que hago cuando decido un caso? ¿A qué fuentes de información apelo como guía? ¿En qué proporción les permito contribuir al resultado? ¿En qué proporción deberán contribuir? Si un precedente es aplicable, ¿cuándo me niego a seguirlo? Si

no hay ningún precedente aplicable, ¿cómo llego a la norma que servirá de precedente en el futuro? Si estoy buscando la consistencia lógica, la simetría de la estructura jurídica, ¿hasta qué extremo debo buscarla? ¿En qué punto esa búsqueda será detenida por alguna costumbre en discrepancia, por alguna consideración de bienestar social, por mis propias pautas de Justicia y Moral, o por las comunes? Todos estos ingredientes entran en proporciones variables en ese extraño compuesto que se cocina en el caldero de los tribunales. No me interesa ahora investigar si se debe o no permitir que los jueces cocinen ese compuesto. Tomo simplemente al Derecho Judicial como una de las realidades que existen en la vida. Allí, en presencia, está el compuesto. Todo juez en ejercicio contribuye a esa elaboración.

Los elementos no se han juntado por casualidad. Algún principio, por más inmanifiesto, inexpreso e inconsciente que sea, ha regido la infusión. Puede que no haya sido el mismo principio para todos los jueces en cualquier época, ni el mismo principio para cualquier juez en toda época. Pero ha habido una elección, no un sometimiento a decretos del destino; y las consideraciones y motivos que determinan la elección, aunque a menudo sean obscuros, no resisten ilimitadamente el análisis. En la tentativa que haré de tal análisis habrá necesidad de distinguir entre lo consciente y lo subconsciente. No quiero decir que aun las consideraciones y motivos que clasificaré en el primer grupo estén siempre distintamente en la conciencia como para ser reconocidos y nombrados a simple vista. Frecuentemente se limitan

a rondar cerca de la superficie. Sin embargo, pueden ser aislados y rotulados con relativa facilidad y una vez así marcados se los reconoce rápidamente como principios rectores de conducta. Más sutiles son aquellas fuerzas que se encuentran tan por abajo de la superficie que no pueden ser clasificadas razonablemente sino como subconscientes. A menudo es a través de estas fuerzas subconscientes que los jueces se mantienen coherentes consigo mismos e incoherentes entre sí. William James nos recuerda en una ilustrativa página de sus lecciones sobre el Pragmatismo, que cada uno de nosotros tiene, en verdad, una filosofía subyacente de la vida, aun aquéllos para quienes las palabras y los conceptos de la filosofía son desconocidos o prohibidos. Hay en cada uno de nosotros un impulso o tendencia –la llamemos o no filosofía–[1] que da coherencia y dirección al pensamiento y la acción. El juez, como cualquier otro mortal, no puede escapar a esa tendencia. Durante toda su vida ha sido acosado por fuerzas que no reconoce ni puede definir, instintos heredados, creencias tradicionales, convicciones adquiridas y el resultado es una visión de la vida, una concepción de las necesidades sociales, en suma, un sentido de lo que James llama "el empuje y la presión total del cosmos", que, cuando las razones están correctamente equilibradas, debe determinar donde ha de recaer la elección. En este panorama mental todo problema encuentra su ubicación. Podemos tratar de ver las cosas tan objetivamente como nos plazca. Sin embargo nunca las podemos ver

1 *Cf.* N. M. Butler, *Philosophy,* ps. 18 y 43.

con otros ojos que los nuestros. Todas ellas son sometidas a esa prueba de nuestros ojos, así se trate de la forma de una demanda, de una ley de un parlamento, de las infracciones de los indigentes, de los derechos de los príncipes, de una ordenanza municipal, o de la carta constitucional de una nación.

Tengo poca esperanza de poder establecer la fórmula con qué racionalizar este proceso para mí mismo, y mucho menos para los demás. Debemos aplicar al estudio del Derecho Judicial el método de análisis cuantitativo que Wallas ha aplicado con tan excelentes resultados al estudio de la política.[2] Un saber más rico que el que poseo es requisito indispensable para realizar esa faena acertadamente. Pero hasta que se encuentre quien posea ese saber, y él se enrole en la tarea, puede que haya un interés pasajero en la tentativa de descubrir la naturaleza del proceso hecha por quien, como yo, es, él mismo, un agente activo en conservar vivo ese proceso, día tras día. Ello me debe servir de disculpa por estas investigaciones introspectivas sobre el espíritu.

Antes de determinar las proporciones de una mezcla, debemos conocer los ingredientes a mezclar. Por consiguiente, nuestra primera pregunta tendrá que ser esta: ¿En dónde encuentra el juez el Derecho que incorpora en su sentencia? Hay veces en que la fuente es obvia. La norma que se ajusta al caso puede ser suministrada por la Constitución o por ley. Si es así, el juez no mira más

2 Wallas, *Human nature in politics*, p. 138.

allá. Una vez establecida la correspondencia, su deber es obedecer. La Constitución está por encima de la ley, pero la ley, no estando en contra de la Constitución, está por encima del Derecho de los jueces. En este sentido, el Derecho Judicial es secundario y subordinado con respecto al Derecho que hacen los legisladores.

Es verdad que los códigos y las leyes no hacen que el juez sea superfluo o su función superficial y mecánica. Hay siempre lagunas que llenar; dudas y ambigüedades a esclarecer. Hay injusticias y faltas que mitigar, si no se las puede evitar. A menudo se habla de la interpretación como si fuera nada más que la búsqueda y el descubrimiento de un sentido que, por obscuro y latente que sea, tuviera sin embargo una preexistencia real, determinable en la mente del legislador.

Tal es, efectivamente, el proceso a veces, pero a menudo es algo más. La determinación de la intención del legislador puede ser la menor de las dificultades de un juez al adscribir un sentido a la ley. "El hecho es, dice Gray en sus lecciones sobre la *Naturaleza y fuentes del Derecho,*[3] que las dificultades de la llamada interpretación surgen cuando el legislador no ha tenido ningún sentido que poner; cuando la pregunta que surge con respecto a la ley nunca se le había ocurrido a él; cuando lo que los jueces tienen que hacer no es determinar lo que el legislador quiso significar con respecto a un punto que estaba presente en su mente, sino conjeturar cuál habría sido su intención con respecto a un punto no presente en

3 Sec. 370, p. 165.

su mente, si el punto se hubiera presentado".[4] En el mismo sentido dice Brüt: "una de las pesadas tareas propias del sistema de aplicación del Derecho consiste, entonces, en esto: hacer más profundo el descubrimiento del sentido latente del Derecho Positivo. Mucho más importante, sin embargo, es la segunda tarea a que sirve el sistema, a saber, la de llenar las lagunas que se encuentran en todo Derecho Positivo en mayor o menor medida".[5] Llámese a este proceso legislación, si se quiere. En todo caso ningún sistema de *jus scriptum* ha podido escapar a la necesidad de él. Actualmente una gran escuela de juristas continentales abogan por una libertad de adaptación y construcción aún más amplia. La ley, dicen, es a menudo fragmentaria, mal concebida e injusta. El juez como intérprete, en representación de la Comunidad, de su sentido del derecho y del orden, debe subsanar omisiones, corregir incertidumbres y armonizar los resultados con la justicia a través de un método de libre decisión *(libre recherche scientifique)*. Tal es la posición de Gény, Ehrlich y Gmelin y otros.[6] Los tribunales están para "buscar la luz entre los elementos sociales de toda especie, que son la fuerza viviente que se halla por detrás de los hechos con que tienen que habérselas".[7] El poder así puesto en sus manos, es grande y susceptible de

4 *Cf.* Pound, *Courts and legislation*, en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 9, p. 226.

5 *Die Kunst der Rechtsanwendung*, p. 72.

6 *Science of legal method,* en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 9, ps. 4, 45, 65, 72, 124, 130 y 150.

7 Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* edic. 1919, vol. II, sec. 176, p. 180; trad. en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 9, p. 45.

abuso como todo poder, pero no debemos titubear en concederlo. En última instancia –dice Ehrlich–[8] "no hay otra garantía de justicia que la personalidad del juez".[9] Los mismos problemas de método, los mismos contrastes entre la letra y el espíritu, son problemas palpitantes en nuestra propia tierra y en nuestro Derecho. Sobre todo en el campo del Derecho Constitucional el método de la libre decisión ha llegado a ser, según creo, el dominante hoy en día. Las grandes generalizaciones de la Constitución tienen un contenido y una significación que varía de época a época. El método de la libre decisión pasa a través de los detalles particulares transitorios y llega a lo permanente detrás de ellos. La interpretación, así ampliada, llega a ser más que la simple puntualización del sentido e intención de los legisladores cuya voluntad colectiva ha sido declarada. Ella complementa esa declaración y llena los espacios vacantes por los mismos procesos y métodos que han edificado el Derecho Consuetudinario. Los códigos y otras leyes pueden amenazar la función judicial por medio de la represión, el desuso y la atrofia. Tal función florece y persiste en virtud de la necesidad humana a que responde firmemente. La prohibición de Justiniano de que se hagan comentarios de los productos de sus codificadores solamente es recordada por su futilidad.[10]

8 *Freier Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft,* en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 9, p. 65.

9 *Cf.* Gnaeus Flavius (Kantorowicz), *Der Kampf um Rechtswissenschaft,* p. 48: *"Von der Kultur des Richters hangt im letzten Grunde aller Fortschritt der Rechtsentwicklung ab".*

10 Gray, *Nature and sources of the law*, sec. 395; Muirhead, *Roman law,* ps. 399 y 400.

Por el momento no he de extenderme más sobre la importancia de la Constitución y la ley como fuentes del Derecho. El trabajo de un juez al interpretarlas y desarrollarlas tiene indudablemente sus problemas y dificultades, pero ellos son problemas y dificultades que no difieren en especie o medida de los que le acosan en otros campos. Pienso que ellos pueden ser mejor estudiados una vez que esos campos hayan sido explorados. A veces la norma de la Constitución o la ley es clara, y entonces las dificultades se desvanecen, y aun en los casos en que ellas están presentes suelen carecer de ese elemento de misterio que acompaña a toda energía creadora. Llegamos a la tierra del misterio cuando la Constitución y la ley guardan silencio y el juez debe apelar al *common law* para encontrar la norma que se ajuste al caso. Él es "el oráculo viviente del derecho" en vívida frase de Blackstone. Observando a Su Señoría el Oráculo en acción, viendo su trabajo a la seca luz del realismo, ¿cómo emprende su tarea? Lo primero que hace es comparar el caso que tiene ante sí con los precedentes, sea que estén almacenados en su memoria o escondidos en los libros. No quiero significar que los precedentes sean las últimas fuentes del Derecho, las que suministran el único equipo que se necesita en el armamento jurídico, las únicas herramientas –para usar la frase de Maitland–[10 bis] "en la forja jurídica". Detrás de los precedentes están los principios jurídicos básicos, aquéllos que son los postulados del razonamiento jurídico, y aún más atrás están los hábitos de la vida y las instituciones de la sociedad en que esos

10 bis *Introducción al "Political Theories of the Middle Age",* de Gierke, p. VIII.

principios tuvieron su origen, los cuales a su vez por un proceso de interacción recíproco las han modificado.[11]

Sin embargo, en un sistema tan altamente desarrollado como el nuestro, los precedentes han cubierto el campo a tal extremo que fijan el punto de partida desde el cual la labor del juez comienza. Casi invariablemente su primer paso consiste en examinarlos y compararlos. Si son sencillos y ajustados al caso, puede que no se necesite nada más. *Stare decisis* es por lo menos la regla de trabajo diaria de nuestro Derecho. Más tarde tendré algo que decir sobre la conveniencia de flexibilizar la aplicación de la norma en condiciones excepcionales. Pero a menos que esas condiciones se presenten, la tarea de decidir casos de acuerdo con precedentes que se ajustan abiertamente a ellos, es un proceso similar en su naturaleza al de decidir casos de acuerdo con una ley. Es un proceso de búsqueda, comparación y muy poco más. Algunos jueces raramente llegan más allá de ese proceso, en todos esos casos. La noción que ellos tienen de su deber es la de armonizar los colores del caso que tienen a mano con los colores de muchos casos que, como ejemplos, tienen extendidos sobre su escritorio. El ejemplo cuyo matiz sea más aproximado suministra la norma aplicable. Pero por supuesto ningún sistema viviente de Derecho puede ser desarrollado mediante tal procedimiento, y ningún juez de un tribunal superior merecedor de su puesto, ve a su función en forma tan estrecha. Si eso fuera todo lo que hay en nuestra profesión habría muy poco

11 Saleilles, *De la personnalité juridique,* p. 45; Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts,* ps. 34 y 35; Pound, en "Proceedings of American Bar Association", 1919, p. 455.

interés intelectual a su respecto. El hombre que tuviera el mejor fichero de casos sería también el juez más sabio.

La ocupación seria de un juez empieza cuando los colores no concuerdan, cuando las referencias del fichero fallan, cuando no hay un precedente decisivo. Es entonces cuando tiene que actualizar el derecho para los litigantes que se hallan ante él. Y al actualizarlo para ellos, lo irá actualizando para los demás. La clásica afirmación a este respecto corresponde a Bacon: "pues a menudo las cosas sometidas a juicio pueden ser «lo mío y lo tuyo» *(meum y tuum)* cuando la razón y la consecuencia de ello puede fincar en puntos de propiedad inmobiliaria".[12] La sentencia de hoy hará lo lícito e ilícito de mañana. Si el juez ha de pronunciar su sentencia sabiamente, deberá haber algunos principios de selección que le guíen entre todas las sentencias potenciales que compiten por ser reconocidas y aceptadas.

En la vida del pensamiento, como en toda otra forma de vida, hay una tendencia hacia la reproducción de la especie. Toda sentencia tiene una potencia generativa. Engendra su propia imagen. Todo precedente –en palabras de Redlich– tiene una "fuerza directiva para casos futuros de naturaleza idéntica o similar".[13] Hasta que la sentencia fue pronunciada, estaba todavía en equilibrio. Su forma y contenido eran inciertos. Cualquiera de muchos principios podía tomar posesión de ella y darle

12 Bacon, *Essay on judicature.*

13 Redlich, *The case method in american law schools,* en "Bulletin. Carnegie Foundation", núm. 8, p. 37.

forma. Una vez dictada, da lugar a una nueva estirpe de descendientes. Está cargada con una fuerza vital. Es la fuente de la que pueden brotar nuevos principios o normas que perfilen las sentencias posteriores. Si buscamos la base psicológica de esa tendencia, la encontraremos, según creo, en el hábito.[14] Pero cualquiera que sea su base psicológica, ella es una de las fuerzas vivientes de nuestro Derecho.

Sin embargo, no toda la progenie de principios engendrados por una sentencia sobrevive hasta la madurez. Los que no pueden probar su valía y fortaleza ante la prueba de la experiencia, son sacrificados sin piedad y arrojados al vacío. El *common law* no parte de verdades preestablecidas, de validez universal e inflexible, para llegar a conclusiones derivadas deductivamente de ellas. Su método es inductivo y saca sus generalizaciones de casos particulares. Este proceso ha sido admirablemente expuesto por Munroe Smith: "en su esfuerzo por dar expresión articulada en normas y principios al sentido social de justicia, el método de los expertos en encontrar el derecho ha sido experimental. Las normas y principios del *case law* nunca han sido tratadas como verdades definitivas, sino como hipótesis de trabajo, continuamente puestas a prueba en esos grandes laboratorios del Derecho que son los tribunales de justicia. Todo nuevo caso es un experimento; y si la norma aceptada y que parece aplicable produce un resultado que se vive como

14 Mc Dougall, *Social psychology*, p. 354; J. C. Gray, *Judicial precedents,* en "Harvard Law Review", vol. 9, p. 27.

injusto, la norma es reconsiderada. Puede ser que no se modifique de inmediato, porque el intento de hacer absoluta justicia en todo caso particular haría imposible el desarrollo y mantenimiento de normas generales; pero si una norma continúa produciendo injusticia, será eventualmente reformulada. Los principios mismos son continuamente sometidos a prueba, pues si las normas derivadas de un principio no funcionan bien, el principio mismo debe ser, en última instancia, reexaminado.[15]

La forma como funciona este proceso de rejustificación y reformulación, puede ser seguida con un ejemplo. Hace cincuenta años creo que habría sido afirmado como un principio general que puede conducir sus negocios como le plazca, aun cuando su propósito sea el de causar pérdidas a B, a menos que sus actos lleguen a constituirse en una infracción (*nuisance).*[16] Las cercas hechas sin otro motivo que el rencor o el resentimiento eran el ejemplo clásico, y la exención de responsabilidad en tales circunstancias se suponía que ilustraba no la excepción sino la regla.[17] Tal regla puede haber sido un principio de trabajo adecuado para regular las relaciones entre individuos y clases en una comunidad simple u homogénea. Con la creciente complejidad de las relaciones sociales se reveló su insuficiencia. Cuando los pleitos entre los particulares

15 Munroe Smith, *Jurisprudence,* Columbia University Press, 1909, P. 21; *Cf.* Pound, *Courts and legislation,* en "American Political Science Review", vol. 7, p. 361; "Modern Legal Philosophy Series", vol. 9, p. 214; Pollock, *Essays in jurisprudence and ethics,* p. 246.

16 Cooley, *Torts,* int. edic., p. 93; Pollock, *Torts,* 10ª edic., P. 21.

17 "Phelps *v.* Nowlen", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 72, p. 39; "Rideout *v.* Knox", en "Massachusetts Reports", vol. 148, p. 368.

se multiplicaron y se hizo la tentativa de enjuiciarlos a la luz del viejo principio, se encontró que algo andaba mal en los resultados, y esto condujo a una reformulación del principio mismo. Actualmente la mayoría de los jueces se inclinan a decir que lo que alguna vez se pensó que era la excepción, es la regla, y lo que era la regla es la excepción. A no puede hacer nada en sus negocios con el propósito de dañar a otro sin una excusa razonable y justa.[18] Se ha producido una nueva generalización que, aplicada a nuevas circunstancias particulares, produce resultados más en armonía con circunstancias particulares pasadas, y, lo que es más importante, más congruentes con el bienestar social. Este trabajo de modificación es gradual. Se va desarrollando pulgada a pulgada. Sus efectos deben medirse por décadas y aun siglos. Así medidos se les ve teniendo tras de sí la fuerza de un glaciar en movimiento. Es difícil que menospreciemos la fuerza que ha sido ejercida, si reflexionamos sobre su función. "No hay credo que no se haga tambalear, no hay dogma acreditado que no se muestre que es cuestionable, no hay tradición recibida que no amenace con su disolución".[19] Tales son las palabras de un crítico de la vida y del saber, escribiendo hace cuarenta años y observando el creciente escepticismo de su época. Me siento tentado de aplicar sus palabras a la Historia del Derecho. No es difícil que la norma de hoy pueda concordar con su opuesta de ayer. La res-

18 "Lamb *v*. Cheney", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 227, p. 418; "Aikens *v*. Wilconsin", en "United States Reports", vol. 195, ps. 194 y 204; Pollock, *Torts,* 10ª edic., p. 21.

19 Arnold, *Essays in criticism,* segunda serie, p. I.

ponsabilidad absoluta por los actos propios es hoy la excepción; comúnmente debe haber siquiera un tinte de culpa, sea por dolo o negligencia. Sin embargo hubo una época en que la responsabilidad absoluta era la regla.[20] En legislación reciente se pueden encontrar reversiones al primer tipo.[21] Las promesas mutuas dan origen a una obligación, y su incumplimiento, a una acción por daños y perjuicios. Hubo una época en que esa obligación y esa acción eran desconocidas a menos que la promesa fuera "bajo sello".[22] Un comprador tiene acción y puede demandar judicialmente aun cuando haya efectuado la compra con el solo propósito de pleitear. Hubo una época en que no se le concedía esa acción y el mantenimiento del juicio era un delito. Hoy en día probar, sin más, que ha habido incumplimiento de una promesa ejecutiva no da base para una acción por fraude; sin embargo el incumplimiento de una promesa ejecutiva llegó a dar una acción en nuestro Derecho porque se sostuvo que constituía un fraude.[23] Estos cambios, o la mayor parte de ellos, han sido forjados por jueces. Estos hombres que los forjaron

20 Holdsworth, *A history of english law,* vol. 2, p. 41; Wigmore, *Responsability for tortious acts*, en "Harvard Law Review", vol. 7, ps. 315, 383 y 441; "Anglo-american legal essays", vol. 3, p. 174; Smith, *Liability for damage to land,* en "Harvard Law Review", vol. 33, p. 551; Ames, *Law and morals,* en rev. cit., vol. 22, ps. 97 y 99; Isaacs, *Fault and liability*, en rev. cit., vol. 31.

21 *Cf.* Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon,* en "Continental Legal History Series", vol. XI, secs. 40 y 42, ps. 125 y 126.

22 Holdsworth, *op. cit.,* vol. 2, p. 72; Ames, *History of parol contracts prior to assumpsit,* en "Anglo-american legal essays", vol. 3, p. 304.

23 Holdsworth, *op. cit.,* vol. 3, ps. 330 y 336; Ames, *op. cit.,* en "Anglo-american legal essays", vol. 3, ps. 275 y 276.

utilizaron las mismas herramientas que los jueces de hoy. Los cambios, tal como se hicieron en este o en aquel caso, puede que hayan parecido importantes cuando se hicieron. Sin embargo, el resultado, cuando el proceso fue prolongado a través de los años, no ha sido meramente el de complementar o modificar; ha sido el de revolucionar y transformar. Por cada tendencia se parece ver una contra-tendencia; por cada norma su antinomia. Nada es estable. Nada absoluto. Todo es fluido y cambiante. Hay un infinito "llegar a ser". Estamos de nuevo con Heráclito. Quiero significar que ésa es la impresión general que deja el cuadro en la mente. Indudablemente en los últimos tres siglos algunas líneas que eran ondulantes se han hecho rígidas. Actualmente dejamos más para los legisladores y menos, quizás, para los jueces.[24] Sin embargo, aun ahora hay un cambio de década a década. El glaciar se mueve todavía.

En este perpetuo fluir, el problema con que tiene que habérselas el juez es en realidad doble: primeramente, él debe sacar de los precedentes el principio subyacente, la *ratio decidendi;* luego debe determinar el camino o dirección según el cual el principio se debe mover y desarrollar si no ha de secarse y morir. La primera rama del problema es aquélla a la que estamos acostumbrados a dirigirnos más conscientemente que a la otra. Los casos no descubren abiertamente sus principios al que los interroga. Ellos ceden su meollo lenta y penosamente. El ejemplo no puede conducir a una generalización sino cuando lo cono-

24 F. C. Montague, *A sketch of legal history. Maitland and Montague,* p. 161.

cemos tal como es. Esa, en sí misma, no es una tarea fácil. Porque el objeto a juzgar nos llega a menudo envuelto en teorías jurisprudenciales que lo obscurecen y que deben ser desechadas y dejadas de lado. Los jueces difieren grandemente en su reverencia por los ejemplos, comentarios y observaciones tangenciales de sus predecesores, para no decir nada de la reverencia por los propios. Todos están de acuerdo en que, cuando la opinión está preparándose, puede haber opiniones contrarias. Algunos parecerían sostener que no debe haber ninguna inmediatamente después. En ese momento habría descendido sobre el trabajo de la mayoría una inspiración plenaria. Ninguno, por supuesto, sustenta tal creencia y sin embargo hay, a veces, una aproximación a ella en su conducta. Confieso que para mí es un verdadero misterio como tan luego los jueces depositan su fe en las teorías jurisprudenciales. Una breve experiencia como juez ha sido suficiente para revelarme toda suerte de grietas, hendeduras y aberturas en mis propias opiniones, cuando las tomaba unos cuantos meses después y las volvía a leer con la debida contricción. El convencimiento de que nuestra propia infalibilidad es un mito nos conduce por etapas fáciles y con un si es no es de mayor satisfacción, a negarnos a adjudicar infalibilidad a los demás. Pero las opiniones jurisprudenciales no siempre son clasificadas como tales, y no siempre se las reconoce a primera vista. Hay una constante necesidad, como lo sabe todo estudioso, de separar lo accidental y no esencial de lo esencial e inherente. Supongamos, sin embargo, que esta tarea ha sido cumplida y que el precedente se conoce tal como es. Supongamos también que el principio, latente en

él, ha sido hábilmente extraído y correctamente expresado. En tal caso solamente la mitad, o menos que la mitad del trabajo habrá sido hecha. Queda el problema de fijar los límites y las tendencias de desarrollo y crecimiento, de dirigir la fuerza conductora en movimiento por la senda acertada, al bifurcarse los caminos.

La fuerza directiva de un principio puede ejercitarse siguiendo la línea de la progresión lógica; a esto llamaré la regla de la analogía o el método filosófico; o siguiendo la línea del desarrollo histórico, y a esto llamaré el método evolutivo; o siguiendo la línea de las costumbres de la comunidad, a lo que llamaré el método de la tradición; o siguiendo la línea de la justicia, la moral y el bienestar social, es decir, las *mores* del momento a lo que llamaré el método sociológico.

He colocado primero, entre los principios de selección que nos han de guiar en la elección de sendas a seguir, la regla de la analogía o el método filosófico. Al colocarlo en primer término no quiero significar que sea el más importante. Por el contrario es a menudo sacrificado en aras de los otros. Lo he puesto primero porque tiene, según creo, una cierta presunción en su favor. Dada una masa de casos particulares, un cúmulo de sentencias sobre ciertos tópicos, el principio que los unifica y los racionaliza tiene una tendencia, legítima por cierto, a proyectarse y extenderse a nuevos casos dentro de los límites de su capacidad de unificar y racionalizar. Posee la primacía que le viene de la sucesión natural, ordenada y lógica. A él hay que rendirle homenaje sobre cualquier principio opuesto que sea incapaz, a la luz de la historia, la tradición, el

orden público, o la justicia de concebir un Derecho mejor. Fuerzas divergentes de toda suerte pueden aparecer compitiendo con su influencia y buscando absorber su poder. Él es, por lo menos, el heredero presunto. El que pretenda su título tendrá que luchar por salir adelante.

Algunas veces grandes jueces han hablado del principio filosófico, es decir, el del desarrollo lógico, como si significara poco o nada en nuestro Derecho. Probablemente ninguno de ellos, en su conducta, ha sido fiel a tal creencia. Lord Halsbury dijo en el caso "Quinn *v.* Leathem":[25] "Un caso tiene solamente autoridad para aquello que realmente decide. Niego terminantemente que él pueda ser citado en apoyo de una proposición que pueda parecer derivarse lógicamente de él. Semejante manera de razonar supone que el Derecho es necesariamente un código lógico cuanto todo abogado debe reconocer que el Derecho no es en absoluto siempre lógico".[26] Todo esto puede ser verdad pero no debemos llevarlo demasiado lejos. La creencia lógica no deja de ser un bien porque no sea el bien supremo. Holmes nos ha dicho en una frase que ya es clásica que "la vida del Derecho no ha sido lógica; ha sido experiencia".[27] Pero Holmes no nos ha dicho que la lógica deba ser ignorada cuando la experiencia guarda silencio. Yo como juez no tengo porque estropear la simetría de la

25 "English Law Reports, Appeal Cases", 1901, ps. 495 y 506.

26 *Cf.* Juez Bailache, "Belfast Ropewalk Co. *v.* Bushell", 1918, "I. K. B.", ps. 210 y 213: *"Unfortunately or fortunately, I am not sure which, our law is not a science"* (Afortunada o desafortunadamente no lo sé a ciencia cierta, nuestro Derecho no es una ciencia).

27 *The common law*, p. I.

estructura jurídica mediante la introducción de incongruencias, irrelevancias y excepciones artificiosas, a menos que sea por alguna razón suficiente, que generalmente será alguna consideración sugerida por la historia, las costumbres, el orden público o la justicia. Faltando tal razón debo ser lógico en la misma medida en que debo ser imparcial y sobre bases semejantes. De nada servirá decidir la misma cuestión en una forma con respecto a unos litigantes y en la forma opuesta con respecto a otros. "Si un grupo de casos trata del mismo punto, las partes esperan la misma decisión. Sería una gran injusticia decidir casos semejantes según principios opuestos. Si un caso se decidió en mi contra ayer cuando yo era el demandado, buscaré la misma sentencia hoy que soy el demandante. Decidir en forma diferente haría surgir un sentimiento de resentimiento y agravio en mi pecho; sería una infracción material y moral de mis derechos".[28] Todo el mundo siente la fuerza de este sentimiento cuando dos casos son iguales. Para que los litigantes tengan fe en la imparcialidad de la administración de justicia en los tribunales, la regla debe ser más bien la adhesión al precedente, que la excepción. Un sentimiento semejante en especie, aunque diferente en grado, se halla en la raíz de la tendencia que posee todo precedente a extenderse siguiendo la línea del desarrollo lógico.[29] Sin duda el sentimiento se halla poderosamente reforzado por lo que a menudo no es nada más

28 G. Miller, *The data of jurisprudence*, p. 335; *cf.* Gray, *Nature and sources of the law,* sec. 420; Salmond, *Jurisprudence*, p. 170.

29 *Cf.* Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* vol. II, p. 119.

que una pasión intelectual por la *elegantia juris*, por la simetría de la forma y la substancia.[30] Es ése un ideal que nunca deja de ejercer algún grado de atracción sobre los profesionales que constituyen la clase de los abogados. Para el abogado del Derecho Romano ello significó mucho, más de lo que ha significado para los abogados ingleses o los nuestros, y por cierto que más de lo que ha significado para los clientes. Al "cliente –dice Miller en sus *Data of jurisprudence*– le importa poco un «hermoso» caso. Lo que él desea es solucionarlo, de algún modo, en los términos más favorables que pueda obtener". Y aun eso no es siempre verdad. Pero en la forma como todo sistema de *case law* funciona, las sórdidas controversias entre litigantes constituyen, en última instancia, la materia prima de que se moldean grandes y fulgurantes verdades. Lo accidental y transitorio producen lo esencial y lo permanente. El juez que moldea el Derecho según el método filosófico puede ser que esté satisfaciendo una aspiración intelectual por la simetría de la forma y la substancia. Pero él, está haciendo algo más. Está manteniendo al Derecho en la verdad, respondiendo a un sentimiento profundamente arraigado e imperioso. Quizás solamente los expertos pueden ser capaces de valorar la calidad de su faena y apreciar su importancia. Pero su juicio, el juicio de la clase de los abogados, se extiende a los demás y da tono a la conciencia común y a la fe común. A falta de otras pruebas, el método filosófico debe quedar como el instrumento a usar por los tribunales si

30 W. G. Miller, *op. cit.*, p. 281; Bryce, *Studies in history and jurisprudence,* vol. II, p. 629.

la suerte y el favoritismo deben ser excluidos, y si los negocios humanos han de ser gobernados con la uniformidad serena e imparcial que es de la esencia misma de la idea del Derecho.

Ustedes dirán que hay una intolerable vaguedad en todo esto. Si el método filosófico ha de ser empleado a falta de uno mejor, habrá que suministrar algún "*test*" de precisión por comparación. Antes de terminar, espero bosquejar, aunque sea en sus líneas más generales, las consideraciones fundamentales que deben dirigir la elección de métodos. En la naturaleza de las cosas ellas nunca pueden ser catalogadas con precisión. Mucho debe ser dejado a esa destreza en el uso de las herramientas de trabajo que sólo la práctica de un arte desarrolla. Sólo unas pocas insinuaciones, unas pocas sugestiones; el resto debe confiarse al tacto del artista. Pero por el momento me contento con establecer al método filosófico como un instrumento entre varios, dejando para más tarde el hablar sobre la elección de uno o de otros. Es posible que yo haya trabajado innecesariamente para establecer sus títulos para ocupar tan modesto lugar. Sobre todo, estoy seguro que en la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale tales títulos no van a ser cuestionados. Digo esto porque en la obra de un brillante profesor de esa Escuela, el difunto Wesley Newcomb Hohfeld, encuentro un impresionante reconocimiento de la importancia de este método cuando se lo mantiene dentro de los debidos límites, y algunas de las más felices ilustraciones de su legítimo empleo. Su tratado sobre *Fundamental conceptions applied in judicial reasoning*

("Conceptos fundamentales que se aplican en el razonamiento judicial"), es en realidad un llamado para que esos conceptos fundamentales se analicen más claramente y sus implicaciones filosóficas, sus conclusiones lógicas, se desarrollen más congruentemente. Con esto no quiero presentar a Hohfeld como sosteniendo que las conclusiones lógicas deban siempre seguir a los conceptos desarrollados mediante el análisis. "Nadie vio con más claridad que él, que si bien la materia analítica es una herramienta indispensable, no lo es todo para el jurista".[31] "Él subrayó una y otra vez" que "el trabajo de análisis solamente prepara el camino para otras ramas de la Ciencia del Derecho, y que sin la ayuda de estas últimas no se puede alcanzar soluciones satisfactorias de los problemas jurídicos".[32] Debemos saber adonde conducen la lógica y la filosofía aun cuando luego podamos decidir abandonarlas para seguir otras guías. Habrán muchas oportunidades en que no podremos hacer nada mejor que seguir la dirección que ellas indican.

Ejemplificar, si bien no es mejor que preceptuar, puede resultar, por lo menos, más fácil. Podemos obtener alguna idea de la clase de problemas a que se adapta un método, cuando hemos estudiado la clase de problemas a que ha sido aplicado. Permítanme dar, de paso, algunas ilustraciones de conclusiones adoptadas por nuestro Derecho según el método que parte de los conceptos jurídicos para llegar a conclusiones lógicas. A conviene en

31 W. W. Cook, introducción al *Treatise* de Hohfeld.
32 Cook, introducción citada.

vender un bien mueble a B. Antes de la transmisión del título el bien es destruido. La pérdida incide sobre el vendedor, quien ha seguido juicio *at law* por el precio.[33] A conviene en vender una casa y un lote de terreno. Antes de la transmisión del título, la casa es destruida. El vendedor sigue juicio *in equity* por el cumplimiento específico de la obligación contraída. La pérdida incide sobre el comprador.[34] Tal es probablemente el punto de vista que prevalece aunque su sabiduría ha sido severamente criticada.[35] Estas conclusiones opuestas no son dictadas por opuestas consideraciones de orden público y justicia. Ellas son proyecciones de un principio en su resultado lógico o bien tal resultado se supone que es lógico. La Equidad (*Equity*) trata como efectuado aquello que debe hacerse. Los contratos de venta de inmuebles a diferencia de la mayoría de los contratos de venta de muebles, se hallan dentro de la jurisdicción de la *Equity*. En *Equity*, el comprador es propietario desde el comienzo. En consecuencia, tanto las cargas como los beneficios de la propiedad serán suyos. Permítanme tomar como otra ilustración de lo que quiero decir, los casos que definen los derechos de los cesionarios. Al estudiar estos casos se encuentra una variedad de opiniones en conflicto sobre conceptos fundamentales. Algunas nos dicen

33 "Higgins *v.* Murray", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 73, ps. 252 y 254; Williston, *Contracts,* vol. 2, sec. 962; New York Personal Property Law, sec. 103ª.

34 "Paine *v.* Meller", en "Vesey Junior, English Chancery Reports, vol. 6, ps. 349 y 352; "Sewell *v.* Underhill", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 197, p. 168; Williston, *Contracts,* vol. 2, sec. 931.

35 Williston, *Contracts,* vol. 2, sec. 940.

que el cesionario tiene un derecho de propiedad común.[36] Otras dicen que solamente posee un derecho en *Equity*.[37] Sin embargo, una vez dado el concepto fundamental, todos están de acuerdo en deducir sus consecuencias por métodos en que es elemento preponderante el método filosófico. Podemos encontrar ilustraciones de la misma laya en el derecho de *Trust,* en Contratos y en muchas otras materias, pero resultaría cansador acumularlas aquí.

Sin embargo, la fuerza directiva de la lógica no siempre se ejerce siguiendo un sendero único y sin obstrucciones. Un principio o precedente, llevado a sus extremos lógicos, puede señalar una conclusión; otro principio o precedente examinado con igual lógica, puede señalar con idéntica certidumbre otra conclusión. En tal conflicto, debemos elegir entre los dos senderos a seguir, seleccionando uno u otro, o quizá tomando una tercera dirección, que será la resultante de las dos fuerzas en combinación o el medio entre los extremos. Permítanme tomar como ilustración de ese tipo de conflictos, el famoso caso de "Riggs *v*. Palmer".[38] En ese caso se decidió que a un legatario que ha asesinado a su testador no se le permitiría por el tribunal de *Equity* disfrutar de los beneficios del testamento. Había principios en conflicto que competían por imperar. Uno de ellos prevaleció y derrotó a todos los demás. Estaba el principio de la fuerza obliga-

36 Cook, "Harvard Law Review", vol. 29, ps. 816 y 836

37 Williston, "Harvard Law Review", vol. 30, p. 97; rev. cit., vol. 31, p. 822.

38 "New York Court of Appeals Reports", vol. 115, p. 506.

toria de un testamento que dispone del patrimonio de un testador en conformidad con la ley. Ese principio, llevado a su extremo lógico, parecía apoyar el título del criminal. Estaba el principio de que los tribunales en lo civil no pueden agregar nuevas penas a los delitos. Esto, llevado a su extremo lógico, parecía nuevamente sostener su título. Pero en contraste con ello había otro principio, de mayor generalidad y cuyas raíces se hallan fuertemente adheridas a sentimientos universales de justicia: el de que nadie debe lucrar con su propia falta o sacar ventaja de su propio entuerto. La lógica de este principio prevaleció sobre la lógica de los otros. Y digo que prevaleció su lógica. Sin embargo, lo que realmente nos interesa a nosotros es saber por qué y cómo se efectuó la elección entre un principio lógico y el otro. En el ejemplo dado la razón es clara. Se siguió un sendero y se cerró otro por la convicción existente en la mente del juez de que el escogido conducía a la Justicia. Las analogías, los precedentes y los principios que se hallan detrás de ellos fueron reunidos para rivalizar por la prioridad; finalmente, el principio que se pensó era el más fundamental; el que representaba los más amplios y profundos intereses sociales puso a sus competidores en retirada. No me interesa mayormente la fórmula particular según la cual se hizo justicia. Al resolverse que el título jurídico se había transmitido pero que estaba sujeto a un *constructive trust*[39] se preservó la coherencia, y la Lógica recibió su tributo. Un *constructive trust* no es más que "la fórmula

39 "Ellerson *v.* Westcott", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 148, ps. 149 y 154; Ames, *Lectures en legal history,* ps. 313 y 314.

según la cual la conciencia de equidad encuentra expresión".[40] La propiedad se adquiere en circunstancias tales que el poseedor del título jurídico no puede en justa conciencia, retener el interés resultante del *trust (Beneficial Interest)*. La *Equity,* para expresar la desaprobación de su conducta, lo convierte en un *trustee*.[41] Tales fórmulas no son nada más que los recursos auxiliares mediante los cuales un resultado concebido como recto y justo es hecho coincidir con los principios lógicos y con la simetría del ordenamiento jurídico. Lo que me interesa ahora no es el recurso auxiliar, sino más bien el motivo subyacente, la energía creadora interna, que pone en juego esos recursos. El asesino perdió el legado por el que cometió el asesinato, porque el interés social que se sirve al negarse a permitir que el criminal lucre con su crimen, es mayor que el que se sirve mediante la preservación y fuerza ejecutoria de los derechos subjetivos que da la propiedad. Mi ejemplo me ha llevado, por cierto, más allá de mi tema. La función judicial está allí en microcosmos. Avanzamos con nuestra lógica, con nuestras analogías, con nuestras filosofías, hasta que llegamos a un cierto punto. Al principio no tenemos dificultades con los senderos; todos ellos siguen la misma línea. Luego, empiezan a divergir y tenemos que elegir entre ellos. La historia, las costumbres, la utilidad social, algún poderoso sentimiento de justicia, o quizás alguna aprehensión

40 "Beatty *v.* Guggenheim Exploration Co.", en "New York Courts of Appeals Reports", vol. 225, ps. 380 y 386.

41 "Beatty *v.* Guggenheim Exploration Co.", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 225, ps. 380 y 386; Ames, *op. cit.,* ps. 313 y 314.

semi-intuitiva del espíritu predominante de nuestro Derecho, deben acudir en socorro del desorientado juez e indicar el camino que debe seguir. Es fácil acumular ejemplos de tal proceso, del constante contralor y prueba que sobre la filosofía ejerce la justicia, y que sobre la justicia ejerce la filosofía. Así, tómese la norma que autoriza la acción de resarcimiento y compensación por defectos en los casos de ejecución substancial, aunque incompleta, de una obligación. A menudo la hemos aplicado para la protección de los constructores que, en detalles sin importancia y sin propósito malicioso, se apartan de sus contratos. Los tribunales se vieron en alguna dificultad por un tiempo al decidir tales casos, cuando trataron de ajustar su justicia con su lógica. Aun actualmente la doctrina y la jurisprudencia se ven traicionadas por cierta sensación de incomodidad para hacer coincidir los dos elementos. Como tuve ocasión de decir en un caso judicial reciente: "aquéllos que piensan más en la simetría y la lógica que en la adaptación práctica que conduzca a la obtención de un resultado justo en la elucidación de las normas jurídicas" quedan "confundidos por una clasificación allí donde las líneas divisorias son vacilantes y borrosas.[42] No tengo ninguna duda que la inspiración de la norma es un mero sentimiento de justicia. Una vez que ese sentimiento se halla afirmado, nosotros lo rodeamos con el halo de la "conformidad al precedente". Algunos jueces vieron el principio unificador en el

42 "Jacobs & Youngs, Inc. *v.* Kent", en "New Yorlk Court of Appeals Reports", vol. 230, p. 239.

Derecho de cuasi-contratos. Otros lo vieron en la distinción entre promesas dependientes e independientes, o entre promesas y condiciones. Sin embargo todos encontraron, al final, que *había* un principio en el instrumental jurídico que una vez descolgado de la pared donde se estaba herrumbrando, era capaz de servir como arma para la lucha por abrir un camino hacia la justicia. La Justicia reaccionó contra la Lógica, el sentimiento contra la razón, al guiar la elección a hacer entre una lógica y otra. La razón por su parte reaccionó contra el sentimiento al purgarlo de lo que es arbitrario, al moderarlo cuando de otra forma podría llegar a ser exagerado, al referirlo al método, al orden, a la coherencia y a la tradición.[43]

En esta concepción del método de la Lógica o de la Filosofía como un instrumento entre varios, no encuentro nada que sea hostil a las enseñanzas de juristas europeos que buscan derribarlo de su puesto de preeminencia en sistemas de Ciencia Jurídica diferentes al nuestro. Ellos han combatido un mal que ha afectado al *common law* sólo aquí y allá, y ligeramente. No quiero significar con esto que no hayan habido campos en los que hemos sentido la necesidad de la misma lección. En alguna medida, sin embargo, nos hemos salvado por el proceso inductivo a través del cual se ha desarrollado nuestro *case law* partiendo de males y peligros inseparables del desarrollo del Derecho, y respeto del *jus scriptum,* por un

43 *Cf.* "Hynes *v.* N. Y. Central R. R. Co.", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 231, ps. 229 y 235.

proceso de deducción.[44] Y aun los juristas europeos que subrayan la necesidad de otros métodos, no nos piden que abstraigamos de principios jurídicos todo su poder fructificador. El mal uso de la Lógica o la Filosofía empieza cuando su método y sus fines son tratados como supremos y últimos. Ellos nunca pueden ser rechazados del todo. "Ciertamente, dice François Gény,[45] el problema no es el de desechar la racionalización y los métodos lógicos en la Ciencia del Derecho Positivo". Incluso principios generales pueden a veces ser rigurosamente seguidos en la deducción de sus consecuencias. "El abuso, continúa diciendo, consiste, si no me equivoco, en considerar a las concepciones ideales, provisionales y puramente subjetivas en su naturaleza, como dotadas de una realidad objetiva permanente. Y este falso punto de vista que, en mi parecer, es un vestigio del realismo absoluto de la Edad Media, termina confinando *a priori* la totalidad del sistema de Derecho Positivo, dentro de un limitado número de categorías lógicas, que son predeterminadas en esencia, básicamente inmutables, regidas por dogmas inflexibles, y en consecuencia incapaces de adaptarse a las exigencias siempre variadas y cambiantes de la vida".

En el Derecho, como en toda otra rama del conocimiento, las verdades suministradas por la inducción con-

44 *"Notre droit public, comme notre droit privé, est un jus scriptum"* (Michoud, *La responsabilité de l'état a raison des fautes de ses agents,* en "Revue de Droit Public", 1895, p. 273, cit. por Gény, *op. cit.,* vol. I, sec. 19, p. 40).

45 *Op. cit.,* vol. I, sec. 61, p. 127.

tribuyen a formar las premisas para nuevas deducciones. Los abogados y los jueces de sucesivas generaciones no repiten para sí mismos el proceso de verificación, en mayor medida que la mayoría de nosotros repetimos las demostraciones de las verdades de la Astronomía o la Física. Un *stock* de conceptos jurídicos y fórmulas es desarrollado y nosotros los tomamos, para decirlo así, ya hechos. Conceptos fundamentales tales como los contratos, la posesión, la propiedad, el testamento y muchos otros, están allí, listos para ser usados. No necesito averiguar cómo llegaron a estar allí. No estoy escribiendo una historia de la evolución del Derecho sino un bosquejo de la función judicial aplicada al Derecho plenamente desarrollado. Estos conceptos fundamentales, una vez lograda su forma constituyen el punto de partida de que se derivan nuevas consecuencias, las que, al principio experimentales y a tientas, ganan por reiteración, una nueva permanencia y certeza. Al final, se las acepta como fundamentales y axiomáticas. Así sucede con el crecimiento de precedente a precedente. Las implicaciones de una sentencia pueden, al comienzo, ser equívocas. Nuevos casos a través del comentario y la exposición extraen la esencia. Al final emerge una norma o principio que se transforma en un dato, un punto de partida, desde el cual se van a trazar nuevas líneas, y se van a abrir nuevas sendas. Algunas veces se encuentra que la norma o principio ha sido formulado demasiado estrechamente, o demasiado ampliamente, y que debe ser reestructurado. Otras veces se acepta como un postulado para ulteriores razonamientos, sus orígenes se olvi-

dan y se transforma en una rama de descendencia, cuyos hijos se hallan unidos con otras estirpes, y persisten en impregnar al Derecho. Ustedes pueden decir que este proceso es de analogía, o de lógica, o de filosofía, según les plazca. En todo caso, su esencia se halla en la derivación de una consecuencia partiendo de una norma o principio o precedente que, aceptado como dato, contiene implícitamente en sí mismo el germen de la conclusión. En todo esto no uso la palabra filosofía en ningún sentido estricto o formal. Este método termina por un extremo en el silogismo, y por otro en la mera analogía. Algunas veces la extensión de un precedente llega hasta los límites de su lógica. Otras veces no llega tan lejos. Ése es un instrumento de trabajo que ningún sistema de Ciencia Jurídica ha podido descartar.[46] Una norma que ha funcionado bien en un terreno, o que, en todo caso, está allí, sea que su funcionamiento se haya revelado o no, es introducida en otro. Yo agrupo los ejemplos de tal proceso bajo el mismo rubro del de aquéllos en donde el nexo lógico es más estrecho y más forzoso.[47] En el fondo y en sus motivos subyacentes ellos son fases del mismo método, certidumbre, uniformidad de plan y de estructura. Tienen sus raíces en el mismo empeño de la mente por una unidad más amplia y comprensiva, en la que se reconcilien las diferencias y se desvanezcan las anormalidades.

46 Ehrlich, *Die juristische Logik,* ps. 225 y 227.
47 *Cf.* Gény, *op. cit.*, vol. II, sec. 165, p. 121; también vol. I, sec. 107, p. 304.

CAPÍTULO II
LOS MÉTODOS DE LA HISTORIA, LA TRADICIÓN Y LA SOCIOLOGÍA

El método de la Filosofía viene a competir, sin embargo, con otras tendencias que encuentran su expresión en otros métodos. Uno de éstos es el método histórico o método de la evolución. La tendencia de un principio a extenderse hasta el límite de sus posibilidades lógicas puede ser contrapesada por su tendencia a confinarse dentro de los límites de sus posibilidades históricas. No quiero significar que aun entonces los dos métodos estén siempre en oposición. Toda clasificación que los trate como distintos está, sin duda, sujeta al reproche de que trae consigo cierta confusión de las líneas y principios de división. Muy a menudo la Historia tiene el efecto de hacer claro el sendero de la Lógica.[1] El crecimiento del Derecho puede ser lógico sea que esté dirigido por el principio de no contradicción con el pasado o por el de no contradicción con alguna norma preestablecida, con algún concepto general, con algún "principio interno y creador".[2] La fuerza directora de los precedentes puede ser encontrada tanto en los hechos que los hicieron ser lo que son, como en algún principio que nos habilita para decir que son lo que deben ser. El desarrollo del Derecho puede involucrar tanto una investigación de los orígenes como

1 *Cf.* Holmes, *The path of the law,* en "Harvard Law Review", vol. 10, p. 465.
2 Bryce, *Studies in history and jurisprudence,* vol. II, p. 609.

un esfuerzo de la razón pura. Ambos métodos tienen su Lógica. Por el momento, sin embargo, va a ser conveniente identificar el método de la Historia con el primero, y confinar el método de la Lógica, o de la Filosofía en el segundo. Algunos conceptos jurídicos deben su existencia casi exclusivamente a la Historia. No pueden ser comprendidos sino como crecimientos históricos. En el desarrollo de tales principios la Historia es probable que predomine sobre la Lógica o la razón pura. Otros conceptos aunque tienen, por supuesto, su Historia, han tomado su forma y figura en mayor extensión bajo la influencia de la razón o de la Ciencia Jurídica Comparada. Ellos son parte del *jus gentium*. En el desarrollo de tales principios es probable que la Lógica predomine sobre la Historia. Un ejemplo de lo dicho es el concepto de personalidad jurídica o corporativa con la larga cola de consecuencias que tal concepto ha engendrado.

Algunas veces el problema concreto se entrega con igual naturalidad a un método que otro. En tales circunstancias a menudo van a estar presentes consideraciones de costumbre o utilidad para encaminar la elección. Siempre quedará un residuo en el que la personalidad del juez, sus gustos, su preparación o sus ideologías pueden llegar a ser el factor predominante. No quiero significar que la fuerza directora de la Historia, aun donde sus demandas son más asertivas, limita el Derecho del futuro a una repetición sin inspiración del Derecho del presente y del pasado. Simplemente quiero significar que la Historia, al iluminar el pasado, ilumina el presente, y al iluminar el presente, ilumina el futuro. “Si en una

época parecía probable, dice Maitland,[3] que el espíritu histórico (el espíritu que se esfuerza por comprender la Ciencia Jurídica clásica de Roma y de las Doce Tablas, y de la Ley Sálica, y el Derecho de todas las edades y climas) era fatal y reacio a toda reforma, que el tiempo yace muerto en el pasado... hoy en día podemos considerar a la función de la investigación histórica, como aquélla que explica, y por consiguiente esclarece, la presión que debe ejercer el pasado sobre el presente, y el presente sobre el futuro. Hoy estudiamos el ayer, para que el ayer no paralice al hoy, y el hoy no pueda paralizar al mañana".

Permítanme primero que les hable de aquellos campos en que no puede haber progreso sin Historia. Yo pienso que los derechos reales nos proporcionan el ejemplo más a mano.[4] Ningún legislador que meditara sobre un código de Derecho concebiría el sistema de los derechos reales feudales *(tenures)*. La Historia edificó el sistema y el derecho que iba con ellos. Nunca podríamos distinguir por un proceso de deducción lógica basado en la idea de la propiedad abstracta las diferencias incidentales entre un *estate in fee simple* y un *estate for life*, o las de un *estate for life* y las de un *estate for year*. Con respecto a estos puntos, "toda una página de Historia merece un volumen de Lógica".[5] Y si así sucede donde quiera que vayamos en el bosque de los derechos reales inmobiliarios.

3 *Collected papers,* vol. III, p. 438.

4 "Techt *v.* Hughes", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 220, ps. 222 y 240.

5 Juez Holmes, "N. Y. Trust Co. *v.* Eisner", en "United States Reports", vol. 256, ps. 345 y 349.

Restricciones sobre la enajenación, la cesación de la propiedad absoluta, los derechos en espectativa *(contingent remainders), (executory devises), (private trusts)* y *(trusts for charities),* todas estas instituciones jurídicas son inteligibles solamente a la luz de la Historia, y de ella reciben el ímpetu que dará forma a sus desarrollos subsecuentes. No quiero significar que aun en este campo el método de la Filosofía no tiene ningún papel. Algunas de las concepciones sobre los derechos reales inmobiliarios, una vez fijadas, son llevadas a sus conclusiones lógicas con inexorable rigor. Lo que sucede es más bien que las concepciones mismas han llegado a nosotros desde afuera, y no desde adentro, que ellas encarnan el pensamiento, no tanto del presente como del pasado, que separadas del pasado su forma y sentido resultan ininteligibles y arbitrarias, y de ahí que su desarrollo para ser verdaderamente lógico, debe tener presente sus orígenes, en una medida que es real en la mayoría de las instituciones de nuestro Derecho. Los principios metafísicos muy raras veces han constituido su vida. Si hago hincapié en los derechos reales sobre inmuebles, es simplemente porque ellos representan un ejemplo conspicuo. Otras ilustraciones, aunque menos conspicuas, abundan. "Hemos sepultado los formulismos de acción *(forms of action),* dice Maitland,[6] pero aún nos rigen desde sus tumbas". Holmes tiene la misma idea:[7] "si consideramos el derecho de Contratos, dice, lo encontramos lleno de Historia. Las diferencias entre deuda (*debt*), obligación *(covenant)* y

6 *Equity and forms for action*, p. 296.
7 *The path of the law*, en "Harvard Law Review", vol. 10, p. 472.

assumpsit son meramente históricas. La clasificación de ciertas obligaciones de pagar dinero, impuesta por el Derecho con independencia de todo acuerdo, y como cuasi–contratos, es meramente histórica. La doctrina de la causa (*consideration*) es meramente histórica. El efecto que se da a una solemnidad notarial (*public scal*) es explicable solamente por la Historia".

Las facultades y funciones de un albacea *(executor),* las distinciones entre *larceny y embezzlement,* las normas que rigen el *venue* y la jurisdicción sobre el *foreign trespass,* son ejemplos al azar de productos creados por la Historia y que la Historia debe moldear. Hay épocas en que la materia en cuestión se presta casi con indiferencia a la aplicación de un método u otro, y en que la predilección o tipo de preparación del Juez determina la elección del camino a seguir. La cuestión ha sido tratada agudamente por Pound.[8] Tomo de él uno de sus ejemplos: ¿tiene efectos una donación de bienes muebles *intervivos,* sin la entrega? Hubo una furiosa controversia que duró muchos años antes de calmarse. Algunos jueces se apoyaban en la analogía con el Derecho Romano. Otros, sobre la Historia de las formas de transmisión de la propiedad en nuestro Derecho. Para algunos el camino era el análisis de conceptos fundamentales, seguidos por la extensión de los resultados de tal análisis a conclusiones lógicas. La declaración de voluntad de dar y aceptar tenía que tener esos efectos y nada más, lo que era consistente con alguna definición preestablecida de un negocio jurídico, de un

8 *Juristic science and the law,* en "Harvard Law Review", vol. 31, p. 1047.

acto jurídico. Para otros, la idea central no era buscar la consistencia con un concepto, la consideración de lo que lógicamente debe ser, sino más bien la consistencia con la Historia, la consideración de lo que ha sido. Pienso que las opiniones emitidas en el caso "Lumley *v.* Gye",[9] que estableció un derecho de acción contra A por interpretación maliciosa en un contrato entre B y C, exhiben las mismas corrientes divergentes, la misma variedad de enfoques. A menudo los dos métodos se complementan recíprocamente. Qué método predominará en cada caso, puede a veces depender de instituciones de conveniencia o ajuste demasiado sutiles para ser formuladas, demasiado imponderables para ser valoradas, demasiado tenues para ser localizadas y menos aún totalmente aprehendidas.

A veces son las tendencias más prevalecientes, exhibidas en las obras corrientes de los jusfilósofos, las que pueden inclinar la balanza. Hay bogas y modas en la Ciencia del Derecho lo mismo que en la literatura, el arte y el vestido. Pero habrá más que decir sobre esto cuando tratemos sobre las fuerzas que actúan subconscientemente en la formación del Derecho.

Si la Historia y la Filosofía no sirven para fijar la dirección de un principio, la Costumbre puede entrar a tallar. Cuando hablamos de la Costumbre podemos significar más de una cosa. "La *consuetudo,* dice Coke, es uno de los tres principales pilares de los Derechos de Inglaterra; los cuales están divididos en Derecho Común *(common law),*

9 "Ellis & Blackburn, English Queen's Bench Reports", vol. 2, p. 216.

Derecho Legislativo *(statute law)* y Costumbres".[10] Aquí el Derecho Común y la Costumbre son considerados como distintos. No así, sin embargo, en Blackstone: "este Derecho no escrito o Derecho Común *(common law)* es propiamente clasificable en tres clases: 1) costumbres generales, que son la regla universal de todo el Reino, y forman el Derecho Común en su sentido más estricto y usual; 2) costumbres particulares, que en su mayoría afectan solamente a los habitantes de los distritos particulares; 3) ciertas normas particulares, que por costumbre son adoptadas y usadas por algunos tribunales particulares de una jurisdicción más o menos general y extensa".[11]

Indudablemente la energía creadora que tiene la Costumbre en el desarrollo del Derecho Común es menor hoy que lo que era en tiempos pasados.[12] Aun en tiempos pasados su energía fue muy probablemente exagerada por Blackstone y sus discípulos. "Hoy reconocemos, dice Pound[13] que la Costumbre es una costumbre de la decisión judicial y no de la acción popular". "Es dudoso, dice Gray,[14] si en todas las etapas de la Historia Jurídica no han sido las normas sostenidas por los jueces las que han

10 Coke, en Littleton, *English common pleas reports,* p. 622; "Post *v.* Pearsall", en "Wendell, Reports, New York", vol. 22, p. 440.

11 Blackstone, *Commentaries on the laws of England,* ps. 67 y 68; Sadler, *The relation of custom to law,* p. 59; Gray, *Nature and sources of the law,* sec. 598, p. 266.

12 *Cf.* Gray, *op. cit.,* sec. 634; Salmond, *Jurisprudence,* p. 143; Gény, *op. cit.,* vol. I, sec. III, p. 324.

13 *Common law and legislation,* en "Harvard Law Review", vol. 21, ps. 383 y 406.

14 *Op. cit.,* sec. 634.

generado la costumbre, y no ésta la que ha generado las normas". En estos días, en todo caso, apelamos a la Costumbre no tanto para la creación de nuevas normas como para obtener las pruebas y pautas que deben determinar cómo serán aplicadas las normas establecidas. Cuando la Costumbre busca hacer más que esto, hay una tendencia creciente en el Derecho a dejar su desarrollo para la legislación. Los jueces no sienten la misma necesidad de poner el *imprimatur* de la ley sobre las costumbres de crecimiento reciente –aquéllas que están golpeando la puerta para entrar en el ordenamiento jurídico y que son consideradas tangencialmente en virtud de algún aspecto novedoso de forma o faz– como lo sentirían si los legisladores no estuviesen en frecuentes sesiones aptas para establecer un título que va a ser inatacado e inatacable. Pero el poder no está perdido porque sea ejercitado con cautela. "El Derecho Mercantil, dice un juez inglés, no está fijado y estereotipado, no ha sido todavía detenido en su crecimiento al ser moldeado como un código; es, para usar las palabras del Lord Mayor juez Cockburn en el caso «Goodwin *v.* Roberts»,[15] capaz de ser expandido y ampliado lo necesario para satisfacer las necesidades del comercio".[16] Ante la ausencia de normas legisladas, nuevas clases de papeles de comercio pueden ser creados por la práctica mercantil.[17] Las obligaciones de las sociedades públi-

15 "English Law Reports, Exchequer", vol. 10, p. 346.

16 "Edelstein *v.* Schuler", en "Law Reports" King's Bench (English) Division", 1902, vol. 2, ps. 144 y 154; *cf.* "Bechuanaland Exploration Co. *v.* London Trading Bank", en "Queen's Bench", 1898, vol. 3, p. 658.

17 *Cf.* fallos citados en la nota anterior.

cas y privadas pueden retener la cualidad de negociabilidad a pesar de la presencia de un sello que en el *common law* la destruiría. "No hay nada inmoral o contrario al buen orden en hacerlas negociables si las necesidades del comercio requieren que así lo sean. Un dogma meramente técnico de los tribunales o del *common law* no puede prohibir que el mundo comercial invente o emita cualquier especie de títulos no conocida en el siglo pasado".[18] Así, como estará en el recuerdo de hombres que aún viven, las grandes invenciones que introdujeron el poder del vapor y la electricidad, tales como el ferrocarril y el barco a vapor, el telégrafo y el teléfono, han creado nuevas costumbres y nuevo Derecho. Ya existe todo un cuerpo de literatura jurídica que trata de los problemas jurídicos del aire.

Sin embargo no es tanto en la producción de nuevas normas como en la aplicación de viejas donde hoy se manifiesta más a menudo la energía creadora de la Costumbre. Pautas generales de derechos y deberes están ya establecidos. La Costumbre debe determinar si ha habido adhesión o ruptura. Mi socio tiene las facultades que son usuales en el comercio. Ellas pueden ser tan conocidas que los tribunales tomarán nota de ellas judicialmente. Así, como ejemplo, está la facultad de un miembro de una firma comercial para emitir o endosar un documento negociable en el curso de los negocios de la firma.[19] Ellas pueden ser de tal naturaleza que los tribu-

18 "Mercer County *v.* Hacket", en "Wall", vol. I, p. 83; *cf.* "Chase Nat. Bank *v.* Faurot", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 149, p. 532.

19 "Lewy *v.* Johnson", en "Peters United States Supreme Court Reports", vol. 2, 186.

nales necesiten exigir prueba de su existencia.[20] El patrón, en descargo de su deber de proteger a su sirviente contra todo daño, debe ejercer el grado de cuidado y ejercitado en similares circunstancias por hombres de prudencia común. Quienes examinen los hechos para determinar si tal pauta se ha cumplido, deben consultar los hábitos de la vida, las creencias y prácticas de todos los días, de los hombres y mujeres a que ellos se refieren. Son, también, innumerables los casos en que la solución a seguir se halla definida por las costumbres o, más propiamente hablando, los usos de un comercio, mercado o profesión particular.[21] A lo largo de todo el Derecho se extiende la constante presunción de que las evoluciones naturales y espontáneas del hábito fijan los límites de lo lícito e ilícito. Una ligera extensión de la Costumbre la identifica con la moralidad vigente, con la pauta prevaleciente de la recta conducta, con la *mores* de la época.[22] Éste es el punto de contacto entre el Método de la Tradición y el Método de la Sociología. Ello tiene sus raíces en el mismo suelo. Cada método sostiene la interacción entre conducta y orden, entre Vida y Derecho. La vida vacía los moldes de la conducta, los que algún día se van a hacer tan fijos como el Derecho. El Derecho preserva los moldes, los cuales han tomado forma y figura de la vida.

20 "First Nat. Bank *v.* Farson", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 226, p. 218.

21 "Irwin *v.* Williar", en "United States Reports", vol. 110. ps. 499 y 513; "Walls *v.* Bailey", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 49, p. 464; Williston, *Contracts,* vol. 2, sec. 649.

22 *Cf.* Gény, *op. cit.,* vol. I, sec. 110, p. 319.

Tres de las fuerzas directivas de nuestro Derecho, la Filosofía, la Historia y la Costumbre, han sido ahora vistas en función. Hemos llegado lo suficientemente lejos como para apreciar la complejidad del problema. Vemos que la determinación de ser leal a los precedentes y a los principios que se hallan por detrás de ellos, nos lleva muy lejos en el camino. Los principios son estructuras complejas. Está muy bien decir que vamos a ser consistentes, pero ¿consistentes en qué? ¿Será consistencia con los orígenes de la norma, con el curso y tendencia de su desarrollo? ¿Será consistencia con la Lógica, la Filosofía o los conceptos fundamentales de la Ciencia del Derecho tal como son puestos de manifiesto por el análisis de nuestro ordenamiento jurídico y el de ordenamientos foráneos? Todas estas lealtades son posibles. Todas ellas han prevalecido a veces. ¿Cómo debemos elegir entre ellas? Dejando aparte esta pregunta ¿cómo elegimos entre ellas? Algunos conceptos jurídicos han sido, en un sentido peculiar, productos históricos. En tales materias la Historia tiende a dar dirección al desarrollo. En otras materias ciertos conceptos amplios y fundamentales, que la Ciencia del Derecho Comparado muestra siendo común a todos los sistemas altamente desarrollados, descuellan sobre todos los demás. En ellos daremos mayor campo a la Lógica y a la simetría. Hay, asimismo, un amplio campo en el que las normas pueden, con aproximadamente la misma conveniencia, ser resueltas en un modo u otro. Aquí la costumbre tiende a afirmarse como la fuerza de control al guiar la elección de la línea a seguir. Finalmente, cuando las necesidades sociales exi-

gen una solución más que otra, hay veces en que debemos torcer la simetría, ignorar la Historia y sacrificar la Costumbre por la consecución de otros fines más amplios.

Por consiguiente, de la Historia, la Filosofía y la Costumbre, pasamos a la fuerza que en nuestros días y en nuestra generación se está transformando en la más poderosa de todas ellas, el poder de la justicia social que encuentra su desahogo y expresión en el método de la Sociología.

La causa final del Derecho es el bienestar de la sociedad. La norma que yerra su puntería no puede permanentemente justificar su existencia. "Las consideraciones éticas no pueden ser excluidas de la administración de justicia, que es el fin y el propósito de todo el Derecho, en mayor medida que uno puede excluir el aire vital de su habitación y vivir".[23] La Lógica, la Historia y la Costumbre tienen cada una su lugar. Nosotros buscamos modelar al Derecho para conformarlo con ellas cuando podemos, pero sólo dentro de ciertos límites. El fin a que el Derecho sirve va a dominarlas a todas. Hay una vieja leyenda que dice que en una ocasión Dios oraba y que su oración era "sea mi voluntad que mi Justicia sea regida por mi Misericordia". Esa es una oración que todos nosotros necesitamos pronunciar a veces cuando el demonio del formalismo tienta al intelecto con el señuelo del orden científico. No quiero significar, por supuesto, que los jueces tengan por misión la de dejar de lado a voluntad, nor-

23 Dillon, *Laws and jurisprudence of England and America,* p. 18, cit. por Pound, en "Harvard Law Review", vol. 27, ps. 731 y 733.

mas existentes a favor de algún otro conjunto de normas que ellos sostengan que son más convenientes o sabias. Lo que quiero significar es que cuando ellos son llamados para decir hasta donde deben ser extendidas o restringidas ciertas normas existentes, deben permitir que sea el orden social el que fije el sendero, su dirección y su distancia. No debemos olvidar, dijo Sir George Jessel, en una sentencia muy citada, que existe este orden público supremo, frente al cual no podemos titubear en interferir con la libertad de contratar.[24] De igual modo en este campo puede haber un orden público supremo tal que prevalezca sobre cualquier inconveniente temporario o injusticia ocasional, no trivial en sacrificar la certeza, la uniformidad, el orden y la coherencia. Todos estos elementos deben ser considerados. Se les debe dar todo el peso que dicte el buen juicio. Ellos son partes constituyentes de ese bienestar social que es nuestra tarea descubrir.[25] En algún ejemplo concreto podemos encontrar que son elementos constituyentes de valor preponderante. En otros, encontraremos que su valor es subordinado. Debemos valorarlos lo mejor que podamos.

He dicho que los jueces no tienen por misión la de hacer y deshacer normas a voluntad de acuerdo con cambiantes opiniones de conveniencia o sabiduría. Nuestros jueces no pueden decir con Hobbes: "los Príncipes se suceden uno al otro, y cuando un juez pasa, otro viene; el

24 "Printing etc. Registering Co. *v.* Sampson", en "English Law Reports, Equity", vol. 19, ps. 462 y 265.

25 *Cf.* Brütt, p. cit., ps. 161 y 163.

Cielo y la Tierra pasarán, pero ni un solo título de la ley de la Naturaleza pasará, porque ella es la eterna Ley de Dios. Por consiguiente, todas las sentencias de cuantos jueces precedentes hayan existido, no pueden hacer un Derecho contrario a la equidad natural, ni cualesquiera ejemplos de jueces anteriores pueden sostener una sentencia irrazonable o liberar al juez actual del trabajo de estudiar cuál es la equidad, en el caso que tiene que juzgar, partiendo de los principios de su propia razón natural".[26] Para nosotros están más cerca de la verdad las palabras de un juez inglés: "nuestro sistema de *common law* consiste en aplicar a nuevas combinaciones de circunstancias aquellas normas de Derecho que deducimos de principios jurídicos y precedentes judiciales, y con el fin de lograr la uniformidad, consistencia y certidumbre, debemos aplicar esas normas cuando no son abiertamente irrazonables e inconvenientes a todos los casos que surjan; y no estamos en libertad para rechazarlas y para abandonar toda analogía con ellas en aquellos casos en que todavía no han sido judicialmente aplicadas, porque pensemos que las normas no son tan convenientes y razonables como nosotros mismos las podríamos haber concebido".[27] Esto no significa que no haya lagunas, aún sin llenar, dentro de las cuales el juicio se mueve sin estorbo. El juez Holmes ha sintetizado esto en uno de sus brillantes epigramas: "reconozco sin titubeo que los jueces

26 Hobbes, vol. II, p. 264, cit. por W. G. Miller, *The data of jurisprudence,* p. 399.

27 Sir James Parke, y luego Lord Wensleydale, en "Mirehouse *v*. Rusell", en "Clark & Finnelly, House of Lords Cases", vol. I, ps. 527 y 546; cit., por Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), p. 234; *cf*. Pollock, *Jurisprudence,* p. 323.

deben legislar y tienen que legislar, pero lo hacen sólo intersticialmente; de movimientos en grande ellos están limitados a movimientos moleculares. Un juez del *common law* no puede decir «yo pienso que la doctrina de la *consideration* es una necedad histórica y no la voy a admitir en mi juzgado»".[28]

Esta idea del poder legislador del juez como operando entre espacios es semejante a la teoría de las "lagunas del Derecho", familiar a los juristas extranjeros.[29] "La estructura general suministrada por la ley debe ser llenada para cada caso por medio de la interpretación, esto es, siguiendo los principios de la ley. En estos dos casos, sin excepción, es función del tribunal suplir lo que la ley omite, pero siempre por medio de una función interpretativa".[30] Si la ley es interpretada por el método de la "libre decisión", tal procedimiento difiere más bien en grado que en naturaleza del que siguen los jueces de Inglaterra y Norteamérica en el desarrollo del *common law*. Por cierto que Ehrlich en un libro reciente[31] cita con aprobación a un autor inglés, quien dice[32] que "excepto en unos pocos casos en que el Derecho es todavía obscuro, un código no puede limitar cualquier discrecionalidad que

28 "Southern Pacific Co. *v.* Jensen", en "United States Reports", vol. 244, ps. 205 y 221.

29 "Modern Legal Philosophy Series", vol. 9, ps. 159 y 163 y 172 a 175; *cf.* Ehrlich, *Die juristische Logik,* ps. 215 y 216; Zitelmann, *Lücken im Recht,* p. 23; Brütt, *Die Kunst der Rechtsandwendung,* p. 75; Stammler, *Lehre von dem Richtigen Rechts,* p. 271.

30 Kiss, *Equity and law,* en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 9, p. 161.

31 *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), p. 234.

32 "Law Quarterly Review", London, vol. 19, p. 15.

actualmente posean los jueces. Él solamente puede cambiar la forma de las normas por las que éstos están obligados". Pienso que esta afirmación se extralimita. Las fisuras en el *common law* son más amplias que las fisuras en la ley, por lo menos en la forma de ley que es común en Inglaterra y los Estados Unidos. En los países donde las leyes a menudo se limitan a enunciar principios generales y no buscan tratar los detalles particulares, la legislación tiene una menor tendencia a limitar la libertad del juez. Por eso es que en nuestro propio Derecho hay una mayor libertad de elección en la construcción constitucional que en la de leyes ordinarias. Las constituciones son más adecuadas para enunciar principios generales que en adelante deben ser repensados y aplicados a condiciones particulares. Lo que nos concierne ahora, sin embargo, no es la extensión de las lagunas. Es más bien el principio que va a determinar como se las debe llenar, sea su extensión grande o pequeña. El método de la sociología para llenar las lagunas pone su acento en el bienestar social.

"Bienestar social" es un término amplio. Yo lo uso para cubrir muchos conceptos más o menos conexos. Puede significar lo que comúnmente se llama orden público, el bien del cuerpo colectivo. En tales casos sus demandas son las de la mera conveniencia o prudencia. Por otro lado, puede significar la ventaja social que se obtiene por la adhesión a las pautas de recta conducta, que encuentra expresión en la *mores* de la comunidad. En tales casos, sus demandas son las de la Religión, la Ética o el sentido social de Justicia, sea que estén formulados como credo o sistema, o inmanentes en la mente común. No se

encuentra prontamente un solo término que cubra estos fines u otros semejantes, los que se confunden uno con otro por graduaciones imperceptibles. Quizás pudiéramos situarnos con Kohler,[33] Brütt[34] y Berolzheimer[35] en ese algo indefinible, pero comprensivo, conocido como *Kultur,* si la Historia reciente no lo hubiera desacreditado y amenazado con aversión hacia aquéllos que lo usen. Yo he elegido en su lugar un término que si bien no resultará suficientemente preciso para el filósofo, se encontrará por lo menos que es suficientemente definido y comprensivo como para servir a los propósitos del juez.

Hoy en día, según pienso, es verdad que en todos los compartimientos del Derecho el valor social de una norma se ha transformado en una prueba de poder e importancia crecientes. Esta verdad ha llegado poderosamente hasta la casa de los abogados en este país en las obras del decano Pound. "Quizás en más significativo avance en la moderna Ciencia del Derecho, es el cambio de la actitud analítica a la funcional".[36] "El acento ha cambiado del contenido del precepto y la existencia de la acción, al efecto del precepto en acción y a la disponibilidad y eficacia de la acción para conseguir los fines para los que el precepto fue proyectado.[37] Los juristas extranjeros piensan de igual manera: "la

33 *Enzyklopadie,* vol. I, D. 10; *Philosophy of law,* en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 12, p. 58.

34 *Op. cit.,* ps. 133 y ss.

35 *System des Rechts und Wirthschsftsphilosophie,* t. 3, p. 28.

36 Pound, *Administrative application of legal standards,* en "Proceeding American Bar Association", 1919, ps. 441 y 449.

37 Pound, art. y pub. cit., p. 451; *cf.* Pound, *Mechanical jurisprudence*, en "Columbia Law Review", vol. 8, p. 603.

totalidad de la función judicial, dice Gmelin,[38] ha... sido cambiada. La voluntad del Estado, expresada en las decisiones y sentencias, es la de efectuar una determinación justa por medio del sentido subjetivo de Justicia inherente en el juez, guiado por una efectiva valoración de los intereses de las partes, a la luz de las opiniones generalmente predominantes en la comunidad en lo tocante a las transacciones como las en cuestión. Tal determinación debe estar, en todas las circunstancias, en armonía con las exigencias de la buena fe en el intercambio comercial y las necesidades de la vida práctica, a menos que una ley positiva lo impida; y al valorar los intereses en conflicto, el interés que esté mejor fundado en la razón y que sea más digno de protección debe ser ayudado a conquistar la victoria".[39] "Por un lado, dice Gény,[40] debemos interrogar a la razón y la conciencia para descubrir en nuestra naturaleza recóndita la base misma de la Justicia; por el otro, debemos apelar a los fenómenos sociales para establecer las leyes de su armonía y los principios de orden que ellos exigen". Y de nuevo:[41] "la Justicia y la utilidad general, tales serán los dos objetivos que van a dirigir nuestro curso".

Todos los compartimientos del Derecho han sido tocados y elevados por este espíritu. En algunos, sin embargo, el método de la Sociología funciona en armonía con el

38 *Sociological method,* trad., en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 9, p. 131.

39 Gmelin, *op.* y *loc.* cits.; *cf.* Ehrlich, *Dies juristische Logik,* p. 187; Duguit, *Les transformations du droit depuis le Code Napoleon,* trad., en "Continental Legal History Series", vol. XI, ps. 72 y 79.

40 *Op. cit.,* vol. II, sec. 159, p. 92.

41 Gény, *op. cit.,* vol. II, p. 91.

método de la Filosofía o el de la evolución, o el de la tradición. Esos son, por consiguiente, los campos en que la lógica, la coherencia y la consistencia deben todavía ser perseguidos como fines. En otros el método de la Sociología parece desplazar a todo método que compita con él. Tales son los campos en que las virtudes de la consistencia deben ceder, dentro de los límites intersticiales en que el Poder Judicial se mueve. En cierto sentido es verdad que estamos aplicando el método de la Sociología cuando buscamos la lógica, la coherencia y la consistencia como los más grandes valores sociales. Quiero ocuparme, por el momento, de los campos en que este método se halla en antagonismo con otros más bien que de aquéllos en los que su acción va de acuerdo. Una división perfecta es, por supuesto, imposible. Sin embargo, se pueden demarcar toscamente unas pocas y amplias materias como aquéllas en que el método de la Sociología tiene aplicación fecunda. Permítaseme buscar algunas ilustraciones de su funcionamiento. Primeramente voy a buscarlas en el campo del Derecho Constitucional, donde la primacía de este método es, en mi entender, indudable, y luego en ciertas ramas del Derecho Privado donde el orden público, habiendo creado normas, debe tener igual capacidad para alterarlas, y finalmente en otros campos donde este método, aunque menos insistente y dominante, se mantiene permanentemente en el fondo, y sale al frente cuando los tecnicismos, o la lógica, o la tradición parecen imponer sus exigencias indebidamente.

En primer término hablaré de la Constitución, y en particular de las grandes inmunidades con que rodea al

individuo. Nadie será privado de su libertad sin el debido proceso legal. He aquí un concepto de la mayor generalidad. Y sin embargo es presentado a los tribunales *en bloc*. La libertad no es definida. Sus límites no son demarcados y establecidos. ¿Cómo serán conocidos? ¿La palabra "libertad" significa lo mismo para sucesivas generaciones? ¿Es posible que aquellas restricciones que eran arbitrarias ayer sean útiles y racionales –y por consiguiente legítimas– hoy? ¿Es posible que restricciones que son arbitrarias hoy se transformen en útiles y racionales –en consecuencia legítimas– mañana? No tengo duda de que la respuesta a estas preguntas debe ser afirmativa. Hubo épocas en nuestra historia judicial en que la respuesta pudo haber sido negativa. Al principio se concibió a la libertad como algo estático y absoluto. La Declaración de la Independencia la había entronizado. La sangre de la Revolución la había santificado. La filosofía política de Rousseau y Locke y más tarde de Herbert Spencer y de la escuela de economistas de Manchester la había dignificado y racionalizado. *Laissez faire* no era solamente un consejo de prudencia que los estadistas harían bien en atender. Era un imperativo categórico que los estadistas así como los jueces debían obedecer. La "teoría del siglo XIX fue una teoría de conceptos jurídicos eternos incluidos en la idea misma de Justicia y que contenían potencialmente una norma exacta para todo caso al que se llegue por un proceso absoluto de deducción lógica".[42] Sin embargo, el siglo no había terminado cuando una nueva filosofía política vino a

42 Pound, *Juristic science and the law,* en "Harvard Law Review", vol. 31, ps. 1047 y 1048.

reflejarse en la obra de los estadistas y, finalmente, en los decretos de los tribunales. Esa transición está interesantemente descripta por Dicey en su *Law and opinion in England*.[43] "El movimiento que va desde el liberalismo individualista al colectivismo asistemático" había traído cambios en el orden social, los que llevaron consigo la necesidad de una nueva formulación de los derechos y deberes. En nuestro país tal necesidad no se afirmó demasiado pronto. Los tribunales todavía hablaban en frases de una filosofía que había servido a su época.[44] Gradualmente, sin embargo, aunque no sin frecuentes protestas e intermitentes movimientos hacia atrás, una nueva concepción de la importancia de las limitaciones constitucionales en el dominio de la libertad individual, emergió para ser reconocida y predominar. El juez Hough, en un voto interesante, encuentra la aurora de la nueva época en 1883, cuando se discutió el caso "Hurtado *v.* California".[45]

Si la nueva época amaneció entonces, estaba todavía obscurecida por niebla y nubes. Puede que aislados rayos de luz hayan anunciado el próximo día. Pero ellos no eran suficientes para iluminar el sendero. Aún en 1905, la sentencia en el caso "Lochner *v.* N. Y."[46] hablaba en términos intocados por la luz del nuevo espíritu. Es a la opinión en disidencia del juez Holmes a la que los hombres se van a

43 Duguit, *op.* y *loc.* cits.

44 Haines, *The law of nature in federal decisions,* en "Yale Law Journal", vol. 25, p. 617.

45 "United States Reports", vol. 110, p. 516; *cf.* Hough, *Due process of law today,* en "Harvard Law Review", vol. 32, ps. 218 y 227.

46 "United States Reports", vol. 198, p. 45.

volver en el futuro como al comienzo de una era.[47] En el ejemplo era la voz de la minoría. En principio se ha transformado en la voz de una nueva forma de distribución, que se ha estatuido a sí misma como Derecho. "La enmienda decimocuarta no sanciona la Estática Social de Herbert Spencer".[48] "Una Constitución no intenta incorporar una teoría económica particular, sea la del paternalismo y de la relación orgánica del ciudadano con el Estado, o la del *laissez faire*".[49] "La palabra libertad en la enmienda decimocuarta es falsificada cuando se la sostiene para impedir la manifestación natural de una opinión dominante, a menos que se pueda decir que un hombre racional y justo admitiría necesariamente que la ley propuesta infringirá principios fundamentales, tal como ellos han sido comprendidos por las tradiciones de nuestro pueblo y nuestro Derecho".[50] Ésa es la concepción de la libertad que predomina hoy.[51] Tiene sus críticos aun todavía[52] pero su dominio está, creo, asegurado. Sin duda, habrá a veces diferencias de opinión cuando tan delicada concepción sea aplicada a condiciones cambiantes.[53] Por cierto que, a veces, las condiciones mis-

47 *Cf.* Hough, art. y rev. cits., p. 232; también Frankfurter, *Constitutional opinions of Justice Holmes,* en "Harvard Law Review", vol. 29, ps. 683 y 687; Ehrlich, *Die juristische Logik,* ps. 237 y 239.

48 "United States Reports", vol. 198, p. 75.

49 "United States Reports", vol. 198, p. 75.

50 "United States Reports", vol. 198, p. 76.

51 "Noble *v.* State Bank", en "United States Reports", vol. 219, p. 104; "Tanner *v.* Little", en pub. cit., vol. 240, p. 369; "Hall *v.* Geiger Jones Co.", en pub. cit., vol. 242, p. 53; "Green *v.* Frazier", en pub. cit., vol. 253, p. 233; Frankfurter, art. y rev. cits.

52 Burgess, *Reconciliation of government and liberty.*

53 "Adams *v.* Tanner", en "United States Reports", vol. 244, p. 590.

mas están imperfectamente reveladas e inadecuadamente conocidas. Muchos e insidiosos son los medios por los que la opinión es envenenada en sus fuentes. Los tribunales a menudo han sido conducidos al error al juzgar sobre la validez de una ley, no por falta de comprensión del Derecho sino por incomprensión de los hechos. Esto pasó en Nueva York. Una ley que prohibía el trabajo nocturno de las mujeres fue declarada arbitraria y nula en 1907.[54] En 1915, con un conocimiento más completo de las investigaciones de los asistentes sociales, una ley similar fue calificada de razonable y válida.[55]

Los tribunales saben hoy que no se debe considerar a las leyes aisladamente o *in vacuo,* como pronunciamientos de principios abstractos para la guía de una comunidad ideal, sino en el contorno y la armazón de las condiciones actuales, tal como son reveladas por los trabajos de los economistas y estudiosos de las Ciencias Sociales en nuestro propio país y en el extranjero.[56] La misma concepción fluida y dinámica que subyace bajo la actual noción de Libertad, tal como es asegurada al individuo por la garantía constitucional, debe también subyacer bajo la análoga noción de Igualdad. Ningún Estado dene-

54 "People *v.* Williams", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 189, p. 131.

55 "People *v.* Schweinler Press", en New York Court of Appeals Reports", vol. 214, p. 395.

56 "Muller *v.* Oregon", en "United States Reports", vol. 208, p. 412; Pound, *Courts and legislation,* en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 9, p. 225; Pound, *Scope and Progress of sociological jurisprudence,* en "Harvard Law Review", vol. 25, p. 513; *cf.* juez Brandeis, "Adams *v.* Tanner", en "United States Reports", vol. 244, ps. 590 y 600.

gará a cualquier persona dentro de su jurisdicción "la igual protección de las leyes".[57] Las restricciones, vistas con criterio estrecho, pueden parecer fomentar la desigualdad. Las mismas restricciones, vistas con criterio amplio, pueden ser consideradas "necesarias, a la larga, para establecer la igualdad de posición entre las partes con las que comienza la libertad de contratar".[58] Charmont en *"La renaissance du Droit Naturel"*,[59] da una pulcra expresión al mismo pensamiento: *"On tend a considerer qu'il n'y a pas de contrat respectable si les parties n'ont pas été placées dans les conditions non seulement de liberté, mais d'égalité. Si l'un des contractants est sans abri, sans ressources, condamné a subir les exigences de l'autre, la liberté de fait est supprimée"*.[60]

De todo esto resulta que el contenido de las garantías constitucionales no es constante, sino que varía de época a época. "Las necesidades de generaciones sucesivas pueden hoy tornar imperativas a restricciones que eran vanas y caprichosas para la visión de tiempos pasados".[61] "Nunca debemos olvidar, en la sólida frase de

57 United States Constitution, enmienda 14ª.

58 Juez Holmes, en disidencia, "Coppage *v.* Kansas", en "Lawyers" "Edition Supreme Court Reports, United States", vol. 236, p. 27.

59 Montpellier, Coulet et fils, éditeurs, 1910.

60 "Hay ahora una tendencia a considerar que no hay ningún contrato digno de respeto si las partes no han sido colocadas en condiciones, no solamente de libertad sino también de igualdad. Si uno de los contratantes se halla sin defensa o recursos, condenado a cumplir con las exigencias de la otra, la libertad, de hecho, está suprimida." Charmont, *op. cit*., p. 172; trad. en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 7, sec. 83, p. 110.

61 "Klein *v.* Maravelas", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 219, ps. 383 y 386.

Marshall, que es una *Constitución* lo que estamos interpretando".[62]

Las leyes están hechas para satisfacer las exigencias fugitivas de la hora. La reforma es fácil a medida que las exigencias cambian. En tales casos su sentido, una vez construido, tiende legítimamente a estereotiparse en la forma primeramente forjada. Una *Constitución* no establece, ni debe establecer, normas para la hora que pasa, sino principios para un futuro que se expande. En la medida en que se desvía de esa pauta y desciende a los detalles y particularidades, pierde su flexibilidad, el campo de la interpretación se contrae, el sentido se endurece. Cuando es fiel a su función mantiene su poder de adaptación, su flexibilidad, su juego. Creo que es interesante hacer notar que aun en la interpretación de leyes comunes, hay juristas –en todo caso extranjeros– que sostienen que el sentido de hoy no es siempre el sentido de mañana. "El presidente de la Suprema Corte francesa, Ballot Beaupré, explicó, hace pocos años, que las disposiciones de la legislación napoleónica habían sido adaptadas a las condiciones imperantes por la interpretación judicial en *le sens évolutif*. «Nosotros no investigamos, dijo él, lo que el legislador quiso hace un siglo, sino lo que habría querido si hubiera conocido lo que iban a ser nuestras condiciones actuales»".[63] De igual modo Kohler dice: "se sigue de todo esto

62 *Cf.* Frankfurter, *Constitutional opinions of Justice Holmes,* en "Harvard Law Review", vol. 29, ps. 683 y 687; "Mc Culloch *v.* Maryland", en "Wheaton, United States Supreme Court Reports", vol. 4, p. 407.

63 Munroe Smith, *Jurisprudence,* ps. 29 y 30; *cf.* Van Der Eycken, *op. cit.,* ps. 383 y 384; también Brütt, *op. cit.,* p. 62.

que la interpretación de una ley no debe, por ninguna razón necesaria, seguir siendo la misma para siempre. Hablar de una interpretación exclusivamente correcta, una que represente el verdadero sentido de la ley desde el principio al fin de sus días, es absolutamente erróneo".[64]

Creo que los ejemplos –si se pueden encontrar algunos– en que este método de interpretación haya sido aplicado en Inglaterra o Norteamérica a la legislación común, deben ser raros. No tengo duda de que ha sido aplicado en el pasado, y que con renovada frecuencia será aplicado en el futuro para limitar el ámbito y el sentido de los amplios preceptos y garantías de las constituciones estatales y nacionales. No veo razón para que no sea aplicado a las leyes estructuradas según principios similarmente generales, si las hay tales. Debemos leerlas, sea el resultado restrictivo o amplio, en *le sens évolutif*.[65]

Pueden encontrarse ejemplos adecuados en leyes y sentencias recientes. Hace mucho tiempo la Suprema Corte sostuvo que la legislación tenía poder de controlar y regular todo negocio que afectara "la utilidad pública".[66] Hoy la Suprema Corte sostiene que existe igual poder allí donde las transacciones afectan "un interés público".[67] El seguro contra incendios ha sido incluido en

64 Kohler, *Interpretation of law,* trad. en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 9, p. 192; *cf.* el informe del profesor Huber sobre el Código alemán, cit. por Gény, *Technic of codes,* en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 9, p. 548; también Gény, *Méthode et sources en droit privé positif,* vol. I, p. 273.

65 Munroe Smith, *op.* y *loc.* cits.

66 "Munn *v.* Illinois", en "United States Reports", vol. 94, p. 113.

67 "German Alliance Ins. Co. *v.* Kansas", en "United States Reports", vol. 233, p. 389.

esa categoría.[68] Una sentencia reciente de un tribunal inferior ha puesto en la misma categoría a las transacciones sobre la venta de carbón cuando la situación de emergencia creada por la guerra o la dislocación que de ella resulta, trae una situación de injusticia y opresión en el juego de la libre competencia.[69] Los defensores de las recientes leyes de alquileres en Nueva York[70] declaran que las nuevas restricciones a los antiguos derechos de propiedad hallan justificación en principios semejantes. Yo no sugiero ninguna opinión acerca de si se puede afirmar que esas leyes, en algunos de sus aspectos, vayan demasiado lejos. Me limito a indicar la naturaleza del problema, y el método y actitud del enfoque.[71]

La propiedad, como la libertad, aunque es inmune a toda destrucción, según la Constitución, no es inmune a toda reglamentación que sea esencial para el bien común. Cada generación debe descubrir por sí misma lo que esa regulación ha de ser.[72] La generación que nos dio el caso "Munn v. Illinois",[73] y otros semejantes, afirmó ese derecho a legislar siempre que la negociación "afecte el interés público". Tal frase, en su aplicación, significaba poco

68 "German Alliance Ins. Co. *v.* Kansas", en "United States Reports", vol. 233, p. 389.

69 "American Coal Minning Co. *v.* Coal & Food Commission", en "U. S. District Court, Indiana", 6 de septiembre de 1920.

70 Leyes de 1920, caps. 942 y 953.

71 Desde que estas conferencias fueron escritas, las leyes que se mencionan fueron aplicadas en los casos "People ex rel. Durham Realty Co. *v.* La Fetra", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 230, p. 429; "Marcus Brown Holding Co. *v.* Feldman", en "United States Reports", vol. 256, p. 170.

72 "Green *v.* Frazier", en "United States Reports", vol. 253, p. 233.

73 "United States Reports", 1876, vol. 94, p. 113.

más o menos lo mismo que si dijera que "siempre que una necesidad social sea inminente y urgente". Tal formulación del principio puede haber sido adecuada a las exigencias de la época. Actualmente hay una tendencia creciente en el pensamiento político y jurídico a examinar el principio más profundamente y a formularlo con más amplitud. Hoy en día, se dice que la propiedad, como toda otra institución social, tiene una función social que cumplir. Una cosa es una legislación que destruya la institución misma, y otra muy diferente es una legislación que la mantenga fiel a su función. Éste es el tema dominante de una nueva y poderosa escuela de publicistas y juristas en el continente europeo, en Inglaterra y aun aquí. Entre los franceses se puede encontrar esa idea desarrollada con gran fuerza y sugestión por Duguit en sus *Transformations générales du Droit Privé depuis le Code Napoleon.*[74] Es aún demasiado temprano para decir hasta dónde va a ganar un lugar en nuestro Derecho esta nueva idea de la función de las instituciones y las obligaciones inherentes a ella. Quizás encontráramos, en última instancia, que esa idea no es sino un poco más que lo que se dice en el caso "Munn *v.* Illinois", sólo que bajo los ropajes de una nueva filosofía. Por cierto que no pretendo predecir en qué extensión la vamos a adoptar, ni siquiera afirmar si en definitiva la adoptaremos en alguna medida. Basta para mi propósito presente la afirmación de que puede ser que nuevos

74 Trad., en "Continental Legal History Series", vol. XI, sec. 6 y ss., p. 74; para un punto de vista más extremo, ver R. H. Tawney, *The acquisitive society.*

tiempos y nuevas costumbres puedan exigir nuevos *standards* y nuevas normas.

Por consiguiente, los tribunales se hallan en libertad para demarcar los límites de las garantías del individuo, para ajustar sus sentencias a la Razón y a la Justicia. Esto no quiere decir que al juzgar sobre la validez de las leyes ellos se hallen en libertad para substituir por sus propias ideas de Razón y Justicia, aquéllas de los hombres y mujeres a quienes ellos sirven. Su *standard* debe ser objetivo. En tales materias, lo que cuenta no es lo que yo crea que es justo, sino lo que yo pueda razonablemente creer que algún otro hombre de inteligencia y conciencia normales pueda razonablemente considerar justo "Si bien los tribunales deben ejercitar su propio juicio, no es verdad, en modo alguno, que toda normación que a los jueces les parezca excesiva, inadecuada para su fin ostensible, o basada sobre concepciones de moralidad con que disienten, sea nula. Se debe permitir una gran latitud, tanto para las diferencias de punto de vista, como para las condiciones particulares posibles que este tribunal no puede conocer sino imperfectamente, en el mejor de los casos. De lo contrario, una Constitución en vez de incorporar solamente normas de Derecho relativamente fundamentales, tal como son generalmente entendidas por todas las comunidades de habla inglesa, se transformaría en propugnadora de un elenco de opiniones éticas o económicas que en modo alguno, son sostenibles *semper ubique et ab omnibus*".[75]

75 "Otis *v.* Parker", en "United States Reports", vol. 187, p. 608.

Aquí, como tan a menudo sucede en el Derecho, "el *standard* de conducta es externo y no toma en cuenta la ecuación personal del hombre afectado".[76] "El intérprete, dice Brütt,[77] debe ante todo poner aparte sus estimaciones de los valores políticos y legislativos, y debe esforzarse por establecer en un espíritu puramente objetivo, cuál ordenación de la vida social de la comunidad concuerda mejor con el fin del derecho en cuestión en las circunstancias con que se enfrenta". Hay, por cierto, algunas ramas del Derecho en que hay un campo más libre para el punto de vista subjetivo. De ellas hablaremos de aquí en adelante. El elemento personal, cualquiera sea su campo en otras esferas, debería tener poca, o ninguna, influencia en la determinación de los límites del Poder Legislativo. Uno de los poderes del gobierno no puede imponer a otro sus propios *standards* de verdad. "Debe recordarse que las legislaturas son las últimas guardianas de las libertades y el bienestar del pueblo en un grado igualmente importante que los tribunales".[78] Algunos críticos de nuestro Derecho Público insisten en que la facultad de los tribunales de fijar los límites de las invasiones permisibles, por ley, a la libertad del individuo, debe ser eliminada.[79] Ellos dicen que esa facultad o significa demasiado mucho o demasiado poco. Si es ejer-

76 "The Germanic", en "United States Reports", vol. 196, ps. 589 y 596.
77 *Die Kunst der Rechtsanwendung,* p. 57.
78 "Missouri, K. & T. Co. *v.* May", en "United States Reports", vol. 194, ps. 267 y 270; "People *v.* Crane", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 214, ps. 154 y 173.
79 *Cf.* Collins, *The 14th amendment and the States,* ps. 158 y 166.

cida libremente, si se la transforma en una excusa para imponer las creencias y filosofías individuales de los jueces a otras ramas del gobierno, si estereotipa la legislación dentro de formas y límites que eran eficaces en el siglo XIX, o quizás en el XVIII, encadena al progreso y alimenta la desconfianza y la sospecha hacia los tribunales. Si por otro lado, se la interpreta en el sentido amplio y variable que creo es el verdadero, si se debe mantener a las leyes a menos que sean tan abiertamente arbitrarias y opresivas que los hombres y las mujeres de recto juicio no puedan razonablemente considerarlas de otra forma, el derecho de supervisión, se dice, no vale lo que el peligro de abuso. "No hay duda de que llega un momento en que una ley resulta tan abiertamente opresiva y absurda que no puede tener justificación en ninguna constitución política sensata".[80]

La verdad es que tales momentos llegan, aunque sólo raramente. Pocas son las ocasiones en que las legislaturas desean sancionar una ley que merezca condenación por aplicación de una prueba tan liberal como aquélla; y si bien el descuido, el apuro o la pasión momentánea pueden, en intervalos raros, dar a luz tales leyes, con injusticia para individuos o clases, podemos confiar en que las legislaturas sucesivas corregirán el error. Ése es el argumento de los críticos del sistema actualmente existente. Mi opinión es que adjudica muy poca importancia al valor de los elementos "imponderables". La utilidad de

80 Learned Hand, *Due process of law and the eight hour day,* en "Harvard Law Review", vol. 21, ps. 495 y 508.

un poder externo que restrinja el criterio legislativo, no se puede medir contando las ocasiones de su ejercicio. Los grandes ideales de Libertad e Igualdad son protegidos contra los asaltos del oportunismo, la conveniencia de la hora que pasa, la erosión de pequeñas violaciones, el desdén o la mofa de aquellos que no tienen paciencia con los principios generales, mediante el procedimiento de engastarlos en constituciones y consagrar la tarea de su protección a un cuerpo de defensores. Por influencia consciente o subconsciente, la presencia de este poder moderador, que aunque se halla a distancia en el paisaje está siempre en reserva, tiende a estabilizar y racionalizar el criterio legislativo, a infundirle el brillo de los principios, a mantener el *standard* en lo alto y visible para aquéllos que deben correr la carrera y conservar la fe.[81] No quiero negar que han habido momentos en que la posibilidad de la revisión judicial ha funcionado en el otro sentido. Las legislaturas a veces han renunciado a su propia responsabilidad y se la han pasado a los tribunales. Tales peligros deben ser equilibrados en confrontación con los de la independencia de toda restricción, la independencia de los funcionarios públicos elegidos por términos breves, sin la fuerza conductora de una tradición continua. Del conjunto, yo creo que los peligros mencionados en último término son los más formidables de los dos. Las grandes máximas si pueden ser violadas con impunidad, reciben a menudo el honor del jarabe de pico que cae fácilmente en la irreverencia. El poder moderador de la judicatura, no

81 *Cf.* Laski, *Authority in the modern State,* ps. 62 y 63.

manifiesta su principal valer en los pocos casos en que la legislatura ha traspasado las líneas que marcan los límites de la discreción. Más bien encontraremos su principal valer en su función de hacer enunciables y audibles los ideales que de otro modo podrían quedar silenciados, de darles continuidad de vida y de expresión, de guiar y dirigir la elección dentro de los límites en que la elección campea. Esta función conservará para los tribunales el poder que ahora les pertenece, solamente si ese poder es ejercido con conocimiento de los valores sociales y con elasticidad de adaptación a las cambiantes necesidades sociales.

Paso ahora a otro campo en el que el dominio del método de la sociología se puede dar por asegurado. Hay algunas normas de Derecho Privado que han sido moldeadas en su creación por el orden público, y esto no solamente en forma silenciosa o en conjunción con otras fuerzas, sino manifiestamente y casi –si no totalmente– con exclusividad. Ahora bien, el orden público al ser determinado por nuevas condiciones, puede cambiar. Tomo como ejemplo sentencias actuales que han hecho más liberal a la norma de *common law* que condena los contratos hechos en restricción del comercio. Los tribunales se han permitido en esto una libertad de acción que en muchas ramas del Derecho no estarían dispuestos a manifestar. Lord Watson presenta el asunto lisa y llanamente en el caso "Nordenfeldt *v.* Maxim, Nordenfeldt Guns & Ammunition Co.",[82] cuando dice: "una serie de sentencias basadas

82 "English Law Reports, Appeal Cases", 1894, ps. 535 y 553.

en fundamentos de orden público, por eminentes que sean los jueces que las dictaron, no pueden poseer la misma fuerza obligatoria que aquellas sentencias que tratan y formulan principios puramente jurídicos. El curso del orden público como política perseguida por cualquier país en relación con su comercio, y para promover los intereses del mismo, debe, a medida que el tiempo avanza y su comercio prospera, sufrir cambios y desarrollos originados en causas varias, todas las cuales son independientes de la acción de sus tribunales. En Inglaterra, por lo menos, se halla más allá de la jurisdicción de los tribunales el encapsular y estereotipar la política nacional. Su función, cuando un caso como el presente es traído ante ellos, no es, en mi opinión, necesariamente la de aceptar lo que fue sostenido como la norma de orden público 100 o 150 años atrás, sino la de establecer, con una aproximación tan exacta como las circunstancias lo permitan, cuál es la norma de orden público para la época presente. Una vez que esa norma ha sido establecida, tienen el deber de rehusar dar efecto a todo contrato privado que la viole y que, de tener apoyo judicial, se manifestase dañoso para la comunidad". Un pensamiento semejante encuentra expresión en las opiniones de nuestros propios tribunales: "Las normas de arbitrio que originalmente estaban bien fundadas, han sido así hechas para dar lugar a condiciones ya otras, y principios subyacentes se aplican a los métodos existentes de negociar. Las tendencias de la mayoría de los tribunales nor-

83 Juez Knowlton, "Anchor Electric Co. *v.* Hawkes", en "Massachussetts Reports", vol. 171, ps. 101 y 104.

teamericanos están en la misma dirección".[83] Pienso que podemos investigar un desarrollo similar en la actitud de los tribunales hacia las actividades de las organizaciones obreras *(labor unions)*. La desconfianza y hasta la hostilidad de una generación anterior encontró su reflejo en decisiones judiciales que una cambiante concepción de los valores sociales ha hecho necesario volver a fundir.[84] Aún sobreviven algunos remanentes del viejo punto de vista, pero ellos no son sino remanentes. Éste es uno de los campos en que el Derecho está todavía en formación, o mejor aún, en reformación. No podemos dudar que su nueva forma va a llevar el cuño de esas necesidades y valores sociales que todavía están emergiendo hacia el reconocimiento y el poder.

84 *Cf.* Laski, *Authority in the modern State,* p. 39.

CAPÍTULO III
EL MÉTODO DE LA SOCIOLOGÍA. EL JUEZ COMO LEGISLADOR

He elegido estas ramas del Derecho solamente como ejemplos conspicuos de la aplicación por los tribunales del Método de la Sociología. Pero la verdad es que no hay rama donde el método no sea fructífero. Aun cuando no parece dominar, se halla siempre en reservas. Él es el árbitro entre otros métodos, determinando en último análisis la elección de cada uno, sopesando sus respectivas demandas, poniendo límites a sus pretensiones, equilibrándolos, moderándolos y armonizándolos a todos. En nuestro tiempo son pocas las normas que estén tan bien establecidas como para que no puedan ser llamadas cualquier día a justificar su existencia como medios adaptados a un fin. Si no funcionan, es que están enfermas. Y si están enfermas, no deben propagar su especie. A veces son arrancadas y extirpadas del todo. Otras veces, se las deja con la sombra de una vida continuada, pero esterilizadas, truncadas e impotentes para hacer daño.

Tenemos una notable ilustración de la fuerza de la consistencia lógica, y consecutivamente de su derrumbamiento gradual ante las demandas de la conveniencia práctica en casos aislados o excepcionales, y, finalmente, de la fuerza generatriz que tienen las excepciones como un nuevo tronco de descendencia, en los casos que tratan del derecho del tercero, beneficiario en un contrato.

Inglaterra ha sido lógicamente consistente y ha rehusado esa acción por completo. Nueva York y la mayoría de los Estados cedieron a las demandas de la conveniencia y reconocieron esa acción, pero al principio en forma solamente excepcional y sujeta a muchas restricciones. Gradualmente las excepciones se ampliaron hoy, en que han dejado muy poco de esa norma.[1] Ella sobrevive primordialmente en los casos en que la intención se vería frustrada o la conveniencia afectada, el extender el derecho de accionar a otras personas que las partes contratantes.[2] Normas obtenidas por un proceso de deducción lógica, partiendo de concepciones preestablecidas de lo que es contrato y obligación, se han derrumbado ante la acción lenta, firme y erosiva de la utilidad y de la justicia.[3]

Vemos el mismo proceso en funcionamiento en otros campos. Ya no interpretamos los contratos con adhesión meticulosa a la letra cuando ésta está en conflicto con el espíritu. Leemos en ellos cláusulas y obligaciones por simple implicación cuando los encontramos "inspirados en una obligación" imperfectamente expresada. "El Derecho ha superado su primitivo estadio de formalismo en que la palabra precisa era el talismán soberano y todo desliz era fatal".[4] Quizás sea en el campo del Derecho

1 "Seaver *v.* Ransom", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 224, p. 233.
2 "Fosmire *v.* National Surety Co.", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 229, p. 44.
3 *Cf.* Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon,* en "Continental Legal History Series", vol. XI, sec. 36, p. 120.
4 "Wood *v.* Duff Gordon", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 222, p. 88.

Procesal donde hemos presenciado los principales cambios; aun cuando deban todavía hacerse también otros mayores. Las acusaciones criminales y las demandas civiles son vistas ahora con ojos indulgentes. Los tribunales sostienen, con frecuencia creciente, que la normación sobre cuestiones de prueba entra dentro de la discreción del juez que preside el juicio. Los errores ya no sirven de base para anular sentencias con el consiguiente horror de nuevos juicios, a menos que el tribunal de apelación encuentre que ellos han influido en el resultado. A veces ha sido necesaria la legislación para liberarnos de los viejos grillos. A veces el conservadorismo de los jueces ha amenazado, durante un intervalo, con robarle a la legislación su eficacia.[5] Este peligro se reveló en la actitud de los tribunales hacia las reformas incluidas en los códigos de procedimientos, en los días en que fueron por primera vez sancionados.[6] Algunos precedentes establecidos en esos tiempos ejercen aún ahora una influencia desgraciada. Sin embargo, la tendencia actual es en dirección a un liberalismo creciente. El nuevo espíritu se ha abierto camino gradualmente; y su progreso, que no se nota paso a paso, es visible en enfoque retrospectivo cuando miramos hacia atrás sobre la distancia recorrida. Las viejas formas permanecen, pero se hallan llenas de un nuevo contenido. Nos estamos alejando de lo que Ehrlich llama *"die spielerische und die mathematische*

5 "Kelso *v.* Ellis", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 224, ps. 528, 536 y 537; "California Packing Co. *v.* Kelly S. & D. Co.", en pub. cit., vol. 228, p. 49.

6 Pound, *Common law and legislation,* en "Harvard Law Review", vol. 21, ps. 383 y 387.

Entscheidung",[7] es decir, la concepción de un pleito judicial como un problema matemático o como un juego deportivo. Nuestro propio Wigmore ha hecho mucho para tornar anticuada esa concepción.[8] Estamos pensando en el fin a que sirve el Derecho, y ajustando sus normas al designio de ser eficaces.

Esta idea de que los fines determinan la dirección en que el Derecho crece, que fue la gran contribución de Jhering a la Teoría General del Derecho,[9] encuentra su herramienta, su instrumento, en el método de la Sociología. Lo principal no es el origen sino el fin. No puede haber ninguna sabiduría en la elección de una senda a menos que conozcamos adónde va a conducir. La concepción teleológica de su función debe siempre estar presente en la mente del juez. Esto significa, por supuesto, que la filosofía jurídica del *common law* es en el fondo la filosofía del pragmatismo.[10] Su verdad es relativa, no absoluta. Toda norma que funciona bien, produce un título jurídico que será reconocido. Sólo que al determinar cómo funciona, no debemos examinarla con criterio demasiado estrecho. No debemos sacrificar lo general a lo particular. No debemos tirar al viento las ventajas de la consistencia y la uniformidad para hacer justicia en cada

7 Ehrlich, *Die juristische Logic,* p. 295 y ps. 294 y 296.

8 Ver su *Treatise on evidence, passim*.

9 Jhering, *Zweck im Recht*, en "Modern Legal Philosophy Series", vol, 5; también Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* vol. I, p. 8; Pound, *Scope and purpose of sociological jurisprudence,* en "Harvard Law Review", vol. 25, ps. 140, 141 y 145; Pound, *Mechanical jurisprudence,* en "Columbia Law Review", vol. 8, ps. 603 y 610.

10 Pound, *Mechanical jurisprudence,* en "Columbia Law Review", vol. 8, ps. 603 y 609.

caso.[11] Debemos mantenernos dentro de esos límites intersticiales que los precedentes, la costumbre y la práctica prolongada, silenciosa y casi indefinible de otros jueces, a través de los siglos del *common law,* han impuesto a las innovaciones del Derecho Judicial, pero dentro de los límites así fijados, dentro del ámbito en que se mueve la elección, el principio último de selección para los jueces, así como para los legisladores, es el de adecuación a un fin. *"Le but est la vie interne, l'âmecachée, mais génératrice, de tous les droits".*[12] No recogemos nuestras normas ya plenamente maduras en los árboles. Todo juez que consulte su propia experiencia debe tener conciencia de las oportunidades en que el libre ejercicio de la voluntad, dirigida por un firme propósito de completar el bien común, determina la forma y la tendencia de una norma que, en ese momento, tiene su origen en un acto creativo.

La concepción de Savigny sobre el Derecho como algo que se realiza sin lucha, fin o propósito, como un proceso de crecimiento silencioso de cristalización en la vida y manera de la Historia y el genio de un pueblo, da un cuadro incompleto y parcial. Esa concepción es verdadera si la entendemos como queriendo significar que el juez al dar forma a las normas jurídicas debe atender a las *mores* de su momento. En cambio ella es parcial, y por consiguiente falsa, en la medida que implica que las *mores* del momento automáticamente dan forma a normas que, ya completamente desa-

11 *Cf.* Brütt, *Die Kunst der Rechtsandwendung,* ps. 161 y 163.

12 Saleilles, *De la personnalité juridique,* p. 497. *"Avec Jhering nous resterons des réalistes, mais avec lui aussi nous serons des idéalistes, attachés à l'idée de but et de finalité sociale"* (Saleilles, *op. cit*., p. 516).

rrolladas y hechas, son entregadas al juez.[13] Es que las normas jurídicas son confundidas con los principios jurídicos, las *Entscheidungsnormen* con los *Rechtssätze.*[14] El Derecho es, ciertamente, un crecimiento histórico, porque es una expresión de la moralidad corriente que se desarrolla silenciosa e inconscientemente de una época a otra. Esa es la gran verdad en la teoría de Savigny sobre sus orígenes. Pero el Derecho es también un crecimiento consciente o deliberado, porque la expresión de la moralidad vigente será falsa a menos que la mente del juez se dirija al logro del fin moral y a su encarnación en fórmulas jurídicas.[15] Solamente un esfuerzo consciente será lo adecuado si es que el fin en vista es lo que va a prevalecer. Los *standards* o pautas de utilidad y de moral serán encontrados por el juez en la vida de la comunidad. Ellos serán encontrados de igual modo por el legislador. Esto no quiere decir, sin embargo, que la función tanto del uno como del otro es una réplica de las formas de la Naturaleza.

Ha sido muy debatido entre los juristas extranjeros, si las normas de una conducta recta y útil, las pautas del bienestar social, han de ser encontradas por el juez de conformidad con un *standard* objetivo o subjetivo. Varias escuelas de ideas contrapuestas han polemizado en favor de cada uno de esos puntos de vista.[16]

13 *Cf.* Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts,* ps. 366 y 368; Pound, *Courts and legislation,* en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 9, p. 212; Gray, *Nature and sources of law,* secs. 628 y 650; Vinogradoff, *Outlines of historical jurisprudence,* p. 135.

14 Ehrlich, *op. y loc. cits.*

15 *Cf.* Gény, *op. cit.,* vol. I, sec. 92, p. 263.

16 Para una síntesis clara e interesante, ver Brütt, *op. cit.,* ps. 101 y ss.; *cf.* Gény, *op. cit.,* vol. I, p. 221; y en contra: Flavius, *op. cit.,* p. 87.

A veces, la controversia ha parecido volcarse el uso de las palabras, o poco más. Como esa distinción tiene importancia práctica, las tradiciones de nuestra ciencia jurídica nos remiten al *standard* objetivo. No quiero significar, por supuesto, que este ideal de visión objetiva se alcanza siempre perfectamente. No podemos trascender las limitaciones del *ego* y al mismo tiempo ver todo como realmente es. Ello no obstante, hay que luchar por ese ideal dentro de los límites de nuestra capacidad. Una vez que se percibe claramente esta verdad, ella tiende a unificar la función del juez. Su deber de declarar el Derecho de acuerdo con la Razón y la Justicia aparece como una fase de su deber de declararlo de acuerdo con la Costumbre. Es la moralidad acostumbrada entre los hombres y las mujeres rectos lo que él debe sancionar con su sentencia. Una ciencia jurídica que no sea constantemente puesta en relación con los *standards* objetivos o externos, corre el riesgo de degenerar en lo que los alemanes llaman *Die Gefühlsjurisprudenz,* o sea una ciencia jurídica de mero sentimiento u opinión.[17] Una sentencia judicial, dice Stammler, "debe ser una sentencia sobre el derecho objetivo, y no una opinión subjetiva libre; un veredicto y no un mero *fiat.* Sólo el error guiará un caso si se ha de decir de la sentencia judicial lo que se dice en la obra *Dos caballeros de Verona* (acto I, escena II):

«No tengo sino una razón de mujer; Creo que él es así, porque creo que él es así».[18]

17 Brütt, *op. cit.,* ps. 101 y 111
18 Stammler, *Richtiges Recht,* sec. 162, cit. por Brütt, *op. cit.*, p. 104

Distinguidos juristas han polemizado en pro de un *standard* más subjetivo. "Todos estamos de acuerdo, dice el profesor Gray,[19] en que muchos casos deben ser decididos por los tribunales sobre la base de nociones del Bien y del Mal, y, por supuesto, todos van a estar de acuerdo en que el juez probablemente va a compartir las nociones del Bien y del Mal que predominan en la comunidad en que vive; pero supongamos un caso en que no hubiera para guiarlo sino nociones de Bien y Mal, y que sus nociones del Bien y del Mal difieran de las de la comunidad; ¿cuáles debería seguir: sus propias nociones o las de la comunidad? La teoría de Carter *(Origin and sources of law,* J. C. Carter) le exige decir que el juez debe seguir las nociones de la comunidad. Yo creo que debe seguir sus propias nociones".

La hipótesis que nos ofrece el profesor Gray, no es fácil que se realice en la práctica. Muy raros van a ser los casos en que, existiendo nociones contradictorias sobre lo que es una conducta recta, no haya algo más que mueva la balanza. Sin embargo, si se presentara el caso supuesto, un juez, yo pienso, erraría si quisiera imponer sobre la comunidad como regla debida, sus propias idiosincrasias de conducta o creencia. Supongamos, como ejemplo, que un juez vea el ir al teatro como un pecado. ¿Hará él bien si, en un campo donde la norma de Derecho aún no está fijada, permite que esa convicción gobierne su decisión, aun sabiendo que ella está en conflicto con el *standard* de recta conducta que predomina? Mi propia idea es la de

19 *Nature and sources of law,* sec. 610.

que él estaría bajo el deber de amoldarse a los *standards* aceptados por la comunidad, es decir, las *mores* de la época. Esto no significa, sin embargo, que un juez es impotente para levantar el nivel de la conducta predominante. En uno u otro campo de la actividad humana, las prácticas en oposición con los sentimientos y *standards* de la época, pueden crecer y amenazar con hacerse fuertes si no se las desecha. A pesar de que sean sostenidas temporariamente, ellas no resisten la comparación con las normas de moral aceptadas. La indolencia o la pasividad han tolerado lo que el juicio sereno de la comunidad condena. En tales casos una de las más altas funciones del juez es la de establecer la verdadera relación que existe entre conducta y profesión. Y hasta hay épocas, para hablar un poco paradójicamente, en que lo menos que va a satisfacer a los *standards* objetivos, es la medida subjetiva. Algunas relaciones en la vida imponen el deber de actuar en concordancia con la moralidad corriente, y nada más. En ellas la moralidad corriente debe ser el *standard* para el juez. *Caveat emptor* es una máxima que a menudo tendrá que ser seguida cuando la moralidad que ella expresa no sea la de las almas sensitivas. Otro tipo de relaciones vitales como, por ejemplo, las del fideicomisario de un *trust* y el beneficiario, o el del asegurador y el asegurado, imponen un deber de actuar en concordancia con los más altos *standards*, aquéllos que se impone a sí mismo un hombre de la conciencia más delicada y del más escrupuloso sentido del honor. En tales casos se hace deber del juez sancionar la adhesión a esos *standards*. Si las nuevas situaciones han de incluirse dentro

de una clase de relaciones, o dentro de la otra, debe ser determinado, a medida que surgen, sobre la base de consideraciones de analogía, conveniencia, aptitud o justicia.

La verdad es, ciertamente, como dije, que la distinción entre la conciencia subjetiva o individual y la objetiva o general, en el campo donde el juez no se halla limitado por normas establecidas, es vaga y evanescente, y tiende a hacerse una distinción de palabras y poco más. Para el casuista y el filósofo tiene su interés especulativo. En la administración práctica de justicia muy pocas veces ella será decisiva para el juez. Esto es admitido por Brütt, uno de los más probos sostenedores de la teoría del Derecho objetivo.[20] La percepción del Derecho objetivo toma el color de la mente subjetiva. Las conclusiones de la mente subjetiva toman el color de las prácticas acostumbradas y las creencias objetivadas. Hay una interacción constante y sutil entre lo que está afuera y lo que está adentro. Podemos sostener, por un lado, con Tardé y su escuela, que todas las innovaciones sociales vienen "de invenciones individuales difundidas por la imitación";[21] y, por el otro lado, con Durkheim y su escuela, que todas esas innovaciones vienen "a través de la acción de la mente social".[22] En cualquiera de ambos puntos de vista, sea que el impulso se extienda desde el individuo o desde

20 Brütt, *op. cit.*, p. 139.

21 Barnes, *Durkheim's political theory*, en "Political Science Quarterly", vol. 35, p. 239.

22 *Ibidem; cf.* Barker, *Political thought from Spencer to today,* ps. 151, 153 y 175.

la sociedad, desde adentro o desde afuera, ni los componentes ni el todo pueden funcionar en independencia recíproca. La mente y voluntad personal y la general están inseparablemente unidas. La diferencia, cuando una o la otra teoría sobre el deber judicial prevalece, importa a lo sumo un pequeño cambio de acento, del método de enfoque, del punto de vista, del ángulo, desde el cual se consideran los problemas. Sólo pálidamente y mediante una influencia subconsciente, o casi subconsciente, esa diferencia se reflejará en las decisiones de los tribunales.

Mi análisis de la función judicial viene, entonces, a decir más o menos esto: que la Lógica, la Historia, la Costumbre, la Utilidad y los *standards* de recta conducta aceptados, son las fuerzas que, singularmente o en combinación, moldean el progreso del Derecho. Cuál de estas fuerzas dominará en cada caso, depende en gran medida de la importancia o valor de los intereses sociales que van a ser en él promovidos o menospreciados.[23] Uno de los intereses sociales más fundamentales es el de que el Derecho sea uniforme e imparcial. No debe haber nada en su acción que sepa a prejuicio o favor, ni aun a capricho arbitrario o antojo. En consecuencia, en primer término estará la adhesión al precedente. Debe haber un desenvolvimiento simétrico, consistente con la Historia o la Costumbre cuando la Historia y la Costumbre han sido la fuerza motriz, o la principal en dar forma a las normas

23 Van Der Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique,* p. 59; Ehrlich, *Die juristische Logik*, p. 187.

existentes; y con la Lógica o la Filosofía cuando el poder motor ha sido de ellas. Sin embargo, el desenvolvimiento simétrico puede ser comprado a un precio demasiado alto. La uniformidad deja de ser un bien cuando se transforma en uniformidad en la opresión. El interés social a cuyo servicio está la simetría o certeza, debe, por ello, ser equilibrado por el interés social a que sirven la equidad, la probidad u otros elementos del bienestar social. Estos últimos pueden imponer al juez el deber de trazar la línea en otro ángulo, de abrir el sendero por otros rumbos, de marcar un nuevo punto de partida desde el cual otros que vengan después que él van a iniciar su viaje.

Si ustedes preguntan cómo sabe el juez cuándo un interés pesa más que otro, yo sólo puedo responder que él debe sacar su conocimiento tal como hace el legislador, de la experiencia, el estudio y la reflexión; en síntesis de la vida misma. Aquí, ciertamente, está el punto de contacto entre la función del legislador y la suya. La elección de métodos, la estimación de valores, debe, en última instancia, ser guiada por análogas consideraciones en uno y en otro. Cada uno está, por cierto, legislando dentro de los límites de su competencia. No hay duda que los límites para el juez son más estrechos. Él legisla solamente llenando lagunas. Él llena los espacios abiertos en el Derecho. Hasta dónde puede ir sin pasarse de los límites de los intersticios que él llena, no puede serle demarcado de antemano, como en mapa.

Él debe aprenderlo por sí mismo, a medida que gana el sentido de la justeza y proporción que llega con años de permanencia en la práctica de un arte. Aun dentro de las lagunas hay restricciones no fáciles de definir, pero que

son percibidas, por impalpables que sean, por todo juez y abogado y que delimitan y circunscriben su acción. Ellas son establecidas por la tradición de los siglos, por el ejemplo de otros jueces, de sus predecesores y sus colegas, por el juicio colectivo de la profesión y por el deber de adhesión al perdurable espíritu del Derecho. "*Il ne peut intervenir,* dice Charmont,[24] *que pour suppléer les sources formelles, mais il n'a pas, dans cette mesure même, toute latitude pour créer des regles de droit. Il ne peut ni faire echec aux principes généraux de notre organisation juridique, explicitement ou implicitement consacrés, ni formuler une réglementation de détail pour l'exercise de certains droits, en établissant des délais, des formalités, des règles de publicité*".[25] Sin embargo, dentro de los confines

24 *La renaissance du droit naturel,* p. 181.

25 "Él puede intervenir solamente para suplir las fuentes formales pero no tiene, aun en esta medida, facultad amplia para crear normas de Derecho. Él no puede ni restringir los principios generales de nuestra organización jurídica, explícita o implícitamente sancionados, ni formular una reglamentación de detalle para el ejercicio de ciertos derechos introduciendo demoras, formalidades o reglas de publicidad" (Charmont, *op. cit.*, trad. inglesa en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 7, sec. 91, p. 120). *Cf.* Jhering, *Law as a means to an end*, en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 5, introducción por W. M. Geldart, p. XLVI: "Los propósitos del Derecho se hallan encarnados en conceptos jurídicos que se deben desarrollar con independencia y no pueden ser llamados, a cada paso, a satisfacer necesidades particulares. En caso contrario no se podría llegar a ningún sistema ni certeza. Pero esta autonomía de Derecho, así sea sólo por exceso o defecto en la Lógica, conducirá a una divergencia entre el Derecho y las necesidades de la vida, las que, de tiempo en tiempo, requieren la corrección de aquél. En qué medida, si en alguna, los cambios necesarios pueden o deben ser realizados por las decisiones judiciales o por el desarrollo de la Teoría Jurídica y en qué medida será necesaria la intervención del legislador, es materia que variará de un territorio jurídico a otro, de acuerdo con las tradiciones vigentes en lo que se refiere a la fuerza obligatoria de los precedentes, al carácter del Derecho legislado y a la mayor o menor libertad de interpretación judicial".

de estos espacios abiertos y de los del precedente y la tradición, la elección se mueve con una libertad que permite calificar su acción de creativa. El Derecho que resulta de esa acción no es encontrado, sino hecho. Tal procedimiento, siendo legislativo, requiere la sabiduría del legislador.

La verdad es que no hay nada revolucionario o siquiera novedoso en este enfoque de la función judicial.[26] Es la forma como se han manejado los tribunales durante siglos en el desarrollo del *common law*. La diferencia entre época y época no está tanto en el reconocimiento de la necesidad de que el Derecho se amolde a un fin, sino más bien en la naturaleza del fin al que ha habido que amoldarse. Hubo períodos en que la uniformidad y aun la rigidez, es decir la eliminación del elemento personal, se sentían como las necesidades supremas.[27] Por una suerte de paradoja, el fin era mejor servido al no tenerlo en cuenta y al pensar solamente en los medios. Gradualmente la necesidad de un sistema más flexible se hizo más firme. A menudo la laguna existente entre la norma vieja, y la nueva, era llenada por la mentira piadosa de una ficción.[28] Lo que nos concierne aquí es el hecho de que fue llenada cada vez que la importancia del

26 Berolzheimer, en "Modern Legal Philosophy Series" vol. 9, ps. 167 y 168.

27 Flavius, *op. cit.*, 49; Pollock y Maitland, *History of english law,* vol. II, p. 561.

28 Smith, *Surviving fictions*, en "Yale Law Journal", vol. 27, ps. 147 y 317; Ehrlich, *op. cit.*, ps. 227 y 228; Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 382. *"Lorsque la loi sanctionne certains rapports juridiques, à l'exclusion de tels autres qui en différent, il arrive, pour tels ou tels rapports de droit plus ou moins similaires auxquels on sent le besoin d'étendre la protection légale, que l'on est tenté de procéder, soit par analogie soit par fiction. La fiction est une analogie un peu amplifiée, ou plutôt non dissimulée"* (Saleilles, *op. cit.*).

fin era dominante. Hoy el uso de ficciones ha declinado; y los resortes de la acción son descubiertos allí donde en otra época estaban escondidos. Sin embargo aún ahora ellos no son totalmente conocidos ni incluso por aquéllos a quienes controlan. Buena parte de ese proceso ha sido inconsciente o casi inconsciente. Los fines a que los tribunales se han dirigido, las razones y motivos que los han guiado, a menudo han sido vagamente sentidos, intuitivamente, o casi intuitivamente, aprendidos, y rara vez proclamados en forma explícita. Ha habido muy poco de introspección deliberada, de disección, de análisis, de filosofar. El resultado ha sido una amalgama cuyos ingredientes eran desconocidos u olvidados. Por eso es que hay algo como una conmoción en el descubrimiento de que la política legislativa ha hecho de ese compuesto lo que es. "No nos damos cuenta, dice Holmes,[29] de la gran parte de nuestro Derecho que es sometida a reconsideración al más ligero cambio en el hábito de la mentalidad común. Ninguna proposición concreta es evidente por sí misma, no importa cuan listos podamos estar para aceptarla; ni siquiera el hombre medio de Herbert Spencer tiene derecho a hacer lo que desee, salvo que él no interfiera con un derecho igual de sus vecinos". "¿Por qué –continúa– es privilegiada una afirmación falsa e injuriosa si ella es hecha honestamente, al dar información sobre un sirviente? Ello es así porque se ha pensado que es más importante que se dé la información libremente, a que un hombre sea protegido de lo que, en otras circunstan-

29 *The path of the law*, en "Harvard Law Review", vol. 10, p. 466.

cias, sería un entuerto perseguible. ¿Por qué un hombre tiene libertad para fundar un negocio que sabe va a arruinar a su vecino? Es porque se supone que el bien público está mejor servido mediante la libre competencia. Obviamente tales juicios de importancia relativa pueden variar en diferentes tiempos y lugares... Pienso que los jueces mismos no han reconocido adecuadamente su deber de sopesar consideraciones de conveniencia social. Ese deber es inevitable, y el resultado de la aversión tantas veces proclamada a tomar en cuenta tales consideraciones, es simplemente que se deja inarticulados –y a menudo inconscientes– la misma base y fundamento de las sentencias, como ya dije".

Este concepto no sólo se ha abierto camino en nuestro sistema de *common law*. Aun en otros sistemas donde el poder de iniciativa judicial se encuentra más estrechamente limitado por la ley, está en el aire un desarrollo semejante. En todas partes se nota una creciente tendencia a subrayar la analogía entre la función del juez y la del legislador. Puedo tomar como ejemplo a François Gény, quien ha desarrollado esa analogía con valentía y fuerza persuasiva.[30] "*A priori*, dice, el proceso de investigación (*la recherche*) que se impone al juez para encontrar el Derecho, nos parece muy análogo al que incumbe al legislador mismo. Como excepción de la circunstancia, ciertamente no despreciable, aunque de importancia secundaria, de que el proceso es puesto en movimiento por alguna situación concreta, para adaptar el Derecho a esa situación, las conside-

30 *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. II, p.77.

raciones que deben guiarlo son, con respecto al fin definitivo a alcanzar, exactamente de la misma naturaleza que las que deben dominar en la acción legislativa misma, puesto que es una cuestión de satisfacer, en cada caso, lo mejor posible, la Justicia y la utilidad social mediante una norma apropiada. Por consiguiente, ante el silencio o inadecuación de las fuentes formales yo no voy a dudar en indicar como la línea general a seguir por el juez, la siguiente: que él debe moldear su juicio sobre el derecho obedeciendo a los mismos fines a que se orientaría un legislador que se propusiera normar la cuestión. No obstante ello, una distinción importante separa aquí la actividad judicial de la legislativa. Mientras que el legislador no se halla trabado por ninguna limitación en la apreciación de una situación general –la que él norma en una manera absolutamente abstracta– el juez, que decide ante casos particulares y con referencia a problemas absolutamente concretos, debe liberarse tanto que pueda, en adhesión al espíritu de nuestra organización moderna y para escapar a los peligros de la acción arbitraria, de toda influencia que sea personal o emane de la situación particular que se le presenta, y basar su decisión judicial en elementos de naturaleza objetiva. Y por ello es que la actividad que le es propia ha sido justamente calificable de libre investigación científica (*libre recherche scientifique)*; libre, puesto que está alejada de la acción de la autoridad positiva; científica, al mismo tiempo, porque solamente puede encontrar sus bases sólidas en los elementos objetivos que sólo la ciencia le puede revelar".[31]

31 Ehrlich tiene la misma idea (*Die juristische Logik*, p. 312).

El principio lógico fundamental del moderno punto de vista, ha sido admirablemente expresado por Van Der Eycken[32] en su *Méthode positive de l'interprétation juridique*:[33] "al principio los hombres miraban al Derecho como el producto de la voluntad consciente del legislador. Hoy lo ven en su fuerza natural. Sin embargo, si podemos atribuir al Derecho el epíteto de «natural», es, como hemos dicho, en un sentido diferente del originariamente adscripto a la expresión «Derecho Natural». Esta expresión significaba entonces que la naturaleza había impreso en nosotros, como uno de los varios elementos de la razón, ciertos principios del cual todos los artículos del código eran solamente la aplicación. La misma expresión debe significar hoy que el Derecho surge de las relaciones de hecho que existen entre las cosas. Como esas relaciones mismas, el Derecho Natural está en perpetua acción. Ya no es más en los textos o en los sistemas derivados de la razón donde debemos buscar la fuente del Derecho, sino en la utilidad social, en la necesidad de que ciertas consecuencias se adscriban a hipótesis dadas. El legislador tiene sólo una conciencia fragmentaria de este Derecho, él lo traduce en las normas que prescribe. Cuando la cuestión es fijar el sentido de esas normas, ¿por dónde debemos investigar? Manifiestamente en su fuente; es decir, en las exigencias de la vida social. En ellas reside la más fuerte probabilidad de descubrir el sentido del Derecho. Del mismo modo cuando la cuestión

32 Profesor de la Universidad de Bruselas.
33 Sec. 239. p. 401.

es la de llenar las lagunas del Derecho no es a las deducciones lógicas sino más bien a las necesidades sociales a las que debemos pedir la solución".

Muchas de las lagunas han sido llenadas en el desarrollo del *common law* mediante préstamos de otros sistemas. Títulos enteros de nuestra Ciencia Jurídica han sido tomados del Derecho de Roma. Algunos de nuestros más grandes jueces –Mansfield en Inglaterra, Kent y Story aquí– nunca se cansaban de apoyar sus sentencias en citas del Digesto. Nos alejaríamos demasiado de nuestro tema si tratáramos de hacer un cálculo de la extensión en que el Derecho de Roma ha modificado al *common law* tanto en Inglaterra como entre nosotros.[34] Nunca tuvo fuerza obligatoria. El gran movimiento histórico de la Recepción no tocó a las Islas Británicas.[35] Sin embargo con él se suministraron analogías, se sugirieron direcciones de pensamiento y se ofrecieron agudas soluciones para problemas de otro modo insolubles. No obstante ello, la función de ese sistema extranjero ha sido la de aconsejar más que la de mandar. Él no ha provisto un nuevo método. Ha suministrado la materia prima a ser utilizada por métodos ya considerados –los métodos de la Filosofía, la Historia y la Sociología– como instrumentos para moldear sus productos. Es solamente un compartimento del gran depósito de experiencia social, verdad y

34 Sobre este asunto ver: Sherman, *Roman law in the modern world*; Scrutton, *Roman law influence*, en "Select Essays in Anglo-American Legal History", vol. I, p. 208.

35 Pollock y Maitland, *History of english law*, vol. I, ps. 88 y 114; Maitland, *Introduction to Gierke*, *op. cit.*, p. XII.

sabiduría de que los jueces del *common law* deben extraer su inspiración y su conocimiento.

Al reconocer así, como lo hago yo, que el poder de declarar el Derecho lleva consigo el poder –y dentro de ciertos límites el deber– de hacer Derecho cuando no existe ninguno, yo no quiero significar que me incluya entre los juristas que parecen sostener que en realidad no hay otro Derecho que las decisiones de los tribunales. Pienso que la verdad se halla a mitad de camino entre los extremos representados de un lado por Coke, Hale y Blackstone y del otro por autores como Austin, Holland, Gray y Jethro Brown. La teoría de los autores más viejos era que el juez no legislaba en absoluto. Una norma preexistente estaba siempre presente, incrustada –cuando estaba oculta– en el cuerpo del Derecho consuetudinario. Todo lo que hacían los jueces era quitar las envolturas y exponer la estatua a nuestra vista.[36] Desde los días de Bentham y Austin ninguno, según se cree, ha aceptado esta teoría sin limitaciones o reservas, aunque hasta en decisiones actuales encontramos huellas de la prolongación de su influencia. Hoy más bien existe el peligro de incurrir en otro error, contrario al anterior. De la afirmación de que el Derecho nunca es hecho por los jueces, los partidarios del análisis austiniano se han visto, a veces, conducidos a la conclusión de que nunca es hecho por alguien más. Las costumbres, por firmemente establecidas que estén, no son Derecho –dicen– hasta que sean consagradas por los tribunales.[37] Ni siquiera las leyes

36 *Cf.* Pound, en "Harvard Law Review", vol. 27, ps. 731 y 733.

37 Austin, *Jurisprudence*, vol. I, ps. 37 y 104; Holland, *Jurisprudence*, p. 54; W. Jethro Brown, *The austinian theory of law*, p. 311.

son Derecho, porque los tribunales deben fijar su sentido. Ésta es la posición de Gray en su *Natureand sources of the law.*[38] "La verdadera posición, en que me coloco, dice, es la de que el Derecho es lo que los jueces declaran; que las leyes, los precedentes, las opiniones de los expertos, las Costumbres y la Moralidad son las fuentes del Derecho".[39] En igual sentido, Jethro Brown en un trabajo sobre *El Derecho y la Evolución* (*Law and evolution),*[40] nos dice que una ley, hasta que es interpretada, no es verdadero Derecho. Es solamente Derecho "ostensible". El verdadero Derecho, dice, no se encuentra sino en la sentencia de un tribunal. Con este enfoque ni las decisiones pasadas son Derecho. Los tribunales las pueden derogar. Por la misma razón las decisiones actuales no son Derecho excepto para las partes litigantes. Los hombres se manejan en sus negocios de día a día, y dirigen su conducta con un *ignis fatuus*. Las normas a que rinden obediencia no son, en verdad, Derecho en absoluto. El Derecho nunca *es*, sino que está siempre a punto de ser. Se materializa solamente cuando es encarnado en una sentencia y, al materializarse, expira. No hay normas o principios; sólo hay sentencias aisladas.

Una definición del Derecho que realmente niega la posibilidad del Derecho al negar la posibilidad de normas de efecto general,[41] debe contener dentro de sí las simientes de la falsedad y el error. El análisis resulta inútil si

38 Sec. 602.
39 *Cf*. Gray, *Nature and sources of law*, secs. 276, 366 y 369.
40 "Yale Law Journal", vol. 29, p. 394.
41 *Cf*. Beale, *Conflict of laws*, sec. 129, p. 153.

destruye lo que se intenta explicar. El Derecho y la obediencia al Derecho son hechos confirmados por nuestra experiencia vital de todos los días. Si el resultado de una definición es el de hacer que esos hechos parezcan ilusiones, peor para la definición; debemos en tal caso ampliarla hasta que sea suficientemente comprensiva como para responder a la realidad. Las verdades sobresalientes de la vida, los grandes e incuestionados fenómenos de la sociedad, no pueden ser desechados por brumosos o vagos cuando no encajen dentro de nuestros pequeños moldes. Si es necesario tendremos que rehacer los moldes. Debemos buscar un concepto del Derecho que el realismo pueda aceptar como verdadero. Las leyes no dejan de ser Derecho porque el poder de fijar su sentido en caso de duda o ambigüedad haya sido confiado a los tribunales. Se podría decir con iguales argumentos que los contratos no tienen realidad como expresiones de una voluntad contractual. La calidad de Derecho no se extrae de todos los precedentes, por bien establecidos que ellos estén, porque los tribunales ejercitan a veces el privilegio de derogar sus propias decisiones. Ésas, según creo, son las conclusiones a que un sentido de realismo debe conducirnos. Sin duda que existe un campo dentro del cual el arbitrio judicial se mueve libre de principios fijos. La obscuridad de la ley, del precedente, de la costumbre o de la moral, o la colisión entre algunos de ellos, o todos, puede dejar al Derecho sin fijar y cargar sobre los tribunales el deber de declararlo retrospectivamente en el ejercicio de un poder francamente legislativo en su función. En tales casos todo lo que pueden hacer las partes en la contro-

versia es prever de antemano la declaración de la norma lo mejor que puedan, y actuar en consecuencia. No debemos permitir que estos ejemplos ocasionales y relativamente raros nos cierren los ojos para los innumerables ejemplos en que no hay ni obscuridad ni colisión, ni oportunidad para sentencias opuestas. La mayoría de nosotros vive sus vidas en sumisión consciente a normas de Derecho aunque sin necesidad de recurrir a los tribunales para que establezcan nuestros derechos y deberes. Los juicios son experiencias raras y catastróficas para la vasta mayoría de los hombres, y aun cuando la catástrofe sucede, la controversia se refiere más frecuentemente a los hechos que al Derecho. En innumerables litigios el Derecho es tan claro que los jueces no tienen oportunidad de ejercer su poder discrecional. Ellos poseen el derecho a legislar dentro de lagunas, pero a menudo no hay lagunas. Tendremos una falsa visión del paisaje si miramos solamente a los espacios áridos y rehusamos ver los terrenos ya arados y fértiles. Yo creo que la dificultad se origina en que no se sabe distinguir entre poder y Derecho, entre la orden encarnada en una sentencia y el principio judicial a que el juez debe obediencia. Los jueces tienen, por supuesto, el poder, que no el Derecho, de ignorar el mandato de una ley y de dictar sentencia a despecho de ella. Ellos tienen el poder, que no el Derecho, de ir más allá de las paredes que rodean los intersticios, estando los límites de la innovación judicial impuestos por el precedente y la costumbre. No obstante, mediante ese abuso de poder, ellos violan el Derecho. Si lo violan intencionalmente, es decir, con voluntad culpable y mali-

ciosa; ellos cometen un entuerto jurídico, y pueden ser removidos de sus cargos o castigados a pesar de que las sentencias que han dictado se mantengan. En resumen, hay principios judiciales que limitan la libertad del juez,[42] y por cierto –en opinión de algunos autores que no necesitamos defender– la libertad del Estado mismo.[43] La vida puede vivirse, la conducta puede ordenarse, *es* vivida y ordenada, por innumerables seres humanos sin traerlas dentro del campo en que el Derecho pueda ser desinterpretado a menos que en verdad la desinterpretación, vaya acompañada por un consciente abuso del poder. La conducta de ellos nunca toca la tierra fronteriza, la penumbra en que empieza la controversia. Ellos andan del nacimiento a la muerte con su acción restringida a cada rato por el poder del Estado, y ni una vez apelan a los jueces para que les marquen las fronteras entre lo lícito y lo ilícito. No me siento capaz de negar el nombre de Derecho a normas que ejercitan esta compulsión sobre los destinos de la especie humana.[44]

La vieja teoría blackstoniana de las normas jurídicas preexistentes que los jueces encontraron, pero no hicieron, encajó con una teoría aún más antigua, la teoría de un Derecho Natural.

42 Salmond, *Jurisprudence*, p. 157; Sadler, *Relation of law to custom*, ps. 4, 6 y 50; F. A. Geer, en "Law Quarterly Review", London, vol. 9, p. 153.

43 Duguit, *Law and the State*, en "Harvard Law Review", vol. 31. p. 1; Vinogradoff, *The crisis of modern Jurisprudence*, en "Yale Law Journal", vol. 29, p. 312; Laski, *Authority in the modern State*, ps. 41 y 42.

44 "El Derecho es el cuerpo de principios generales y normas particulares de acuerdo con los cuales son creados y reglados" los derechos civiles y los entuertos prevenidos o corregidos" (Beale, *Conflict of laws*, sec. 114, p. 132).

El crecimiento de esa idea constituye un largo e interesante capítulo de la Historia de la Ciencia del Derecho y de la Ciencia Política.[45] Tal doctrina alcanzó su más alto desarrollo con los Estoicos; ha perdurado en formas diversas a través de los siglos, y –plasmándose profundamente en formas del lenguaje y pensamiento corrientes– ha influido intensamente las especulaciones e ideales de los hombres en lo tocante al Estado y el Derecho. Por un tiempo, con el surgimiento y predominio de la Escuela Analítica de Juristas, ella pareció desacreditada y abandonada.[46] El pensamiento jurídico más reciente le ha dado una nueva aceptación, aunque en una forma tan profundamente alterada que se puede decir que la vieja teoría sobrevive en poco más que el nombre.[47] El Derecho Natural ya no es más concebido como algo estático y eterno. No pasa por encima del Derecho Humano o Positivo. Es el material con que el Derecho Humano o Positivo se ha de tejer, cuando fallen otras fuentes.[48] "El contacto entre la actual Filosofía del Derecho y la Filosofía del Derecho Natural está en que tanto una como la otra buscan ser la ciencia de lo justo. Pero la actual Filosofía del

45 Salmond, *The law of nature*, en "Law Quarterly Review" London, vol. II, p. 121; Pollock, *The history of the law of nature*, en "Columbia Law Review", vol. I, p. II; Lowell, *The government of England*, vol. 2, ps. 477 y 478; Maitland, *Collected papers*, p. 23.

46 *Cf*. Ritchie, *Natural rights*.

47 Pound, en "Harvard Law Review", vol. 25, p. 162; Charmont, *La renaissance du droit naturel*, *passim*; también traducido en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 7, p. 106, III; Demogue, *Analysis of fundamental notions*, en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 7, sec. 212, p. 373; Laski, *Authority in the modern State,* p. 64.

48 Van Der Eycken, *op. cit*., p. 401.

Derecho se separa esencialmente de la Filosofía del Derecho Positivo, mientras que la nueva Filosofía del Derecho desea deducir y fijar el elemento de lo justo de y en el Derecho Positivo; de lo que es y de lo que está llegando a ser. La Escuela del Derecho Natural busca un Derecho absoluto, ideal, un «Derecho Natural», a cuyo lado el Derecho Positivo tiene sólo una importancia secundaria. La actual Filosofía del Derecho sólo reconoce la existencia de *un* Derecho, el Derecho Positivo, pero busca su perfil ideal y su idea perdurable."[49] No me interesa ahora defender la precisión de la nomenclatura por la cual se da el nombre de Derecho a los dictados de la razón y conciencia que el juez tiene el deber de obedecer, antes de que él los haya encarnado en una sentencia y puesto el *imprimatur* del Derecho sobre ellos.[50]

No me molestará si decimos con Austin, Holland, Gray y muchos otros, que hasta entonces ellos son preceptos morales y nada más. Tales discusiones terminológicas no me interesan mayormente. Lo que verdaderamente interesa es esto: que el juez tiene el deber, dentro de los límites de su poder de innovación, de mantener una relación entre el Derecho y la Moral, entre los preceptos de la Ciencia Jurídica y los de la razón y recta conciencia. Supongo que, en cierto sentido, es verdad que nunca se

49 Berolzheimer, *System der Rechts und Wirthschaftsphilosophie*, vol. II, p, 27, cit. por Pound, *Scope and purpose of sociological jurisprudence*, en "Harvard Law Review", vol. 24, p. 607; también Isaacs, *The schools of jurisprudence*, en "Harvard Law Review", vol. 31, ps. 373 y 389, y para el punto de vista medieval: Gierke, *Political Theories of the Middle Age de Maitland*, ps. 75, 84, 93 y 173.

50 Holland, *Jurisprudence*, p. 54.

ha dudado de este deber.[51] Sin embargo, a veces se tiene la sensación de que fue obscurecido por los juristas analíticos, quienes, al poner el acento sobre preciosismos verbales de definición, omitieron correlativamente subrayar las más profundas y sutiles realidades de los fines, propósitos y funciones. La constante insistencia en que la Moralidad y la Justicia no son Derecho ha tendido a engendrar la desconfianza y el desprecio del Derecho como algo para lo que la Moralidad y la Justicia no son solamente extrañas, sino hostiles. Se puede perdonar al nuevo desenvolvimiento del *naturrecht* desaciertos de expresión, si es que nos introduce a nuevos aciertos de método e ideales. No me interesa la logomaquia cerrada que se concentra sobre los contrastes entre el Derecho y la Justicia y olvida las armonías más profundas que entre ellos existen. Preferimos más bien el toque de clarín dado por el *Code Civil* francés[52] al decir: *"Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l´insuffisance de la loi, pourra étre poursuivi comme coupable de déni de justice"*.[53] "Es función de nuestros tribunales, dice un agudo crítico, mantener las doctrinas a tono con las *mores*, reformulándolas y dándoles un nuevo contenido continuamente. Esto es legislación judicial, y el juez legisla a su propio riesgo. Sin embargo es la necesidad y el deber de tal legislación lo que confiere al

51 Ver Gray, *op. cit.*, secs. 644 y 645, p. 286.

52 Art. 4; Gray, *op. cit.*, sec. 642; Gény, *op. cit.*, vol. II, sec. 155, p. 75; Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtwissenschaft*, p. 14.

53 "El juez que se negara a juzgar so pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia". (Código Civil argentino, art. 15. N. del T.)

oficio judicial su más alto honor; y ningún juez valiente y honesto descuida su deber o teme el riesgo".[54]

Ustedes podrán decir que no hay ninguna seguridad de que los jueces interpretarán las *mores* de su época más sabia y verdaderamente que otros hombres. No estoy dispuesto a negar esto, pero, en mi opinión, el problema está completamente fuera de la cuestión. El punto en cuestión es más bien el de que esta facultad de interpretación debe ser puesta en algún sitio y, la práctica de la Constitución la ha puesto en los jueces. Si es que ellos han de cumplir su función de jueces, difícilmente se la podría poner en otro lugar. Por cierto que sus conclusiones deben estar sujetas a constantes y reiteradas pruebas, a revisión y reajuste; pero si ellos actúan consciente e inteligentemente tienen que lograr en sus conclusiones un nivel medio de verdad y sabiduría. El reconocimiento de este poder y obligación de modelar el Derecho en conformidad con la moralidad vigente se halla muy lejos de implicar la destrucción de todas las normas y su substitución, en todos los casos, por el sentimiento individual de Justicia, el *arbitrium boni viri*.[55] Tal cosa podría resultar un despotismo benevolente si los jueces fuesen hombres benevolentes. Pondría fin al reinado del Derecho. El método de la Sociología, a pesar de ser aplicado con mayor libertad que en el pasado, no nos está conduciendo a semejante cataclismo. La forma y estruc-

54 Arthur L. Corbin, en "Yale Law Journal", vol. 29, p. 771.

55 *Cf.* "Standard Chemical Corp. *v.* Waugh Corp.", en "NewYork Court of Appeals Reports", vol. 231, ps. 51 y 55.

tura del organismo están fijadas. Las celdillas en que hay movimiento no cambian las proporciones del conjunto. El poder de innovación de cualquier juez es insignificante comparado con la magnitud e influencia de las normas que lo encierran por todos lados. Sin embargo, él debe innovar, en cierta medida, puesto que para nuevas condiciones debe haber nuevas normas. Todo lo que exige el método de la Sociología es que, dentro de este estrecho ámbito de elección, él busque la justicia social. Hubieron etapas en la Historia del Derecho en que se necesitaba un método menos psicológico. Las viejas pruebas cuantitativas de verdad no fallaron, en su época, en su función de servir a las necesidades sociales.[56] Su hora, sin embargo, ha pasado. El actual pensamiento jurídico, volviéndose sobre sí mismo, sometiendo a la función judicial a un examen introspectivo, puede habernos proporcionado una nueva terminología y un nuevo enfoque. Pero la verdad es que su método no es nuevo. Es el método de los grandes magistrados, quienes, sin sacrificar la uniformidad y la certeza, construyeron el sistema de equidad en constante apelación a las enseñanzas de la recta razón y conciencia. Es el método por el cual el *common law* ha renovado su vida en las manos de sus grandes maestros; es el método de Mansfield, Marshall, Kent y Holmes. Han habido, ciertamente, movimientos –incluso en nuestra propia época– tendientes a erigir al sentido individual de Justicia, tanto en el Derecho como en la Moral, en el único criterio de verdad y error. Estamos invitados –en

56 Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, ps. 48 y 49; Ehrlich, *Die juristische Logik*, ps. 291 y 292.

frase de Gény– a establecer un sistema de "anarquía jurídica", en el peor de los casos, o de "impresionismo judicial", en el mejor de los casos.[57] Tal experimento, o por lo menos algo que se le aproxima, fue intentado hace no mucho tiempo en Francia. Hay defensores del mismo credo entre los críticos de nuestros propios tribunales.[58] El experimento francés, que ha venido a ser conocido como *le phénomène Magnaud,* es el tema de un capítulo en el epílogo de la última edición, publicada en 1919, del brillante libro de Gény.[59] Entre 1889 y 1904, el tribunal de primera instancia de Chateau–Thierry, siguiendo las directivas de su presidente (Magnaud), inició una rebelión contra el orden existente en la Ciencia Jurídica. Sus miembros llegaron a ser conocidos como los buenos jueces (*les bon juges*). Ellos parecen haberse preguntado, en cada caso, qué es lo que, en las circunstancias que tenían ante ellos, habría deseado hacer un buen hombre, y haber dictado sentencia en consecuencia. A veces esto se hizo en presencia de leyes inconsistentes. Yo no pretendo conocer su trabajo de primera mano. Gény lo condena, y dice que el movimiento ha agotado su fuerza. Cualquiera que sea el mérito o demérito de tal "impresionismo", esa no es la función judicial tal como la conocemos en nuestro Derecho.[60] Nuestra Ciencia Jurídica se ha aferrado rápi-

57 Gény, *op. cit.,* edic. 1919, vol. II, sec. 196, p. 288 y sec. 200, p. 305.

58 Bruce, *Judicial Buncombe in North Dakota and other States,* en "Central Law Journal", St. Louis, Mo., vol. 88, p 136; *Judge Robinson's reply,* en rev. cit., vol. 88, p. 155; *Rule and discretion in the administration of justice, en* "Harvard Law Review", vol. 33, p. 792.

59 Gény, *op. cit.,* ed. 1919, vol. II, secs. 196 y ss., p 287.

60 Salmond, *Jurisprudence,* ps. 19 y 20.

damente al imperativo categórico de Kant que dice: "actúa de acuerdo con una máxima que puedas desear que sea la ley universal". Ha rehusado sacrificar el bien más amplio y comprensivo al más estrecho y pequeño. Supóngase que se hace un contrato; la prestación es gravosa y quizás opresiva. Si fuéramos a considerar solamente la instancia individual podríamos estar dispuestos a liberar al deudor. Pero miramos más allá de lo particular, hacia lo universal, y hacemos nuestra sentencia obedeciendo al interés fundamental de la sociedad de que los contratos se cumplan.

Hay un abismo entre el uso del sentimiento individual de justicia como substituto del Derecho, y su uso como uno de los *tests* o piedras de toque en el establecimiento o extensión del Derecho. Pienso que el tono y la tesitura en que se debe colocar el juez actual con respecto a su faena, se hallan bien expresados en el primer artículo del Código Civil suizo de 1907, artículo sobre el cual han abundado los comentarios de la doctrina. "La ley, dice el Código suizo, rige todas las materias que estén dentro de la letra o del espíritu de cualquiera de sus mandatos. A falta de una ley aplicable, el juez debe dictar sentencia de acuerdo con el Derecho consuetudinario, y a falta de una costumbre, de acuerdo con las reglas que él establecería si tuviera que asumir el papel de legislador. Debe, sin embargo, extraer su inspiración de las soluciones consagradas por la doctrina de los juristas y la jurisprudencia de los tribunales –*par la doctrine et la jurisprudence*–".[61]

61 Gény, *op. cit.*, vol. II, p. 213; también Perick, *The swiss Code*, en "Continental Legal History Series", sec. 5, p. 238.

Aquí, en este precepto final, está el *quid* de la diferencia entre *le phénomène Magnaud* y la Justicia de acuerdo con el Derecho. El juez, ni aun cuando es libre, es completamente libre. Él no puede innovar a gusto y placer. No es un caballero errante que va de un lado a otro a voluntad, en procura de su propio ideal de belleza o bondad. Él debe sacar su inspiración de principios consagrados. No puede ceder a sentimientos espasmódicos, a una benevolencia vaga y sin reglas. Debe ejercitar una discreción informada por la tradición, metodizada por la analogía, disciplinada por un sistema y subordinada a "la necesidad primordial del orden en la vida social".[62] Harto amplio es el campo de discrecionalidad que queda en toda conciencia particular.

62 Gény, *op. cit.*, vol. II, sec. 200, p. 303.

CAPÍTULO IV
LA ADHESIÓN AL PRECEDENTE. EL ELEMENTO SUBCONSCIENTE EN LA ACTIVIDAD JUDICIAL. CONCLUSIÓN

El sistema de hacer Derecho por medio de decisiones judiciales que suministran la norma a transacciones que eran cerradas en sí mismas antes de que la decisión fuera dictada, sería, ciertamente, intolerable por su injusticia y opresión si el Derecho Natural, en el sentido en que he usado el término, no suministrara al juez la principal norma para juzgar cuando el precedente y la costumbre faltan o son desechados. La aquiescencia con tal método tiene su base en la creencia de que cuando el Derecho ha dejado la situación sin prever mediante alguna norma preexistente, no se puede hacer otra cosa que designar un árbitro imparcial para que declare lo que los hombres justos y razonables, al tanto de los hábitos de vida de la comunidad, y de los *standards* de justicia y buena convivencia prevalecientes entre ellos, deberían hacer en tales circunstancias, sin otras normas para reglar su conducta que las de la Costumbre y la conciencia. Hay la sensación de que la conducta del hombre recto, nueve de cada diez veces –si no más seguido–, no habría sido diferente si la norma encarnada en la sentencia hubiera sido establecida de antemano. En el menor número de casos, aquéllos en cuya decisión incide la ignorancia del juez, da lo mismo tomar un partido que otro; y como quiera que ha surgido una oposición entre temperamentos contrapuestos y debe ser de alguna manera resuelta, no se puede

hacer otra cosa, a falta de una norma ya existente, que instituir alguna autoridad que cree esa norma después que el hecho haya tenido lugar. Alguno debe ser el perdedor; ello es parte del eterno juego de la vida; de infinitas maneras tenemos que pagar por la carencia de una visión profética. No cabe duda que el sistema ideal, de ser alcanzable, sería el de un código que fuera al mismo tiempo tan flexible y tan preciso, como para suministrar de antemano, para toda situación concebible, la norma justa y adecuada.

Pero la vida es demasiado compleja para incluir la obtención de este ideal dentro del ámbito de las facultades humanas. Debemos reconocer la verdad, dice Gény,[1] de que la voluntad (*la volonté*) que inspira una ley "se extiende solamente sobre un dominio de hechos concretos, muy estrecho y muy limitado. Casi siempre una ley tiene en vista un solo punto. Toda la Historia demuestra que la legislación interviene solamente cuando se ha hecho manifiesto un definido abuso contra cuyo exceso se ha levantado, finalmente, el sentimiento público. Cuando se interpone el legislador, lo hace para poner fin a tales y cuales hechos, bien claramente determinados, que provocan su sanción. Y si, para conseguir su propósito, él considera conveniente avanzar por el sendero de las ideas generales y fórmulas abstractas, los principios que proclama tienen valor, en su pensamiento, sólo en la medida en que son aplicables a los males que se esforzaba en destruir, y a similares condiciones que tiendan a surgir de

1 *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* prefacio, p. XVI.

ellos. En lo que hace a otras consecuencias lógicas a ser deducidas de estos principios, el legislador no las ha sospechado; a algunas –quizás a muchas–, si las hubiera previsto, no habría titubeado en repudiarlas. Al consagrarlas, nadie puede pretender estar siguiendo su voluntad o inclinándose ante su juicio. Todo lo que se hace con ello es desarrollar un principio –que aparece en lo sucesivo aislado e independiente de la voluntad que lo creó– para transformarlo en un ente nuevo, que a su vez se desarrolla desde sí mismo, y darle una vida independiente sin tomar en consideración la voluntad del legislador, y más a menudo a despecho de ella". Éstas son las palabras de un jurista francés que escribe sobre un sistema jurídico basado en un código. Las lagunas, inevitables en un sistema semejante, deben serlo también, por lo menos en igual medida, en un sistema de *case law* que se va edificando azarosamente a través de las controversias particulares entre litigantes.[2]

En cada sistema debe resultar, de vez en cuando, una injusticia como consecuencia de aplazar la regla de acción hasta el momento en que la acción se halla madura. Ello es una de las consecuencias de las limitaciones del intelecto humano y de la negación en los legisladores y jueces de la facultad de previsión al infinito. Pero lo cierto es, como ya lo dije, que aun cuando se ignora la regla, son pocos los casos en que esa ignorancia ha determinado la conducta. Casi siempre la discusión surge a propósito de algo que habría sucedido de todos modos. Supóngase que

2 Pollock, *Essays in jurisprudence and ethics. The science of case law,* p. 241.

un automóvil es fabricado con ruedas defectuosas. La cuestión a resolver es si el fabricante debe una obligación de inspección con respecto a cualquiera excepto el comprador.[3] El ocupante del coche, lesionado a causa del defecto, presenta al tribunal un punto de vista; el fabricante, otro. Hay una pequeña posibilidad, sea cual fuere la parte que gane, de que la conducta habría sido diferente si la norma hubiera sido conocida de antemano. El fabricante no se dijo a sí mismo, "yo no voy a inspeccionar estas ruedas, porque ésa no es mi obligación". Es admisible que tal era su obligación, por lo menos con respecto al comprador inmediato. En todo caso, se ha cometido un entuerto. La cuestión es determinar en qué extensión va a acarrear consecuencias desagradables al transgresor.

Digo, en consecuencia, que en la gran mayoría de los casos el efecto retrospectivo del Derecho Judicial *(judge–made law)* se siente porque no contiene ninguna injusticia, o porque contiene solamente aquellas injusticias que son inevitables cuando no hay ninguna norma establecida. Pienso que es importante observar que cuando se tiene la sensación de que la injusticia es demasiado grande, o innecesaria, ese efecto retrospectivo se detiene. Tomen los casos en que un tribunal de última instancia ha declarado nula una ley, y luego, volviendo sobre sus pasos, declara que esa ley es válida. Las transacciones realizadas en el tiempo que ha mediado entre ambas sen-

3 "Mac Pherson *v*. Buick Motor Co.", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 217, p. 382.

tencias, han sido regidas por la primera de ellas. ¿Qué se dirá sobre la validez de tales transacciones cuando la sentencia es derogada? Casi todos los tribunales, en una actitud realista, han sostenido que la vigencia de la ley ha sido suspendida en el intervalo.[4] Puede resultar difícil conciliar tal manera de normar, con dogmas y definiciones abstractos. Cuando todo lo demás que hace un tribunal lo hace con efecto retroactivo, ¿por qué trazar la línea aquí? La respuesta es, según pienso, que la línea se traza aquí porque la injusticia y opresión que nacerían de rehusar trazarla, serían tan grandes que resultarían intolerables. Nosotros no vamos a socorrer al hombre que se ha confiado a la sentencia de algún tribunal inferior.[5] En su caso la posibilidad de error es sentida como un riesgo normal en el juego de la vida, no diferente en grado, del riesgo de cualquier otro error en la concepción de los derechos o deberes. Él sabe que ha corrido un riesgo que la cautela podría, a menudo, haber aconsejado evitar. Se tiene la sensación de que la sentencia de un tribunal de última instancia se apoya en bases diferentes. No estoy seguro, que se pueda establecer ninguna distinción acertada entre el cambio de jurisprudencia

4 "Harris *v.* Jex", "New York Court of Appeals Reports", vol. 55, p. 421; "Gelpcke *v.* Dubuque", en "Wallace, United States Supreme Court Reports", vol. 1, p. 125; juez Holmes, "Kuhn *v.* Fairmount Coal Co.", en "United States Reports", vol. 215, ps. 349 y 371; "Harvard Law Review", vol. 29, ps. 8 y 103; "Danchey Co. *v.* Farmy", en "Miscellaneous Reports", New York, vol. 105, p. 470; Freeman, *Retroactive operation of decisions,* en "Columbia Law Review", vol. 18, p. 230; Gray, *Nature and sources of law*, secs, 547 y 548; Carpenter, *Court decisions and the common law*, en " Columbia Law Review", vol. 17, p. 593.

5 "Evans *v.* Supreme Council", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 223, ps. 497 y 503.

con respecto al sentido o vigencia de una ley,[6] o aun con respecto al sentido o vigencia de una regla del *common law*.[7] No voy a hacer la tentativa de afirmar donde se va a ubicar algún día la línea divisoria. Estoy seguro, sin embargo, que su ubicación, donde quiera que llegue a estar, va a ser regida, no por concepciones metafísicas sobre la naturaleza del Derecho Judicial, ni por un fetiche o dogma inflexible –tal como el de la división de los poderes gubernamentales–[8] sino por consideraciones de conveniencia, de utilidad y de los más profundos sentimientos de justicia.

En estos días, se discute mucho si la regla de adhesión al precedente debe ser abandonada definitivamente.[9] Yo mismo no llegaría tan lejos. Pienso que la adhesión al precedente debe ser la regla y no la excepción. Ya he tenido ocasión de detenerme en algunas de las consideraciones que la apoyan. A ellas puedo agregar que la labor de los jueces se vería aumentada casi hasta el agotamiento si cada sentencia anterior pudiera ser reconsiderada en cada caso, y uno no pudiera colocar su propio ladrillo en los fuertes cimientos de las paredes que otros empezaron a construir con anterioridad. Quizás la constitución de

6 "Douglas *v.* County of Pike", en "United States Reports", vol. 101, p. 677.

7 *Cf.* Wigmore, *The judicial function*, en "Modern Legal Philosophy Series", vol. 9, prefacio, ps. XXXVII y XXXVIII.

8 Laski, *Authority in the modern State*, ps. 70 y 71; Green, *Separation of governmental powers*, en "Yale Law Journal", vol. 29, p. 371.

9 *Rule and discretion in the administration of justice*, en "Harvard Law Review", vol. 33, p. 972; "Yale Law Journal", vol. 29, p. 909; "Harvard Law Review", vol. 34, p. 74; "Modern Legal Philosophy Series", vol. 9, prefacio, p. XXXVI.

mi propio tribunal ha tendido a acentuar esta creencia. Hemos tenido diez jueces, de los cuales solamente siete ocupaban su sitial al mismo tiempo. Sucede, una y otra vez –cuando el problema es decisivo– que un caso que una semana se decide en un sentido puede ser decidido en otro sentido en la próxima oportunidad, si entonces fuera tratado por primera vez. Sin embargo, la situación se tornaría intolerable si los cambios semanales en la composición del tribunal fueran acompañados por cambios en la jurisprudencia. En tales circunstancias no se puede hacer otra cosa que mantenerse en los errores de nuestros camaradas de la semana anterior, nos guste o no. Pero estoy dispuesto a conceder que la regla de adhesión al precedente, aunque no debería ser abandonada, tendría que relajarse en cierto grado. Pienso que cuando una regla, luego de haber sido debidamente puesta a prueba por la experiencia, es encontrada inconsistente con el sentimiento de justicia o el bienestar social, tendría que haber menos titubeo y habría que proclamarla abiertamente o abandonarla por completo. Nosotros hemos tenido que hacer esto algunas veces en el campo del Derecho Constitucional.[10] Quizás debiéramos hacer lo mismo más a menudo en aquellos campos del Derecho Privado donde las consideraciones de utilidad social no son tan agresivas e insistentes. Se debería estar más pronto a abandonar una posición insostenible cuando no se pueda razonablemente suponer que la regla que se va a descartar, haya determinado la conducta de los litigan-

10 "Klein *v.* Maravelas", en "New York Court of Appeals Reports", vol, 219, p. 383.

tes y particularmente cuando en sus orígenes haya sido el producto de instituciones o condiciones que han adquirido un nuevo sentido o desenvolvimiento con el correr de los años. En tales circunstancias, las palabras del juez Wheeler en el caso "Owy *v.* Connecticut Co.",[11] expresan el tono y tesitura con que se deben encarar estos problemas: "Sirve mejor al Derecho el tribunal que reconoce que las normas jurídicas que crecieron en una generación remota pueden, ante la experiencia más completa, resultar estar sirviendo mal a otra generación; y el que descarta la vieja que regía cuando encuentra que otra regla de Derecho representa lo que debe ser de acuerdo con el juicio de la Sociedad, establecido y fijado, y que no es importante el número de derechos de propiedad que se han creado sobre la base de la vieja regla. Es así como grandes tratadistas que han estudiado el *common law* han descubierto la fuente y el método de su crecimiento, y como en este último han encontrado su salud y su vida. Él mismo no es ni debe ser invariable. Los cambios de este carácter no deben ser dejados al legislador". Si los jueces han desinterpretado deplorablemente las *mores* de su momento, o si las mores de su momento ya no son las del nuestro, ellos no deberían atar, en una sumisión sin remedio, las manos de sus sucesores.

Permítanme ofrecer uno o dos ejemplos para ser más claro en mi pensamiento. Los ofrezco a título de ensayo y sin seguridad de que sean idóneos. Ello no obstante creo que serán útiles. Puede rechazarse el ejemplo pero el principio subsiste.

11 "Connecticut Reports", vol. 89, ps. 74 y 99.

Es una regla del *common law* la de que el fiador queda exento de responsabilidad sí se extiende el plazo de pago por contrato, entre el deudor principal y el acreedor sin el consentimiento del fiador. Aun la prórroga por un solo día será suficiente para producir aquel resultado.[12] Sin esa prórroga, el fiador tendría el derecho de pagar al acreedor al vencimiento de la deuda y de reclamar la inmediata subrogación en las acciones de este último contra el deudor principal. Se dice, en consecuencia, que se debe juzgar que él ha sufrido un perjuicio si, por postergación de la fecha correspondiente, su derecho ha sido pospuesto. No tengo duda que esta regla puede ser aplicada con justicia siempre que el fiador pueda probar que la postergación le ha producido un daño real, como cuando el deudor principal ha caído en insolvencia en el intervalo, o el valor de los bienes que garantizan la obligación ha disminuido, aun cuando incluso en tales circunstancias la medida de la exoneración de responsabilidad debe, en justicia, ser determinada por la extensión del daño sufrido. Quizás hubiera justicia en permitir la exoneración siempre que el fiador haya ofrecido pagar la deuda y haya reclamado subrogación en las acciones contra el deudor. Quizás el cargo de la prueba de que no hubo perjuicio debiera corresponder al acreedor. Ninguna de tales limitaciones ha sido reconocida. La regla se aplica a casos en que no se establece o pretende la existencia de dicho potencial ni real. El Derecho ha dado forma a sus sentencias sobre la base de la presunción ficticia de que el fia-

12 "New York Life Ins. Co. *v*. Casey", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 178, p. 381.

dor, quien probablemente se ha pasado las noches sin dormir por temor de que algún día pueda ser demandado el pago, ha estado realmente impaciente bajo el deseo reprimido de forzar a un acreedor mal dispuesto o caprichoso a aceptar un pago que no desea. El período de prórroga ha pasado; el fiador no ha hecho nada, ni siquiera se ha tomado el trabajo de averiguar; sin embargo, se sostiene que él está liberado con la teoría de que si no fuera por la prórroga –de la que él nada sabía y que no podía regir su conducta–, él se habría adelantado voluntariamente ofreciendo pagar la deuda. Tales reglas sobreviven desde los días en que las negociaciones comerciales eran más simples, en que las compañías de seguros eran desconocidas, en que los fiadores eran generalmente amigos generosos de cuya confianza se había abusado, en que el principal esfuerzo de los tribunales parece haberse dirigido a encontrar alguna excusa plausible para liberarlos de sus compromisos. Ya veo indicios de un cambio de espíritu en sentencias de fechas recientes.[13] Yo pienso que bien podríamos preguntarnos si los tribunales no tienen el deber de ir más lejos, y colocar a esta rama del Derecho sobre una base mas de acuerdo con las realidades de la experiencia de los negocios y las reglas morales de la vida.

Otra regla del *common law* es la de que un acuerdo verbal (*parol agreement*) aun cuando sea posterior, no

13 "Wilkinson *v.* McKemmie", en "United States Reports", vol. 229, ps. 590 y 593; "U. S. *v.* McMullen", en "United States Reports", vol. 222, ps. 460 y 468; "Richardson *v.* Country of Steuben", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 226, p. 13; "Assets Realization Co. *v.* Roth", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 226, p. 370.

puede variar o extinguir un contrato hecho con solemnidad oficial (*underseal*).[14] En los días en que los *seals* sellos–formalidades, eran importantes para todo buen negocio, puede haber habido alguna razón para que se les reconociera como una solemnidad mística. En nuestros días, en que las simples iniciales "L. S." han reemplazado a los artificios heráldicos, el Derecho tiene conciencia de su propio absurdo cuando conserva las rúbricas de una era desaparecida.[15] Los jueces han hecho esfuerzos valiosos, aunque vergonzantes, mientras proclamaban la regla de los labios para afuera, para socavarla con excepciones y por medio de distinciones reducirla a una sombra.[16] Un caso reciente sugiere que la timidez, y no la reverencia a la regla, ha pospuesto la hora de su total disolución.[17] El Derecho tendrá motivos de gratitud hacia el juez que dé el golpe fatal.

He sacado ejemplos del campo del Derecho Substantivo. El Derecho sobre la prueba y en general toda la materia procesal ofrecen campos en que se pueden hacer cambios correspondientes con una libertad aún mayor. Las consideraciones de orden que aconsejan, la adhesión a reglas existentes allí donde están comprometidos los Derechos Substantivos, se aplican con menor fuerza cuando la cuestión atañe al Derecho Procesal.

14 "McCreery *v*. Day", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 119, p. I; Williston, *Contracts*, vol. 3, secs. 1835 y 1836.

15 "Harris *v*. Shorall", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 230, p. 343.

16 "McCreery *v*. Day", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 119, p. I; "Thompson *v*. Poor", en pub. cit., vol. 147, p. 402.

17 "Harris *v*. Shorall", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 230, p. 343.

Permítanme tomar un ejemplo del Derecho sobre la prueba (*law of evidence)*. Un hombre es procesado por violación. Su defensa consiste en afirmar que la mujer consintió. Él puede hacer ver que la reputación de ésta en lo que se refiere a la castidad es mala. Él no puede probar actos específicos, aun cuando sean repetidos, de deshonestidad con otro hombre u otros hombres.[18] Lo único que cualquier apreciador responsable de los hechos desearía saber por sobre todo, al estimar la verdad de la defensa, es algo que debe ser excluido de la consideración del jurado por imperio de una regla inflexible. Aun cuando la mujer misma preste declaración, el procesado no se ve ayudado, porque, pese a que en tal caso la puede repreguntar sobre otros hechos, la respuesta de ella viene a quedar como concluyente. No cabe duda que un juez debería ejercitar una cierta discreción en la admisión de esa prueba; debería excluirla si fuera demasiado remota, y debería estar pronto, permitiendo su producción o de cualquier otro modo, a evitar cualquier injusticia que pueda resultar de la actividad sorpresiva de las partes. Pero no es ése el efecto de la regla actual. La prueba es excluida completamente y siempre. Algunos tribunales, por cierto, han adoptado un diferente punto de vista pero desafortunadamente su número es pequeño. Aquí, como en muchas otras ramas del Derecho relativo a la prueba, vemos una exagerada confianza en la reputación general de los litigantes o testigos como piedra de toque para la afirmación de su carácter. Esa fe es una supervivencia de tiempos más sencillos. Se justificaba en los días

18 "People *v*. Carey", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 223, p. 519.

en que los hombres vivían en comunidades pequeñas. Quizás aún ahora tenga alguna justificación en los distritos rurales. En la vida de las grandes ciudades, ha convertido a la prueba sobre el carácter en una farsa. En esto, como en muchas otras ramas del Derecho Adjetivo, un espíritu de realismo deberá llevar a cabo la armonía entre las reglas actuales y las necesidades actuales.

No obstante ello, la regla de adhesión al precedente se aplica con menos rigidez en los Estados Unidos que en Inglaterra y, según creo, con una rigidez que va disminuyendo aun aquí. La Cámara de los Lores se declara a sí misma absolutamente atada por sus propias decisiones anteriores.[19] La Suprema Corte de los Estados Unidos y los tribunales superiores de los diferentes estados derogan sus propias decisiones anteriores cuando son manifiestamente erróneas.[20] Pollock, en un trabajo titulado *The science of case law,* escrito más de cuarenta años atrás, hablaba de la libertad con que esto se hacía, como sugiriendo que el Derecho no era nada más que una cuestión de opinión individual.[21] Desde entonces esa tendencia, en todo caso, ha crecido. Un caso extremo se puede encontrar en una sentencia reciente de un tribunal federal:[22] el actor demandó

19 Gray, *op. cit.*, sec. 462; Salmond, *Jurisprudence*, sec. 64, p. 164; Pound, *Juristic science and the law*, en "Harvard Law Review", vol. 31, p. 1053; "London Street Tramways Co. *v.* London County Council", "English Law Reports, Appeal Cases", 1898, ps. 375 y 379.

20 Pollock, *First book of jurisprudence*, ps. 319 y 320; Gray, *Judicial precedents*, en "Harvard Law Review", vol. 9, ps. 27 y 40.

21 *Essays in jurisprudence and ethics*, p. 245.

22 "Johnson *v.* Cadillac Motor Co.", en "The Federal Reporter, United States", vol. 261, p. 878.

a un fabricante de automóviles por indemnización de daños personales resultantes de un coche defectuoso. En el primer juicio él obtuvo un veredicto favorable, que la Cámara de Apelaciones del Circuito de la Segunda Circunscripción revocó sobre la base de que el fabricante no tenía ninguna obligación hacia el demandante, ocupante del coche, puesto que éste no era el comprador original sino que lo había comprado de otro.[23] En un segundo juicio, el juez, obedeciendo a esta doctrina, rechazó la demanda, y un *writ of error* llevó nuevamente el caso ante el mismo tribunal de apelación. Mientras tanto, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York había resuelto, en una acción contra otro fabricante, que había una obligación en tales circunstancias, sin tomar en cuenta el principio de que los contratos son *res inter alios acta*.[24] El tribunal federal apoyó esa sentencia, derogó su doctrina anterior, y revocó la sentencia que rechazaba la demanda, que se había dictado en cumplimiento de su mandato.

El demandado que en ese caso obtuvo primero sentencia favorable porque la demanda fue rechazada, y luego tuvo un fallo desfavorable porque, sobre los mismos hechos probados, la demanda no fue rechazada, probablemente tenga sus propias ideas sobre la naturaleza de la función judicial. No pretendo decir si el desistimiento de la regla de adhesión al precedente se justificaba o no en tales condiciones. Un juez, en disidencia, sostuvo la opinión de que la sentencia anterior debería haber sido

23 "Federal Reporter, United States", vol. 221, p. 801.

24 "MacPherson *v*. Buick Motor Co.", en "New York Courts of Appeals Reports", vol. 217, p. 382.

aplicada como el Derecho adecuado al caso sin tomar en cuenta su justicia, por simple aplicación de la *res adjudicata*. La conclusión a que arribó la mayoría del tribunal, sea verdadera o falsa, es interesante como muestra de un espíritu y una tendencia a subordinar el precedente a la Justicia. Uno de los grandes problemas con que tiene que habérselas el abogado y el juez de nuestra época es el de como conciliar esa tendencia, que es creciente y fundamentalmente saludable, con la necesidad de uniformidad y certidumbre. Tendremos que intuir nuestro derrotero en este asunto como en todo otro problema jurídico. En algún punto entre la adoración del pasado y la exaltación del presente ha de encontrarse el camino hacia la seguridad. Nuestra ojeada sobre los métodos judiciales nos enseña, según pienso, la lección de que todo el objeto de la Ciencia del Derecho, es más plástico, más maleable; que sus moldes están vaciados en forma menos definitiva, sus límites entre lo lícito e ilícito menos preordenados y constantes, de lo que la mayoría de nosotros, sin ayuda de semejante análisis, ha estado acostumbrado a creer. Lo que pasa es que nos gusta representarnos al Derecho como si estuviera perfectamente delineado y preconcebido. Nosotros dibujamos nuestras pequeñas líneas, y ellas se hallan un poco por abajo de lo que pretendemos antes de que las borremos. Lo mismo que pasa en el tiempo y en el espacio sucede aquí. Las divisiones son hipótesis de trabajo, que se adoptan por conveniencia. Cada vez más estamos tendiendo hacia una apreciación de la verdad que, después de todo, se sintetiza en pocas reglas; hay fundamentalmente pautas y grado. Es una cuestión de

grado la de si he sido negligente. Es una cuestión de grado la de si yo, ejerciendo el uso de mi tierra, he cometido una infracción que pueda ser atacada por mi vecino. Es una cuestión de grado la de si el Derecho que toma mi propiedad y delimita mi conducta, coharta mi libertad indebidamente.

De igual modo el deber mismo de un juez se transforma en una cuestión de grado, y él es un juez útil o malo según valore esas gradaciones correctas o deficientemente. Él debe equilibrar todos sus ingredientes, su filosofía, su lógica, sus analogías, su historia, sus costumbres, su sentido de lo recto, y todo lo demás, y agregando un poco aquí y sacando un poco allá, debe determinar, tan sabiamente como pueda, cuál será la pesa que ha de inclinar la balanza. Si todo esto parece una síntesis débil y poco concluyente, no estoy seguro de que la culpa sea mía. Yo sé que tiene que ser un farmacéutico muy hábil el que pueda componer un remedio adecuado sobre la base de una receta tan general. Pero la misma crítica se puede hacer a casi todas las tentativas de formular los principios que reglan la práctica de un arte. W. Jethro Brown nos recuerda en un reciente trabajo sobre *Law and evolution*[25] que "el libro de sir Joshua Reynolds sobre pintura ofrece poca o ninguna guía a aquéllos que desean ser famosos pintores. Los libros sobre los estilos literarios son notoriamente carentes, por regla general, de utilidad práctica". Después que se ha terminado el fatigoso proceso de análisis, debe haber para todo juez una nueva sín-

25 "Yale Law Journal", vol. 29, ps. 394 y 397.

tesis que tendrá que hacer por sí mismo. Lo más que él puede esperar es que, con prolongada meditación y estudio, con años de práctica en la profesión de abogado o de juez, y con la ayuda de esa gracilidad interna que aparece repetidamente en los elegidos de cualquier vocación, el análisis pueda ayudar un poco a hacer que la síntesis sea verdadera.

En lo que acabo de decir he dejado, quizás demasiado, en el fondo de la perspectiva y en la sombra, los casos en que la controversia se vuelve no sobre la regla de Derecho, sino sobre su aplicación a los hechos. Esos casos, después de todo, constituyen el mayor volumen del trabajo de los tribunales. Ellos son importantes para los litigantes involucrados en ellos. Ellos requieren inteligencia, paciencia y recto discernimiento por parte de los jueces que deben decidirlos. Pero dejan a la Ciencia del Derecho en el punto en que se hallaba antes. Aplicada a tales casos, la función judicial, como se dijo al principio de estas conferencias, es una función de búsqueda y comparación, y poco más. Tenemos que distinguir entre los precedentes que son meramente estáticos y los que son dinámicos.[26] Como los primeros sobrepasan en número varias veces a los últimos, un bosquejo de la función judicial que se ocupe casi exclusivamente del elemento creativo o dinámico, probablemente dará una impresión falsa, un cuadro de tintes, recargados de incertidumbre en el Derecho y de libre discreción en el juez. De los casos que llegan ante el tribunal a que pertenezco, una mayoría,

26 *Cf.* Salmond, *Jurisprudence*, p. 160.

según pienso, no podrían ser decididos con apariencia de razón de ninguna otra manera que en un solo sentido. El Derecho y su aplicación correlativa son igualmente sencillos. Esos casos están predestinados, para así decirlo, a ser apoyados sin necesidad de fundamento. En otro tanto por ciento importante, la regla de Derecho es cierta, y sólo la aplicación es dudosa. Un expediente complicado debe ser disecado, las declaraciones de testigos más o menos incoherentes e ininteligibles, deben ser analizadas, para determinar si una situación dada entra en un casillero u otro del esquema de lo lícito e ilícito. El viajero que sabe que una línea férrea atraviesa su ruta debe tener cuidado de los trenes que se puedan cruzar. Por lo menos, ésa es una regla general. En innumerables litigios la descripción del terreno debe ser estudiada para ver si la visión ha sido obstruida o si algo ha sido hecho u omitido que tome al viajero desprevenido. A menudo estos casos y otros parecidos provocan diferencia de opinión entre los jueces. La Ciencia del Derecho se mantiene incólume, sin embargo, cualquiera que sea el resultado. Finalmente queda un tanto por ciento, indudablemente no muy amplio, y sin embargo no tan pequeño como para ser despreciable, en el que una sentencia, de una u otra manera, contará para el futuro, avanzará o retardará, a veces mucho, a veces poco, el desarrollo del Derecho. Estos son los casos en que el elemento creativo de la función judicial encuentra su oportunidad y fuerza. Es de estos casos de los que me he ocupado primordialmente en todo de lo que les he dicho. En cierto sentido, es verdad que muchos de ellos pueden ser resueltos en un sentido u

otro. Con ello quiero significar que se pueden hallar razones plausibles y más o menos persuasivas para una conclusión o para otra. Aquí entra a actuar ese equilibrio de juicio, ese valorar y elegir consideraciones de analogía, lógica, utilidad y justicia, que he estado tratando de describir. Es aquí donde el juez asume la función de legislador. En mis primeros años de juez yo sentía mi espíritu muy conturbado al verificar cuan borrosos estaban los caminos por los que me había aventurado. Yo buscaba la certeza. Me sentía oprimido y descorazonado cuando me daba cuenta de que el problema era fútil. Entonces trataba de tocar tierra. La tierra firme de las reglas fijas y establecidas, el paraíso de una Justicia que se afirmará a sí misma mediante testimonios más simples y más imperiosos que sus reflejos pálidos y fluctuantes en mi propia mente y conciencia vacilantes.

Encontré "con los viajeros del *Paracelsus* de Browning, que el verdadero cielo está siempre mas allá".[27] A medida que los años han pasado y que he reflexionado más y más sobre la naturaleza de la función judicial, me he reconciliado con la incertidumbre porque he aprendido a verla como inevitable. He aprendido a ver que esa función en su más alta expresión no es descubrimiento sino creación; y que las dudas y desconfianzas, las esperanzas y temores son partes del dificultoso trabajo de la mente, los sufrimientos de la muerte y los dolores del alumbramiento con que los principios que en su época han servido, expiran y otros nuevos nacen.

27 G. Lowes Dickinson, *Religion and inmorality*, p. 70.

He hablado de las fuerzas de que se valen abiertamente los jueces para dar forma y contenido a sus sentencias. Aun esas fuerzas se hallan raras veces totalmente en la conciencia. Sin embargo ellas yacen tan cerca de la superficie que no es posible ignorar su existencia e influjo. Pero la cuestión no se agota con el reconocimiento de su poder. Muy por debajo de la conciencia hay otras fuerzas, las apetencias y desdenes, las predilecciones y los prejuicios, el complejo de instintos, emociones, hábitos y convicciones que configuran al hombre, sea litigante o juez. Quisiera haber encontrado el tiempo y la oportunidad para investigar esta materia más ampliamente. Sólo puedo, como están las cosas, hacer poco más que recordarles su existencia.[28] Ha habido una cierta falta de sinceridad en mucho de la discusión sobre este tema, o más bien, quizás, en el hecho de que se ha rehuido discutirlo, como si los jueces fueran a perder respeto y confianza por la idea de que están sujetos a las limitaciones humanas. Yo no dudo de la grandeza de la concepción que los eleva al reino de la pura razón, por arriba y más allá del movimiento de fuerzas perturbadoras y antagónicas. No obstante ello si hay algo de realidad en mis análisis de la función judicial, los jueces no quedan aislados en esas alturas heladas y distantes. No vamos a ayudar a la causa de la verdad si actuamos y hablamos como si lo estuvieran. Las grandes mareas y corrientes que engolfan al resto de los hombres no varían su curso para dejar

28 Un interesante estudio sobre esta materia se encontrará en un libro publicado luego que estas conferencias fueron escritas: James Mickel Williams, *The foundation of social science*, ps. 209 y ss.

a los jueces de lado. Nos gusta figurarnos a los procesos judiciales como fríamente objetivos e impersonales. El Derecho concebido como un objeto de existencia real, viviendo apartado y solo, habla, a través de las voces de predicadores y sacerdotes, las palabras que ellos no tienen más remedio que pronunciar.

Ése es un ideal de verdad objetiva hacia el que tiende todo sistema de Ciencia Jurídica. Es un ideal del que grandes publicistas y jueces han hablado como de algo posible de lograr.

"Los jueces de la nación, dice Montesquieu, son solamente las bocas que pronuncian las palabras del Derecho, seres inanimados, que no pueden modelar ni su fuerza ni su rigor". Igual dice Marshall en el caso "Osborne *v.* Bank of the United States":[29] El Departamento Judicial "no tiene voluntad en ningún caso... El Poder Judicial nunca se ejercita con el propósito de dar efecto a la voluntad del juez; siempre, con el propósito de dar efecto a la voluntad de la legislatura; en otras palabras, a la voluntad de la ley". Esas palabras tienen un sonido elevado; están bien y finamente dichas; pero nunca pueden ser más que parcialmente verdaderas. La propia carrera de Marshall es una conspicua ilustración del hecho de que el logro del ideal se halla más allá del alcance de las facultades humanas. Él confirió a la Constitución de los Estados Unidos los perfiles de su propio pensamiento; y la forma de nuestro Derecho Constitucional es lo que es, porque él lo moldeó, mientras

29 "Wheaton, United States Supreme Court Reports", vol. 9, ps. 738 y 866.

todavía era plástico y maleable, en el fuego de sus intensas convicciones personales. En el extremo opuesto están las palabras del jurista francés Saleilles en su tratado *De la personalité juridique*:[30] "Se desea el resultado, al comienzo; se encuentra el principio, después; tal es la génesis de una construcción jurídica. Una vez aceptada, la construcción se presenta, sin duda, en el conjunto de la doctrina jurídica, bajo el aspecto opuesto. Se invierten los factores. El principio aparece como causa inicial, de la que se ha extraído el resultado que se presenta como deducido de él". Yo no presentaría el caso tan libremente. Una afirmación tan impetuosa exagera el elemento de libre volición. Ignora los factores de determinismo que encierra y confina en límites estrechos la amplitud de la libre elección. No obstante ello, por su mismo exceso de énfasis, suministra el necesario correctivo a un ideal de objetividad imposible. Más cerca de la verdad, y a mitad de camino entre esos dos extremos, están las palabras de un hombre que no fue jurista, pero cuyas intuiciones y percepciones fueron profundas y brillantes las palabras del presidente Roosevelt, en su mensaje del 8 de diciembre de 1908 dirigido al Congreso de los Estados Unidos:[31] "los principales legisladores en nuestro país pueden ser, y a menudo lo son, los jueces, porque ellos son el asiento último de la autoridad. Cada vez que ellos interpretan contratos, derechos de propiedad, *vested rights*, el debido proceso legal, la libertad, necesariamente sancionan

30 Ps. 45 y 46.

31 "Congressional Record", Washington, D. C., vol. 43, parte I, p. 21.

como Derecho partes de un sistema de filosofía social; y en la medida en que la interpretación es fundamental, ellos dirigen la producción del Derecho. Las sentencias de los tribunales en cuestiones económicas y sociales dependen de su filosofía económica y social; y para el progreso pacífico de nuestro pueblo durante el siglo XX, vamos a deber casi todo a aquellos jueces que se atienen a una filosofía económica y social del siglo XX y no a una filosofía tiempo ha superada, la cual era, ella misma, el producto de condiciones económicas primitivas".

Recuerdo que cuando se hizo esta afirmación, levantó una tormenta de críticas. Revelaba, según decían, ignorancia de la naturaleza de la función judicial. La faena del juez, nos decían, era la de descubrir la verdad objetiva. Su propia individualidad minúscula, su pequeño bagaje de filosofías dispersas y desordenadas, todo esto, con toda su debilidad y prejuicios inconscientes, tenía que ser dejado a un lado y olvidado. ¿Qué le importaba a los hombres de sus lecturas sobre las eternas verdades? No valía la pena dejar constancia de ellas. Lo que el mundo estaba buscando eran las eternas verdades mismas. Lejos estoy yo de negar que éste es, ciertamente, el fin hacia el cual todos debemos esforzamos. Algo del espíritu de Pascal de investigar por sí mismo, y de autocrítica, le debe llegar a veces al hombre que se siente convocado a cumplir con su deber de moldear el progreso del Derecho. El propio aliento y ámbito de la oportunidad para dar expresión a su mejor yo, parecen señalar con el dedo acusador del desdoro y el desdén. ¿Quién soy yo para que en estos grandes movimientos progresivos, mi minúscula

personalidad desvíe tan sólo por un milímetro este gran juego y lucha de fuerzas? ¿Por qué la pura luz de la verdad habrá de ser impregnada y coloreada con algún elemento de mi ser? Ese tipo de perplejidades y dudas nos acosan constantemente. La verdad es, sin embargo, que todas esas incertidumbres internas nacen de la esperanza y el deseo de trascender las limitaciones que rodean a nuestra naturaleza humana. Teodoro Roosevelt, que conocía a los hombres, no tenía ilusiones en este terreno. No estaba postulando un ideal. No estaba fijando un fin. Él estaba midiendo las fuerzas y la resistencia de aquéllos que corrían la carrera. Mi deber como juez puede ser objetivar en el Derecho, no mis propias aspiraciones, convicciones y filosofía, sino las aspiraciones, convicciones y filosofías de los hombres y mujeres de mi época. Me resultará difícil hacer bien esto si mis propias simpatías, creencias y devociones apasionadas están con una época pasada. "Nunca podremos lisonjearnos, en cualquier interpretación judicial, de haber eliminado completamente la medida personal del intérprete. En las ciencias morales no hay método o procedimiento que suplante enteramente a la razón subjetiva".[32] Si queremos, podemos figurarnos la faena del juez como la faena de un traductor, que tiene que leer signos y símbolos dados de afuera. No obstante ello, no vamos a poner en esa tarea a hombres que no hayan absorbido el espíritu y se hayan llenado con amor, de la lengua que deben leer.

32 Gény, *op. cit.*, vol, II, sec. 159, p. 93 y sec. 168, p. 142; también Flavius, *op. cit.*, p. 43.

No estoy en desacuerdo, en consecuencia, con la doctrina de que los jueces deben estar en consonancia con el espíritu de sus épocas. ¡Ay! el asentimiento a semejante generalidad no nos lleva lejos en el camino hacia la verdad. En todo tribunal es fácil que existan tantas concepciones del *Zeitgeist* como jueces que lo integren. Entre los jueces que he conocido no he encontrado ni el más leve vestigio de favoritismo o prejuicio, en cualquier sentido sórdido, vulgar o malévolo. Pero todos los días siento en mí una nueva convicción de la inevitable relación entre la verdad externa a nosotros y la verdad interna. El espíritu de la época, tal como se nos revela a cada uno de nosotros, es muy a menudo solamente el espíritu del grupo en que los accidentes del nacimiento, la educación, la profesión o las compañías, nos han dado un lugar. Ningún esfuerzo o revolución del pensamiento derrocará por completo en todos los tiempos el imperio de estas adhesiones subconscientes. "Nuestras creencias y opiniones, dice James Harvey Robinson,[33] como nuestros *standards* de conducta, llegan a nosotros insensiblemente como productos de nuestra familiaridad con nuestros camaradas, no como resultados de nuestra experiencia personal y de las inferencias que individualmente sacamos de nuestras propias observaciones. Estamos constantemente imbuidos de nuestra extraordinaria facultad de "racionalizar", es decir, de inventar argumentos plausibles para aceptar lo que se nos impone por las tradiciones del grupo a que pertenecemos. Somos vilmente crédulos por naturaleza, e

33 *The still voice of the herd*, en "Political Science Quarterly", vol. 32, p. 315.

instintivamente aceptamos los veredictos del grupo. Somos sugestionables no solamente cuando estamos bajo el influjo de una multitud excitada o de una renovada vigencia ferviente, sino que estamos siempre y permanentemente atentos a la tranquila vocecilla de la *grey*, y estamos siempre listos a defender y justificar sus instrucciones y advertencias, y aceptarlas como los maduros resultados de nuestro propio razonar". Esto fue escrito no especialmente a propósito de los jueces, sino de los hombres y mujeres de todas clases. La preparación de un juez, si va acoplada con los temperamentos judiciales en uso, ayudará en algún grado a emanciparlo del poder de sugestión de sus aversiones individuales y opiniones preconcebidas. Ayudará a flexibilizar el grupo a que sus adhesiones subconscientes se deben. Nunca serán enteramente extinguidas estas adhesiones mientras la naturaleza humana sea lo que es. A veces uno puede preguntarse cómo del juego de todas estas fuerzas del individualismo, puede surgir algo coherente, algo que no sea sino el caos y el vacío. Esos son los momentos en que exageramos los elementos diferenciales. Al final surge algo que posee un perfil definido, verdad y orden. Se ha dicho que "la Historia, como las Matemáticas, está obligada a suponer que las excentricidades más o menos se equilibran entre sí como para que algo permanezca constante al fin.[34] Lo mismo es verdad con respecto a la faena de los tribunales. Las excentricidades de los jueces se equilibran entre sí. Un juez mira los problemas desde el punto

34 Henry Adam, *The degradation of the democratic dogma*, ps. 291 y 292.

de vista de la Historia, otro, desde el de la Filosofía, otro, desde la utilidad social, uno es un formalista, otro un tolerante, uno es tímido para todo cambio, otro un insatisfecho del presente; por debajo de la colisión entre mentalidades diversas late algo que tiene una constancia, uniformidad y valor medio mayor que sus elementos componentes. Lo mismo es verdad con respecto a la faena de los jurados. No intento sugerir que el producto, en todo caso, no revela los defectos inherentes a su origen. Los defectos están allí como en toda institución humana. Por el hecho de que no solamente están allí sino que además están visibles, es que confiamos que serán corregidos. No hay seguridad de que la regla que impone la mayoría será la expresión de la perfecta razón cuando se la encarna en una constitución o una ley. No deberíamos esperar más de ella cuando se la encarna en las sentencias de los tribunales. La marea sube y baja, pero las arenas del error se desmenuzan.

La faena de un juez es en un sentido perdurable, y en otro sentido efímero. Lo que es bueno en ella perdura. Lo que es erróneo es casi seguro que perecerá. Lo bueno queda como base sobre la que se han de edificar nuevas estructuras. Lo malo será rechazado y archivado por el laboratorio de los años. Poco a poco la vieja doctrina se va minando. A menudo las incrustaciones nuevas son tan graduales que su importancia es, al principio, ignorada. Finalmente descubrimos que el contorno del paisaje ha sido cambiado, que los viejos mapas deben ser desechados y que se deben trazar otros nuevos. Ese proceso, con toda su fuerza silenciosa aunque inevitable, ha sido des-

cripto por Henderson con singular felicidad:[35] "cuando un adherente a una fe sistemática es expuesto constantemente a influencias y deseos inconsistentes con su fe, puede tener lugar un proceso de cerebración inconsciente por el cual se puede acumular un creciente acopio de inclinaciones mentales hostiles, que motiven fuertemente la acción y la decisión, pero que rara vez emergen claramente en la conciencia. Mientras tanto, las fórmulas de la vieja fe son retenidas y repetidas por la fuerza del hábito, hasta que un día se siente con toda fuerza que la conducta, las simpatías y los deseos fundamentales han llegado a ser tan inconsistentes con la estructura lógica, que esa fe debe ser descartada. Entonces empieza la tarea de edificar y racionalizar una nueva fe".

Siempre haciéndose, a medida que el Derecho se desarrolla a través de los siglos, está esta nueva fe que silenciosa y firmemente borra nuestros errores y excentricidades. A veces pienso que nos preocupamos demasiado de la posible perdurabilidad de las consecuencias de nuestros errores. Éstos pueden producir una pequeña confusión por algún tiempo. Al final, ellos serán modificados o corregidos, o sus enseñanzas ignoradas. El futuro se ocupa de tales cosas. En la infinita función de seleccionar y volver a seleccionar, hay un constante rechazo de la escoria y una constante retención de todo lo que es puro, sano y excelente.

35 *Foreign corporations in american constitutional law*, p. 164; *cf*. Powell, *The changing law of foreign corporations*, en "Political Science Quarterly", vol. 33, p. 569.

El futuro, señores, es vuestro. Nosotros hemos sido llamados a cumplir nuestra parte en un proceso infinito. Mucho tiempo después que yo me haya muerto e ido, y que mi parte en él esté olvidada, vosotros estaréis aquí para hacer vuestra parte y para conducir la antorcha hacia delante. Sé que la llama arderá brillantemente mientras la antorcha esté a vuestro cargo.

LEY, JUSTICIA Y LAS ASPIRACIONES DEL PUEBLO

*Clarence Morris**

SUMARIO

Introducción.- 1. La legislación como fuente de justicia.- 2. La legislación y las aspiraciones públicas.- 3. Los jueces y las aspiraciones del pueblo.- 4. El sentido popular.- 5. Conclusiones.

Introducción

1. La tesis de este ensayo es doble: *a)* no puede haber justicia sin ley, y *b)* la justicia de ordinario sólo está crea-

* **Nació el 8 de enero de 1903 en Denver, Colorado, y murió el 8 de febrero de 1985. Fue profesor en las Universidades de Wyoming, Texas en Austin y Pensilvania. Inició un programa de Derecho y ciencias de la conducta, vinculado con cursos de criminología, pruebas y Derecho de Familia en Pensilvania, el primer programa de su tipo en los Estados Unidos. Fue el autor de *How lawyers think*, *Law in Imperial China: Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases*, y varios artículos y reseñas en revistas de Derecho de Harvard, Columbia, Michigan y Texas.**

da intencionalmente por los legisladores como agentes del pueblo (no como sus amos).

2. Aunque puede haber ley sin justicia, la justicia sólo se realiza por medio de una buena ley; es la cualidad que hace justa a la ley. Esto se verá más claro con dos ejemplos. El mérito literario hace buena la buena literatura. Hay poemas, novelas, dramas y otras composiciones literarias, mediocres, pero no puede haber mérito literario si no se escribiese literatura. La pulcritud es cualidad de alguna gente. Muchas personas son ordinarias, pero la pulcritud no existiría en un mundo deshabitado. El mérito literario puede imaginarse sin pensar en ningún escrito específico; los patrones o normas de pulcritud pueden formularse sin pensar en persona alguna concreta; puede estudiarse la justicia sin referirse a una ley, sentencia u obligación legal particular. Pero la justicia no existiría en un mundo que no conociese las leyes. Cuando la palabra "justicia" se usa en otros sentidos (como un padre justo, un patrono justo), se emplea metafóricamente. Naturalmente hay condiciones previas de justicia; no puede haber literatura –buena o mala– sin lenguaje, ni ley de bienes inmuebles sin propiedad.

3. No es probable que cobre actualidad la justicia más que cuando un legislador trata de servir las aspiraciones del pueblo como agente suyo, aunque la ley de los tiranos puede ser justa en algunos aspectos accidentalmente. Desde luego, el pueblo aspira a metas que no tienen que ver con la justicia (p. e., la belleza y la verdad), pero no son metas de los legisladores. El legislador consciente no siempre comprende las aspiraciones del pueblo ni logra apoyarlas, pero existen.

4. No soy experto en detallar o definir las aspiraciones del pueblo, pero cualquier persona de sentido común tiene alguna noción de su ámbito. Los deseos indignos de ser llamados aspiraciones públicas (aunque haya muchos que los sientan) son egoístas, irracionales e inclusive consecuencia de enfermedades mentales muy comunes. Las verdaderas aspiraciones del pueblo son arraigadas, razonables y sin intención de explotación. No son inmutables del todo, pero hay muchas relativamente permanentes y, cuando cambian, suelen hacerlo poco a poco. Surgen nuevas aspiraciones públicas al cambiar la escena social y al desarrollarse las capacidades y técnicas humanas. Su realización tiene a veces que esperar a que se produzcan los avances técnicos. Es difícil determinar el alcance de las aspiraciones públicas por cuatro motivos: 1) Nadie es lo bastante experto y sabio para enumerarlas *in extenso,* 2) Algunas aspiraciones públicas son incipientes y sólo pueden ser formuladas por los más prudentes especialistas, 3) Los métodos técnicos de encauzarlas son todavía toscos y desorientadores, 4) El pueblo con aspiraciones cambia y aumenta, por lo que algunas de ellas están en movimiento constante.

5. Otro punto de carácter preliminar: sólo cuando se define ampliamente la ley, puede decirse que de ella depende la realización de la justicia. No puede limitarse a las órdenes generales del gobierno. Aunque las leyes y ordenanzas emanadas de los cuerpos legisladores pueden crear justicia, y así lo hacen, a veces es producto de las sentencias judiciales. Mi definición de la ley incluirá las que se originan en estas sentencias judiciales (y cuasi-

judiciales). Se referirá a algo más que a la intervención gubernamental en los asuntos públicos, porque la justicia puede proceder del reconocimiento social de las obligaciones legales, que a veces existe sin precisión gubernamental. No me opongo a que se defina la ley más estrictamente, y yo podría hacerlo también (aunque no serviría tanto a mi propósito), pero entonces mi estudio sobre la naturaleza de la Justicia se haría más intrincado y engorroso.

6. En aras de la claridad, trataré por separado de la relación entre la justicia y la ley en cuanto: 1) a disposiciones aprobadas por los legisladores, 2) a sentencias judiciales y 3) a obligaciones originadas en la sociedad.

7. Puesto que los legisladores pueden ser indolentes, estúpidos, caprichosos, equivocados, egoístas, intolerantes y tiránicos, sus disposiciones pueden ser injustas. Hasta los legisladores competentes y de buena intención (con los cuales no rezan los epítetos anteriores) pueden olvidarse de que son agentes del pueblo y no sus maestros, y legislar injustamente (en beneficio propio y no del bien o de las aspiraciones públicas). Inclusive los legisladores capaces e interesados únicamente en servir al pueblo pueden verse dificultados o impedidos por procedimientos torpes y recursos escasos, y no dictar leyes justas.

1. La legislación como fuente de justicia

8. Con todo, muchos grandes filósofos ven en la legislación una fuente de justicia. Todos, desde luego, admiten que una ley aprobada y promulgada puede ser no obstan-

te deficiente. La "justicia convencional" de Aristóteles nace cuando el legislador promulga disposiciones sobre asuntos hasta entonces indiferentes.[1] Pero en estos casos la ley sólo es justa cuando ha sido justamente elaborada, y "no tanto, cuando se ha producido más o menos al azar".[2] Hobbes, quien dice que Leviatán, elaborador de leyes, no puede ser injusto, reconoce, sin embargo que puede ser inicuo[3] o inepto.[4] Hume, para quien la justicia es un artificio humano, da a entender que las disposiciones de las leyes promulgadas pueden ser defectuosas y necesitar nueva formulación.[5] Ya sé que otros grandes filósofos no consideran la legislación como fuente de justicia. Cicerón utilizó el derecho público romano para estudiar la justicia en el libro tercero de *Las Leyes,* pero creía que la justicia del sistema romano existía antes de su promulgación, que la justicia y la ley dignas de ese nombre existen en la recta razón de los dioses antes de que los hombres dicten leyes buenas.[6] El terrenal Montesquieu dijo también (en uno de sus extraños estados de

1 Aristóteles, *Nicomachean Ethics*, traducción al inglés de Rackham 1949, pág. 295; Clarence Morris, rec., *The Great Legal Philosophers* (1959) (lo citaremos como *Great Philosophers)*, pág. 21.

2 Aristóteles, *op. cit.*, pág. 259; *Great Philosophers*, pág. 121.

3 Thomas Hobbes, *Leviathan* (1904), pág. 122; *Great Philosophers*, pág. 121.

4 Hobbes, *op. cit.*, pág 252; *Great Philosophers*, pág. 132.

5 David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Vol. II, Libro II, No. 549 Everyman´s Library, 1911, pág. 226; *Great Philosophers*, pág. 207, dice: "Como la obligación de cumplir las promesas es un invento en interés de la sociedad, adopta cuantas formas requiera este interés". Si es así, quizás sea imperfecto el trabajo técnico de formularla.

6 Cicerón, *Leyes*, trad. de la versión de Keyes (1928), pág. 317; *Great Philosophers*, pág. 44.

ánimo) que la potencialidad de la justicia preexiste antes de su actualidad histórica.[7]

9. Estos dos puntos de vista pasan por alto, me parece, la justicia nuevamente creada que la legislación promulgada puede lograr y a veces logra, justicia irrealizada y no plenamente comprendida como tal hasta que se completan los procesos de su elaboración. Con un ejemplo se verá más claro: los jueces ingleses han sostenido últimamente (como los de algunos estados norteamericanos) que los delitos de derecho común pueden castigarse, es decir, que aunque sin una norma legislada y previamente declarada, puede un tribunal fallar que alguien es culpable de haber cometido un delito y ordenar que sea castigado.[8] Esto habría encantado a los antiguos confucianos. Cuando Tzuchan promulgó leyes penales en el año 536 a. de J. C., Shu-shing, maestro de un reino coreano, le escribió que estaba desdeñando el ejemplo de los reyes antiguos, quienes abjuraron de las leyes generales del castigo para evitar la litigación. Y continuó diciéndole que, cuando son conocidas las leyes exactas, el pueblo pierde su miedo a los superiores, discute el alcance de las cláusulas legales y se hace difícil de gobernar.[9]

7 "Antes de que se hiciesen las leyes, hubo relaciones de posible justicia. Decir que no hay cosas más justas o injustas que las mandadas o prohibidas por leyes positivas, equivale a afirmar que todos los radios son desiguales antes de trazar el círculo". Montesquieu, *Sprit of the Laws*, versión inglesa de Nugent (1873), pág. 2; *Great Philosophers*, pág. 161.

8 Saw v. *Director of Public Prosecutions*, 2 All E. R. 448 (1961); tratado en Modern L. R. (1961), 626. El castigo fue nueve meses de cárcel por publicar un directorio provocativo de prostitutas. Los fundamentos del derecho común para la sentencia respondían a ofensas estipuladas en leyes positivas.

9 Ch´u, *Law and Society in Traditional China* (1961), pág. 170.

10. En dieciocho estados de la Unión Norteamericana se ha abolido expresamente el poder de los tribunales para castigar delitos de derecho común, sustituyéndolo por códigos penales legislados.[10] En los demás estados la situación es parecida a la de Inglaterra, es decir, sigue existiendo teóricamente el poder judicial en cuanto a los delitos de derecho común, pero los tribunales se muestran renuentes a innovar o aplicar precedentes antiguos y oscuros;[11] en estos estados, no hay más delitos de derecho común que unas cuantas faltas sin importancia.[12] Así, por ejemplo, en mi estado de Pensilvania, un tribunal de apelación común (adviértase el título apropiadamente arcaico) multó en 1924 sin autoridad legal para ello, a una mujer por su lengua soez.[13] Puede decirse en defensa del tribunal que el único punto combatido por su abogado fue que los cargos no estaban suficientemente probados.

11. Pero ¿cómo son creadoras de justicia las leyes positivas penales? ¿Cómo puede decirse que encarnan justicia nueva alguna, si, en gran parte, fueron aprobadas mucho después que la conducta que condenan fuese considerada ilegal y justamente castigada? Ninguna cámara legislativa norteamericana inventó los delitos clásicos. Todas limitaron, al definir los delitos, la autoridad de los

10 *Common Law of rimes in the United States*. Col. L. R., 47 (1947), pág. 1332.
11 *Ibid*., pág. 1334. Veáse también Warren y Blandeis, "The Rigth to Privacy", Harv. L. R., 4 (1890), pág. 193, 219, donde se propone un nuevo remedio civil para la invasión de la independencia privada, pero los autores dicen que para entablar acción criminal, haría falta legislación.
12 *Loc. cit*.
13 Commonwealth v. Smith, alias Quinter, 17 Berks 40 (1924).

funcionarios que detienen, juzgan y castigan a los reos. Indudablemente, nuestras leyes y procedimientos criminales son injustos en muchos aspectos, pero lo que subrayo es que se creó una nueva justicia penal cuando el derecho penal moderno incorporó a los textos formulados de las leyes límites a la autoridad, que tenía antes libertad de movimientos.

12. Conozco, desde luego, leyes penales tan laxas que no sujetan a cauces legales los juicios de los tribunales que las aplican. A esta clase pertenecen muchas veces las leyes sobre lenguaje soez y sobre "conspiración". Indudablemente, de vez en cuando se interpretan otras leyes penales de manera que sorprenden tanto a los legisladores como a los ciudadanos.[14] Pero es un fenómeno notable del siglo XX, el cambio que se ha producido en las actitudes de los jueces hacia la legislación. Cuando un juez norteamericano del siglo XIX dudaba de la sabiduría de los legisladores, interpretaba sus leyes de forma que se malograse su fin.[15] Hoy, la mayor parte de nuestros jueces procuran sinceramente poner en práctica la intención de los cuerpos legislativos.

2. La legislación y las aspiraciones públicas

13. La sustancia de las prohibiciones del derecho penal clásico expresa tan exactamente las aspiraciones públicas, que los legisladores se mueven con seguridad garan-

14 Testigo, p. e. Caminetti v. U. S., 242 470 (1917), donde se volvió contra los amateurs la Ley Mann, aprobada para combatir el vicio comercial.

15 Veáse Roscoe Pound, "Common Law and Legislation", Harv. L. R., 21 (1908), págs. 383, 385.

tizada cuando condenan, por ejemplo, el asesinato, el robo y el incendio. Pero la fuerza limitadora de la definición legislativa de los delitos es también reacción a otra aspiración del pueblo, la de tener un derecho penal preformulado, deliberado, claro y promulgado. La importancia de esta aspiración se manifiesta en la desconfianza popular en la capacidad de algunos jueces para definir improvisadamente y con objetividad los delitos, cuando está en litigio la culpa de algún acusado (que puede ser poco simpático al pueblo). Aun tratándose de faltas leves, nos disgustan los procedimientos que permiten declarar culpable a alguien a menos que haya algo estatuido legalmente antes de cometerse el delito.

14. Esta aspiración pública a la determinación impersonal del delito podría realizarse de alguna otra manera. En una sociedad estática, acaso pudiera estar el derecho común penal tan desarrollado y tan congelado, que (después de un período de desarrollo) la mayor parte de los criterios de culpabilidad estuviesen determinados antes del juicio. Pero no ha existido, en efecto, ese sistema y, en todos los países civilizados la definición legislativa de la mayor parte de los delitos ha representado las aspiraciones del pueblo a un derecho penal promulgado. Me aventuro a afirmar que, en la práctica, probablemente no puede realizarse de otra manera la justicia de este tipo. En consecuencia, la definición legislativa de los delitos ilustra 1) una justicia que no podría existir sin ley y 2) una justicia que surgió cuando los agentes del pueblo se afanaron por servir a sus aspiraciones. En el sistema confuciano, Tzu-chan, quien creía que los funcionarios de-

bían ser amos, también pensaba que las leyes penales promulgadas obstaculizarían el poder judicial. Por tanto sólo habría justicia de leyes promulgadas accidentalmente, como cuando los legalistas posteriores creían que la promulgación contribuía mejor a disuadir de los delitos y que podrían ser amos más eficaces utilizando el procedimiento de la promulgación.

15. Sólo he puesto un ejemplo relativamente trivial de creación de justicia por los legisladores, más bien que por los jueces o por elementos no gubernamentales. Hay, naturalmente, numerosas áreas en que el desarrollo de la justicia es exclusivamente legislativo. Otras instituciones han combatido, por ejemplo, la inseguridad económica, pero la seguridad social moderna sólo habría progresado con interrupciones si no es por la legislación. De la misma manera, el desarrollo de la justa regulación de los negocios y el comercio, del servicio militar y de los impuestos recae exclusivamente en el legislador.

16. Naturalmente, no todos los procesos legislativos son creadores. Todas las sesiones legislativas se dedican, en su mayor parte, a asuntos presupuestarios y a otros problemas apremiantes, pero de rutina, que no contribuyen a mejorar la administración de la justicia. Los proyectos de ley presentados requieren atención preferente; no hay sesión de cámara legislativa alguna norteamericana que dure hoy lo suficiente para examinar los proyectos de ley meritorios que se presentan. A veces, asuntos nimios absorben la atención de los legisladores y debilitan su labor. Y aunque no dejan de atender a los asuntos principales, es muy poco el tiempo que dedican a la

justicia; y tribunales, administradores y funcionarios no gubernamentales tienen que estar constantemente creando justicia para que podamos vivir. Y aunque los legisladores quisiesen resolver por anticipado todos los problemas de justicia, no podrían prever el futuro inevitablemente nuevo.

3. Los jueces y las aspiraciones del pueblo

17. Volvamos a la justicia emanada de las sentencias judiciales. La labor de los jueces es aún más rutinaria de ordinario que la de los legisladores. Cuando las causas en que entienden se reducen a cuestiones de hecho, el trabajo de los jueces tiene tanto de creador como el de los médicos: un médico concienzudo e imaginativo desarrolla una labor terapéutica diaria con perfección extraordinaria, pero uno corriente sólo sabe tratar las enfermedades corrientes. El juez dedicado a casos ordinarios tiene muy poco margen para ser moderadamente creador.

18. Cuando un cuerpo legislativo se encuentra ante un proyecto de ley de solución difícil, aplaza la acción hasta saber qué puede hacer; en cambio, un tribunal no dispone de tiempo para resolver un caso confuso. Si las pruebas no son suficientes por algún motivo, la asignación de la carga probatoria, es decir, la regulación de a quién incumbe la prueba, determina arbitrariamente cuál de los litigantes ha de sufrir las consecuencias de la falta de prueba. Lo mismo ocurre, por lo menos en teoría, cuando vienen a ser iguales las pruebas en contrario. Aclarados los hechos, si el tribunal no está seguro de quién es el que tiene razón, suele negarse a modificar el *statu quo* y

sobresee el caso, con lo cual los litigantes siguen en la misma situación. Naturalmente, en ninguno de estos casos tiene el fallo judicial nada de creador, y mucho menos surge justicia nueva. Al contrario, hasta la creatividad futura está obstruida cuando, conocidos los hechos, el tribunal no pronuncia sentencia porque no sabe a qué parte debe favorecer la ley, la fuerza de la tradición en nuestro sistema de derecho común tiende a impedir que los tribunales vuelvan a considerar los méritos de los problemas no resueltos en justicia. Cuando, más tarde, se esclarezcan las cosas, un respeto exagerado a los precedentes o a la tradición puede cegar al tribunal.[16] Por otra parte, la falta total de precedente produce, asimismo, un efecto intimidante; los tribunales que citan precedentes para prácticamente todas sus decisiones se sienten perplejos e inquietos cuando no hay precedente alguno que favorezca la realización de una aspiración pública.[17]

19. Naturalmente, la judicatura no tiene obligación de satisfacer todas las aspiraciones del pueblo. Pero lo que es ahora el bueno, rutinario derecho común, tuvo antaño sus orígenes creadores. Antes de mediado el siglo XIX, ni

16 Veáse, p. e., Union Pacific v. Cappier, 66 Kan. 649, 72 Pac. 281 (1903), acción ejercitada equivocadamente en que el querellante alegaba que, después de atropellar el tren de la compañía demandaba a la víctima, los ferroviarios no acudieron en seguida en ayuda suya, por lo cual se desangró y murió. Fallo: la compañía no tenía obligación de acudir en ayuda suya.
Por la sordera judicial a la justicia, no se ha dejado oír su voz algunas veces. Esto era frecuente en los tribunales de derecho común durante el período que precedió inmediatamente a su adopción de defensas equitativas. Veáse Walsh, *Treatise on Equity* (1930), pág. 99.

17 Veáse, p. e. Robertson v. Rochester Folding Box Co., 171 N. Y. 538 (1902), en que el tribunal se negó a reconocer que el anunciador que publicó sin permiso la foto de una muchacha conculcó sus derechos.

el parlamento británico ni las legislaturas norteamericanas se ocupaban gran cosa de la administración de justicia en asuntos particulares, y cuando lo hacían, era para tratar casos de descontento sin importancia. Hasta principios de nuestro siglo, no aumentaron de volumen los códigos de los estados norteamericanos, para dividirse en múltiples secciones. Sólo atendiendo a voces especiales y políticamente respetadas, nuestras legislaturas se decidieron a compilar extensos y sistemáticos códigos sobre instrumentos negociables, sobre sociedades anónimas, seguros, etc. A lo largo de la historia, el derecho común ha sido la fuente principal de justicia en Inglaterra y en los Estados Unidos.

20. Los jueces del derecho común se valían indudablemente de otros sistemas jurídicos y adoptaron las costumbres del comercio y otras normas sociales corrientes. Pero su deseo de caminar sin andadores produjo frecuentemente nuevos reconocimientos de las aspiraciones públicas, que no iban a poder realizarse de otra manera. Este espíritu creativo se manifiesta en la invención judicial de la regla contra la perpetuidad de dominio, o sea, la que en el siglo XV prohibía las restricciones a la enajenación de propiedad más allá de una vida de veintiún años. Los jueces justificaron esta medida nueva con dos razones: 1) las perpetuidades son malas; y, 2) los jueces tienen facultades para combatir ese mal. No realizaron un cambio trivial[18] como el que llevaron a cabo, por ejemplo, los jueces del siglo XX, dispuestos a prohibir las "*spite fen-*

18 Veáse Gray, *Rule against Perpetuities* (4a. ed., 1942), especialmente págs.169-170.

ces", las tapias que por despecho se construían para impedir la vista de una propiedad vecina.[19] Los jueces del siglo XVII limitaron las facultades de planeamiento de los hacendados, que querían seguir controlando después de muertos sus propiedades familiares. Estos jueces pertenecían también personalmente a la clase hacendada, y sus simpatías estaban más o menos del lado de aquéllos a quienes iban a refrenar; pero también creían saber que las aspiraciones posfeudales del pueblo británico no aceptaban un sistema rígido de propiedad, sino que preferían una sociedad dinámica y en desarrollo.

21. Los aspectos notables de esta creatividad judicial eran que los jueces no vacilaban en abordar problema tan importante y complicado, y que pudieron ponerse de acuerdo para trazar la línea divisoria arbitraria, aunque pudiera haber pasado lo mismo por cualquier otro punto. Quizás los tiempos dieron más valor a la judicatura y, al mismo tiempo, desviaron de su preocupación a otras fuerzas gubernamentales. Lo mismo al principio que más tarde, la creatividad del derecho común parece ser menos calculada, más profunda e intuitiva, más producto del ingenio institucional de jueces y abogados. Ejemplo de ello es el desarrollo de las ficciones de derecho en el desahucio y en la acción de recuperación de la propiedad mueble.

22. El desahucio fue originariamente un aditamento sin importancia del siglo XIII a las acciones de derecho común para recuperar la posesión de las tierras después

19 Veáse, p. e., Hubbard v. Halliday, 58 Ok. 244, 158 Pac. 1158 (1916).

de un despojo injusto. Los terratenientes importantes despojados injustamente ejercitaban en estos casos la acción "real" apropiada. Pero no había acción real para proteger a los arrendatarios y aparceros y se inventó el nuevo mandamiento de desahucio para llenar este vacío. El nuevo remedio fue clasificado, quizás accidentalmente, como intrusión o interposición, y no como una acción real, y era a la vez rápido y sencillo. Las acciones reales eran complicadas y lentas. No mucho después de haberse inventado el desahucio, los ocupantes de la tierra no poseedores descubrieron una manera de sustituir por un desahucio más rápido las acciones reales más lentas y engorrosas. Un terrateniente despojado otorgaría un contrato de arrendamiento a favor de un amigo. Puesto que ese amigo no había sido evidentemente despojado (requisito previo indispensable del desahucio), un segundo amigo pretendería despojarla. El primer amigo entonces, como arrendatario despojado, demandaría al segundo en desahucio. Este segundo amigo notificaba al ocupante efectivo que el juicio era inminente y le manifestaba que él no se proponía defenderse y que, por consiguiente, a no ser que el ocupante se defendiera, era probable que tuviera un choque con el alguacil que iría a dar posesión al primer amigo. Mediante este procedimiento se llevaba al ocupante al tribunal, que es todo lo que se proponía. Es difícil decir si ese estratagema fue inventado por los abogados[20] o fue en cierta medida inspirado por los propios jueces. Sea como sea, la judi-

120 "Los abogados vieron la oportunidad de asegurar el juicio... sin los gastos y demoras de la antigua acción real...", dice Edmund Morgan, *The Study of Law* (1626), pág. 82.

catura fomentó la ficción y sentó el precedente de que cualquier ocupante que deseara defender una acción de desahucio ejercitada por un arrendamiento nominal podría hacerlo únicamente si admitía el arrendamiento, el allanamiento y el despojo. Más tarde, la farsa se convirtió en ficción, y con el tiempo llegó a abolirse hasta la ficción.[21]

23. La ampliación en esta forma del desahucio fue una mera reforma procesal; un remedio más rápido venía a sustituir a otro más lento; pero el remedio, acelerado en dos o tres años, era una verdadera bendición comparado con la demora que acarrearía el ejercicio de la acción real e indudablemente favorecería la aspiración pública de una justicia más eficaz contra el despojo ilegal de la propiedad. Hoy tenemos algo parecido en los litigios por accidente de automóvil, en que los demandados suelen ser reacios a arreglos convenientes hasta que los casos están para ser juzgados, a veces años después de haberse iniciado.

24. La ampliación de la recuperación de bienes muebles perdidos experimentó un progreso importante. La acción se entablaba al principio contra el que se encontraba una propiedad perdida y no quería devolvérsela a su verdadero dueño. Pero, pasando el tiempo, hubo casos en que el demandante alegaba que había perdido casualmente, por ejemplo, cuarenta toneladas de carbón, que el acusado había hallado y se negaba a devolver.[22] Por las artimañas de abogados y jueces, la pérdida y el hallazgo

21 *Ibid.*, págs. 81 et seq.

22 Mast v. Goodson, 3 Wilson 348, 351 (Common Pleas, 1772).

se habían hecho algo ficticios, y la acción ampliada se ejercitaba contra cualquiera que se apropiase ilegalmente alguna propiedad personal.[23]

25. Los letrados no sólo contribuyen a difundir viejos remedios a los nuevos casos, sino que, al parecer como ofendidos, frenan las tentaciones de los jueces de introducir innovaciones injustas. Este aspecto de la valía de los abogados se ve más claramente con lo que puede ocurrir en un sistema judicial donde no existe la abogacía, por ejemplo, el de la China Imperial. En un caso de última voluntad, el padre moribundo de un pequeño y de una mayor casada legó a su hija todos sus bienes menos su espada, que recibiría el hijo al cumplir los quince años. Pero, llegada esta fecha, su hermana se negó a dársela, por lo que él la demandó. El juez Ho Wo dijo que la hija era violenta y dominante, y su marido avaro y villano; que el fallecido temía que la pareja hiciese daño a su hijo si le dejaba sus propiedades; por tanto, confió a la hija la custodia temporal del caudal hasta que el muchacho tuviese edad suficiente para manejar la espada y entablar una acción por su cuenta ante las autoridades si fuese necesario. Ho Wo sostenía que debía darse al hijo, no sólo la espada, sino toda la propiedad.[24]

26. Que un padre, teniendo un hijo varón, dejase sus bienes a su hija era un caso raro en la China Imperial. Pero Ho Wo no decía que no pudiese hacerse, sino que se negó a respetar esta última voluntad, porque el testador

23 Veáse Morgan, *op. cit.*, págs. 80 et seq.
24 Van Gulik, *T'ang–Yin–Pi–Shin* (1956), pág. 176.

había indicado simbólicamente una intención distinta. Supongamos que interpretó bien sus propósitos: ¿tenía atribuciones para dar fuerza legal a su fallo? ¿Se hubiera conducido así si la hija tuviese un abogado que se empeñase en mantener métodos menos imaginativos de interpretación? (Debe añadirse que causó gran admiración la sentencia de Ho Wo y se consignó en un libro compilado hace unos mil años para guía de los magistrados chinos).

27. No es fácil demostrar que las innovaciones judiciales a veces son y deberían ser siempre, un intento de responder a las aspiraciones públicas.[25] Los jueces no son sus representantes en el mismo sentido que los legisladores; ni cuando son elegidos, prometen un programa político, ni hacen campañas, ni enarbolan banderas de partidos. Esto se debe en gran parte a que la función judicial se considera más administrativa que creadora. En la mayor parte de los casos, se piensa, ya está determinada la dirección de la ley que el buen juez debe aplicar o adaptar imparcialmente al caso. Sólo de vez en cuando innovan, y aún en ese caso, deben prescindir de todo partidismo, o sea, proceder en la forma que a su criterio responda mejor al deseo del pueblo. Así parecen ser los ejemplos que he expuesto. El deseo popular quedó más o menos servido con las ampliaciones de los juicios de desahucio y cuando la vindicación de los derechos a la propiedad personal se extendió en el caso de los bienes extraviados a todas las apropiaciones ilegales. Sin embargo, en estos

25 Al interpretar una ley o una constitución escrita, el tribunal tiene una función algo distinta, de la que no podemos ocuparnos en este breve ensayo.

dos casos, no se hizo otra cosa que ampliar hasta límites sensibles la ley existente; las innovaciones no fueron sino triunfos de la función sobre la historia. Lo mismo ocurrió con las reglas contra la perpetuidad, cuya audacia, sin embargo, me parece harina de otro costal; rara vez los jueces de derecho común llegan a tanto en su iniciativa. Y, en nuestros tiempos, es difícil encontrar ejemplos de decisiones judiciales tan tajantes sin relación con algún texto constitucional o legislativo.

28. Learned Hand observó una tendencia contemporánea contra la innovación judicial; decía que los jueces de derecho común antiguos solían introducir más innovaciones, porque la sociedad era más homogénea y sus elementos propendían a ponerse al lado de la justicia.[26] Y dice: "Todo esto ha cambiado... Las (nuevas) demandas, que anteriormente hubieran sido tácitas, se manifiestan ahora explícitamente si la justicia debe ser una acomodación... entre los intereses vitales y conscientes de la sociedad, ha adoptado una significación desconocida antes".[27] Por eso, los sistemas de valores más variados de los tiempos modernos reducen grandemente el atractivo (y por tanto la probabilidad) de la nueva justicia sentada por los jueces.

29. Sin embargo, los del siglo XX no han renunciado a la iniciativa creadora: han hecho correcciones y avances. Vayan dos ejemplos para confirmarlo: uno es la rectificación de una irreflexión legal, y el otro la declaración de

26 Learned Hand, "The Speech of Justice", Harv. L. R., 29 (1916), págs. 617, 619.
27 *Loc. cit.*

un nuevo derecho.

30. En el siglo XIX, un fabricante de carruajes firmó contrato con el jefe general de correos británico para la conservación de los coches postales. Uno de ellos perdió una rueda por negligencia en el mantenimiento. El cochero resultó herido y demandó al constructor del carruaje. En 1842, el Tribunal de Hacienda falló que no se debía indemnización ninguna al cochero, porque él no fue parte contratante cuando el constructor quedó obligado a la conservación de los vehículos.[28]

31. Con la disposición resultante sobre el "carácter privado del contrato", quedaron exentos todos los prestadores de servicios y bienes negligentes de tener que indemnizar a terceras personas. La doctrina era tan manifiestamente injusta, que no tardaron en hacerse excepciones menores. Pero la doctrina siguió en pie en los Estados Unidos durante más de setenta años. Sin embargo, el magistrado Cardozo la repudió en 1916 y condenó a la *Buick Motor Company* a pagar indemnización por los daños debidos a la manufactura deficiente de un coche vendido por un intermediario a un cliente con el cual no había contratado la empresa.[29] Esto sirvió de ejemplo para los jueces decididos de casi todos los estados norteamericanos, y la doctrina del carácter privado pasó a la historia. Cardozo, a mi entender, salió en defensa de la justicia en un caso en que los no muy versados en leyes no habían advertido que la disposición era injusta.

28 Winterbottom v. Wright, 10 M & W. 109 (1842).
29 Macpherson v. Buick Motor Co., 217 N. Y. 382. 111 N. E. 1050, (1916).

32. El otro ejemplo es el derecho a la intimidad, o aislamiento, desarrollado en el siglo XX y no conocido, al menos por ese nombre, hasta que lo propugnó un artículo imaginativo y convincente en la *Harvard Law Review,* en 1896.[30] El artículo animó a muchos jueces de los estados a proteger de manera nueva a los interesados contra el uso de nombres y fotografías de los anunciadores; contra los interceptores de líneas telefónicas, los acreedores machacones y escandalosos, etc., etc. Lo que hicieron los tribunales estatales por estos derechos (rara vez ayudados por la legislación) es impresionante y se tradujo en nuevas formas de protección contra el entusiasmo excesivo.

33. Además, los tribunales están constantemente formulando y reformulando las leyes, atentos a su justicia. Está tan extendida esta actividad, que si ponemos unos cuantos ejemplos, pueden presentarse a desorientaciones por su carácter concreto. Claro está que también abunda el tecnicismo inflexible, el aferrarse a la tradición y la ceguera para las nuevas cosas, enemigos de la justicia, agazapados en las grietas de nuestro casuismo legal. Puede ser más grave el pecado de los jueces por defecto que por excederse en creatividad judicial. Mi convicción personal no concuerda con el optimismo de Cardozo cuando dice: "No los principios engendrados por la actividad judicial... Son sacrificados los que no tienen vigor y fuerza suficiente para resistir la prueba de la experiencia".[31] Me acerco más a Traynor cuando afirma:

30 Warren y Brandeis, "The Right to Privacy", Harv. L. R., 4 (1896), pág. 193.

> Ahora hay muchos que creen que el juez puede y debe participar creativamente en el desarrollo del derecho común. Pero, cada vez que hace algo en este sentido, debe tener presente el antiguo recelo de que la creatividad es un exceso peligroso del talento, que no se compagina con la circunspección; que amenaza sombríamente la estabilidad de la ley... Lo que debería preocuparnos, no es la posibilidad remota de demasiadas opiniones creadoras, sino su permanente escasez.[32]

34. Así pues, aunque los jueces creen justicia, nuestra necesidad de ella no quedará completamente satisfecha en los tribunales. Los jueces no tienen movilidad ni recursos para crear toda la justicia que necesitamos, ni obligación ni competencia para ello individualmente, consultando sólo la voz de su conciencia. Con jueces obstinados y con manías, se destruye el sistema de la justicia y se da juego a las delaciones. Si son egoístas y sagaces, podrán persuadir a sus compañeros para que vean una nueva justicia que se le escapa al público adormilado, pero rara vez seguirán los jueces que vengan detrás de sus innovaciones cuando no concuerdan con las aspiraciones públicas. Sólo con jueces competentes y de fiar, puede progresar la justicia, nunca peligrar su estabilidad. Pero si, por el contrario, son demasiado lentos en su esfera, sus fracasos serán doblemente injustos; la doctri-

31 Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (1921), pág. 22.

32 Monrad Paulsen, rec., *Legal Institutions Today and Tomorrow* (1959), págs. 48, 50.

na de *stare decisis* se perpetuará después de ellos.

4. El sentido popular

35. La suma de la justicia gubernamental (judicial, legislativa y ejecutiva) no basta de por sí para producir una sociedad justa; por eso voy a ocuparme ahora de la justicia de las obligaciones legales reconocidas sin intervención directa del gobierno. En la filosofía histórica del derecho, tal como la expone Savigny en su volumen sistemático sobre jurisprudencia,[33] el derecho va desarrollando un lenguaje propio, naturalmente y según el carácter del pueblo. Cada sociedad produce el suyo, imponiendo costumbres que se incorporan a la fe popular. Como no se inventa cada derecho conscientemente, sólo "se crea" en un sentido metafórico.[34] Rara vez puede incorporarse propiamente hablando y con utilidad a leyes oficiales promulgadas, porque el proceso de reducirlo a palabras abstractas le quita vigor y oscurece su significado. Los legisladores gubernamentales sólo funcionan bien cuando se han formado en el estudio histórico, gracias al cual saben reflejar exactamente el espíritu popular cuando se da la rara necesidad de esclarecer el derecho. Sin esa formación, promulgaríanse leyes carentes de sentido popular e incapaces de fomentar la fidelidad del pueblo a ellas.

36. Aunque rara vez figura la palabra justicia en el razonamiento de Savigny,[35] da a entender que el derecho

33 Savigny, *Of the Vacation of Our Age For Legislation and Jurisprudence* (1814), esp. caps. I y II; *Great Philosophers*, págs. 290-293.

34 Pero veáse Carl J. Friedrich, "Law and History", Vand. L. R., 14 (1961), págs. 1027, 1035.

justo nunca puede ser producto de una creatividad oficial. Aunque haya funcionarios facultados para investigar y aplicar la ley en ciertas ocasiones (y muy rara vez para darle carácter oficial), el pueblo es el que transpira su justicia, justicia que existe como hecho histórico del que se enteran los buenos funcionarios y luego aplican a los problemas que van surgiendo.

37. Creo que en nuestros tiempos no debemos temer que los legisladores anglo-norteamericanos se dediquen a codificaciones abstractas; no es probable que quieran dar nueva forma al derecho natural ni al *jus gentium*. En nuestro mundo complicado, tendríamos que esperar sentados si relegásemos la solución de todos nuestros importantes problemas de justicia al sentido popular. Preferimos una legislación más activa y profesional. Confiamos en que funcionarios laboriosos, preparados y expertos realicen con su talento algunas de las aspiraciones del pueblo. Pero la tesis de Savigny nos enseña muchas cosas. Como sólo se produce una cultura genuina[36] en las comunidades que permiten gran participación en la elaboración de decisiones sociales, la creatividad de los legisladores y de los jueces es bienvenida y mejor recibida cuando responde a los valores populares y trata de realizar las aspiraciones del pueblo, no las suyas propias. También nos señala Savigny que algunas obligaciones se desarrollan realmente en la sociedad misma,

35 Cuando la emplea, suele ser en la expresión "administración de justicia", con la cual se refiere únicamente a la aplicación de la ley, sin atender a lo justa que pueda ser.

36 Tomo la frase y la idea de Bertram Morris, *Philosophical Aspects of Culture* (1961), obra verdaderamente brillante.

sin intervención del gobierno.

38. Pero la metáfora de Savigny sobre la iniciativa popular se presta a confusiones en algunos respectos: describe las fuerzas sociales que crean obligaciones legales como monolíticas e inconscientes. Aunque dice que las costumbres varían según la localidad, da a cada una de éstas un carácter unificado, que sólo forma un sistema de costumbres.

39. Ehrlich, seguidor en el siglo XX de las doctrinas de Savigny, elaboró una sociología más complicada: veía a la sociedad como una colectividad pluralística, y los hombres de los grupos de Ehrlich muchas veces desarrollan intencionalmente aquellas obligaciones legales que sirven a sus fines. Sin embargo, cree con Savigny que en su mayor parte surgen estas obligaciones sin interrupción gubernamental, y se observan sin atender a sanciones oficiales.

> ... El hombre vive en innumerables relaciones legales y..., y con pocas excepciones, voluntariamente cumple con los deberes que estas relaciones le imponen como padre o hijo, como marido o esposa, no se inmiscuye en el disfrute de la propiedad de su vecino, paga sus deudas, entrega lo que ha vendido y hace a su patrono la prestación del trabajo... a que se obligó... Lo corriente es que no piense para nada en... los tribunales... ¿Va una ama de casa a demandar a su criada por deficiencias en el servicio?[37]

40. Ejemplo notable que podemos añadir al de Ehrlich,

es la ley del contrato colectivo de trabajo con sus negociaciones, su interpretación privada y su cumplimiento. Así, con un simple pacto entre gerencia y trabajadores, la industria automovilística regula la vida de más seres humanos que la mayor parte de las leyes positivas.

41. Rara vez se piensa en la justicia (tal como se define en este ensayo, como resultado del esfuerzo de los agentes del pueblo por hacer realidad sus aspiraciones) en las transacciones legales privadas. Cada una de las partes contratantes tiene interés, claro está, en proteger sus bienes[38] y, cuando se esperan negociaciones continuadas, se esfuerza por tratar a la otra con equidad. Procura, desde luego, servir a su propio interés, pero el gobierno interviene frecuentemente para evitar injusticias con leyes, por ejemplo, contra monopolios, reguladoras de la pureza de los alimentos, de uniformación de las pólizas de seguros, etc., o con una supervisión administrativa como la ejercida por la Comisión de Valores y Bolsa, la Comisión de Comercio Federal, y demás.

42. Pocas veces se ocupan las actividades profesionales o industriales de los intereses de quienes no están afecta-

37 Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, trad. ingl. de Moll (1936), pág. 21023; *Great Philosophers*, pág. 440.

38 Por lo menos, en el sentido en que se supone su interés. *Cfr*. John Austin, *Lecture on Jurisprudence* (3a. ed.; 1869), pág. 162; *Great Philosophers*, pág. 350; "Generalmente el individuo es el mejor juez de sus intereses, de lo que va a producirle el mayor placer y el mayor dolor. En comparación con la conciencia íntima de sus intereses personales, el conocimiento del interés de los demás es una vaga conjetura. Consiguientemente, el principio de la utilidad general exige imperiosamente que atienda a los propios intereses más que los de los demás; que no desdeñe habitualmente lo que conoce bien para perseguir lo que sólo conoce imperfectamente".

dos inmediatamente por ellas. Son pocas las ocasiones en que los negociantes pueden ocuparse de los extraños en sus operaciones rutinarias.[39] Pero hay algunos tratos privados que afectan profundamente a quienes no intervienen en ellos y, por tanto, las decisiones adoptadas tienden a responder a las aspiraciones públicas o a impedirlas. Así, ocurrió hace poco en el caso sensacional de contrato colectivo en la industria siderúrgica. ¿Deberían preocuparse por la inflación quienes lo negociaron, y procurar impedirla, llegando a un acuerdo que no redundase en el alza de los precios? ¿Debería haber estado presente en la mesa de las negociaciones el pueblo? No soy yo quien tiene que contestar a estas preguntas, pero el hecho de que puedan ser planteadas demuestra que nuestros procesos gubernamentales están llenos de capacidad para infligirnos una injusticia, lo mismo que para crear justicia. Esto se ve más claramente en dos ejemplos sencillos de la medicina organizada.

43. En la Suprema Corte de Delaware, se planteó hace poco una cuestión sin precedentes: ¿tiene obligación un hospital de prestar ayuda de urgencia a un desconocido que acude a él? El tribunal contestó afirmativamente.[40] Hubo, claro está, en este fallo, intervención gubernamental, pero lo importante es que ni los abogados ni el juez pudieron encontrar un caso norteamericano parecido en pleno 1961. Indudablemente, la medicina institucional había decidido mucho antes que los necesitados tenían

39 Veáse John Stuart Mill, *Utilitarianism* (Evereyman´s Library); (1951), pág. 28; *Great Philosophers*, pág. 368.

40 Wilmington General Hospital v. Manlove, 174 A. 2a. (1961) 135.

derecho a un trato de urgencia en las salas del hospital. Estaba establecido en las ordenanzas internas de las instituciones médicas, con las naturales diferencias de detalle entre hospitales y hospital. Quienes las elaboraron se hicieron eco de una aspiración pública mucho antes de que en Delaware se vindicase este derecho. Probablemente es tan eficiente y valioso en la vecina Pensilvania, aunque el gobierno no lo ha pronunciado todavía.

44. El segundo ejemplo médico se refiere a un problema que tiene que ver quizás con una injusticia de las ordenanzas internas de los hospitales y que necesita corregirse. El de las enfermeras debidamente preparadas en un servicio médico escaso, a mi entender. Supongamos que sólo trabajasen cuando quisieren, que muchas de ellas se negasen a prestar servicio los fines de semana o los días de fiesta. Supongamos que las escasas enfermeras privadas se pongan a disposición de pacientes ricos, que no necesitan sus cuidados tanto como otros pobres. Si esto es así, ¿no tienen obligación las sociedades profesionales de enfermeras, los médicos y los hospitales de poner remedio, reformando las ordenanzas internas reguladoras del servicio de las enfermeras? Hablo en tono condicional, porque no conozco los hechos ni la forma de corregirlos. Pero sé que, si las asociaciones privadas no crean justicia, nuestra sociedad se irá haciendo cada vez más injusta. No sostengo, naturalmente, que todas las ordenanzas internas injustas de las asociaciones puedan y deban ser reformadas por individuos privados. Sin embargo, el poder privado no siempre lo es del todo; a veces se le tolera sólo porque quienes lo ejercen proba-

blemente quieren y pueden hacerse eco de algunas aspiraciones públicas. Cuando no ocurre así, el vacío suele llenarlo el gobierno, cuando los casos sean comunes e intolerables, el gobierno tiende a inclinarse al totalitarismo.

45. Quienes intenten crear justicia tal como la ha definido (sean personas privadas o funcionarios públicos) necesitan algo más que conocimientos técnicos y buena voluntad: deben saber algo de las aspiraciones públicas y desear secundarlas. Los filósofos que tratan de elaborar sistemas de valores a base de las consecuencias tienden a suprimir este punto. Ahí tenemos, por ejemplo, la filosofía social de John Stuart Mill.

46. La fuente de justicia es para Mill la capacidad que tiene el hombre de captar la comunidad de intereses entre él y la sociedad; la inclinación innata a defenderse a sí mismo tiende a expandirse, incluyendo la defensa de la sociedad.[41] Por eso, quienes oponen resistencia a una injusticia personal suelen basar su protesta en alguna ley que beneficia a la sociedad.[42] Una causa justa se atrae el apoyo emocional de los extraños, porque probablemente redunde en ventajas sociales.[43] Las de menos importancia social son apoyadas porque parecen convenientes y nada más.

47. Pero Mill observa que pueden variar considerablemente las predilecciones sobre asuntos importantes.

41 Mill, *Utilitarianism*, *op. cit.*, pág. 63; *Great Philosophers*, pág. 374.
42 Mill, *op. cit.*, págs. 64-65; *Great Philosophers*, pág. 375.
43 Mill, *op. cit.*, pág. 66; *Great Philosophers*, pág. 375.

> Hay –dice– quienes creen que es injusto castigar a alguien para dar ejemplo a los demás; que el castigo sólo es justo cuando su fin es beneficiar al que lo recibe. Otros sostienen todo lo contrario... que castigar a quienes han llegado a la edad del discernimiento, por su beneficio, es despotismo e injusticia, porque, si sólo se trata de su propio bien, nadie tiene derecho a imponerse a su juicio personal sobre él; en cambio, pueden ser justamente castigados para evitar que los demás obren mal, porque esto constituiría ejercicio del derecho legítimo de defensa propia. El Sr. Owen afirma también que es injusto castigar de por sí; porque el delincuente no creó su propio carácter; su educación y las circunstancias le hicieron criminal y de ellas no es responsable.[44]

48. El método de Mill para elegir entre estas alternativas es utilitario; averiguando la proporción de felicidad y de dolor que cada una de ellas puede producir, estamos en condiciones de optar por la que más sirva al bienestar e igualdad humanos.[45] Por tanto, si Mill fuese omnisciente, sabría qué alternativa era la más justa. Si fuese legislador,[46] sabría qué teoría era la más justa para basar en ella el código penal. Si fuese juez o miembro de un consejo de indulto, sabría cuál era la mejor para dispensar clemencia. Si fuese director de una orden frater-

44 Mill, *op. cit.*, págs. 68-69; *Great Philosphers*, pág. 376.

45 Naturalmente, no todos los utilitarios tienen tanto interés en fomentar la igualdad como Mill.

46 Que lo fue, dicho sea de paso.

nal de policía, sabría qué alternativa podría orientarle para crear reglamentos de su fraternidad para mejorar la justicia penal. Y lo importante es que, según Mill, conocería la justicia al conocer lo que debería desear el pueblo: no tendría importancia lo que quisiera de hecho, excepto cuando su ignorancia impidiera a los inteligentes líderes dar al pueblo lo que necesitara. En esto creo que Mill está equivocado (aunque es uno de mis ídolos).

5. Conclusiones

49. La creación de la justicia no debe confiarse a quienes proceden como jefes, y no como agentes. Los legisladores no deben jugar a ser dioses ni reyes filósofos. Sólo sirven a la causa de la justicia cuando secundan los deseos del pueblo. El agente trata de adivinar qué quiere su jefe, preguntándose qué querría él si lo fuese. La labor del legislador puede y debe ser muchas veces creadora, primero, porque el pueblo desea más y mejor justicia, que debe ser ideada creativamente y forjada con imaginación; y segundo, porque la comprensión de las aspiraciones incipientes del pueblo requiere talento creador.

50. El pueblo a veces desea más que justicia, mayor belleza o más verdad, por ejemplo. Como estos objetivos suponen talento y reparto de su producto, pueden plantearse problemas de justicia distributiva. Pero ni el artista ni el sabio pueden obrar como agentes. Si el artista no procede como jefe, será un ramplón, no un creador. Si el sabio no obra como jefe, los deseos de los demás absorberán sus energías y deformarán lo que ve. Claro está que arte y ciencia surgen de la sociedad y aspiran a comuni-

carse con ella; tienen aspectos institucionales. Pero el creador de justicia no sólo debe ser producto de la sociedad, sino consagrarse a descubrir, comprender y realizar en lo posible las aspiraciones del pueblo, no las suyas. No puede crearse intencionalmente la justicia de otra manera.

51. Desde luego, tanto las aspiraciones públicas como las privadas a veces se realizan por accidente. Por coincidencias felices, los hombres pueden hacerse ricos, acaudalados y también sabios. La perfección de la pizca del algodón (lograda por hombres a quienes no interesaba primordialmente la justicia) acabó con la economía injusta algodonera del "Profundo Sur". Pero también accidentalmente puede producirse la miseria, la guerra y la injusticia irremediable. Sólo por medio de la ley (en su sentido amplio), de la ley perfeccionada por los agentes del pueblo dedicados a secundar sus aspiraciones, cabe esperar el desarrollo sostenido de la justicia humana.

EL JUEZ

*Rudolf Stammler**

SUMARIO

I. El problema.- 1. Introducción. 2. Los casos concretos y su unidad.- 3. La práctica.- 4. La técnica.- 5. La teoría.- II. El derecho.- 1. Derecho y naturaleza.- 2. Derecho y religión.- 3. Derecho y moral.- 4. Derecho y usos sociales.- 5. Derecho y arbitrariedad.- III. El articulado.- 1. El concepto del Derecho y el Derecho positivo.- 2. Orígenes del Derecho positivo.- 3. Las fuentes del Derecho.- 4. La capacidad de discernimiento del juez 5. La ciencia del Derecho.- IV. La justicia.- 1. De la rectitud fundamental de un querer.- 2. El método de enjuiciamiento fundamental.- 3. El ideal social.- 4. El hedonismo.- 5. Juicios subjetivos de valor.- V. El derecho justo.- 1. El Derecho natural.- 2.

* **Juez alemán que nació en Alsfeld, Alemania, el 19 de febrero 1856, y murió el 25 de abril de 1938 en Wernigerode. Procuró conciliar, en su obra *Derecho y Economía* (1896), la filosofía que afirma la dependencia lógica de la experiencia de formas *a priori* establecidas por el sujeto trascendental (Kant) con la filosofía materialista que sostiene que la "*superestructura*" ideológica está determinada por la "*estructura*" económica, o sea que la "*materia*" determina la forma, lo que fue presentado en forma sintética en su *Manual de Filosofía del Derecho* (1922).**

Rectitud absoluta y rectitud objetiva.- 3. Significado jurídico de la buena fe.- 4. Los principios del Derecho justo.- 5. Cómo elegir la norma jurídica justa.- VI. El arbitrio judicial.- 1. Jurisprudencia humana.- 2. El derecho de libre interpretación judicial.- 3. El Pretor.- 4. Sobre el estadista de Platón.- 5. Fallos fundamentales.- VII. Independencia de los tribunales.- 1. Legislación y Judicatura.- 2. El Estado de Derecho.- 3. Doctrinas consagradas y precedentes judiciales.- 4. Las llamadas normas de cultura.- 5. Las concepciones imperantes.- VIII. El sacerdocio judicial.- 1. Claridad del objeto final.- 2. El Derecho aplicable.- 3. Disensiones en el Derecho.- 4. La gracia.- 5. Justicia y amor.

I
EL PROBLEMA

1. Introducción

En las anchas faldas de una colina alzábase, desde tiempos remotos, un espléndido templo. Se le divisaba desde muy lejos. Piedras bien talladas servíanle de cimiento y las líneas firmes y armoniosas de su fábrica se erguían gallardamente. Sabios sacerdotes velaban, en el interior, por su cometido de guardar el templo y atender a su servicio. Desde lejanas tierras, acudían en tropel los peregrinos a implorar ayuda. Y quien se sintiese solo y abandonado, salía de allí siempre fortalecido con la clara

conciencia de que a cada cual se le adjudicaba con segura mano lo suyo y de que el fallo era cumplido inexorablemente.

Tal fue el Templo *del Derecho y la Justicia*.

Pero, entre los hombres comenzaron a despertarse otros afanes. La codicia de obtener ventajas materiales para sí y para los suyos se antepuso a todo, y los fallos sagrados del Templo ya sólo se buscaban para cubrir las apariencias. Las normas de conducta que de él irradiaban seguíanse tan sólo en contados casos, cuando así cuadraba a los designios de la multitud. Los fallos del templo se iban posponiendo a las propias aspiraciones subjetivas, en el empeño de erigir éstas en medida y rasero de todas las cosas.

La afluencia de peregrinos al Templo era cada día más escasa. Sus servidores, preocupados, se reunieron para buscar el modo de poner remedio al mal. Y entonces, se vio que no era posible encontrar los medios para corregir y mejorar la situación creada mientras no existiese claridad acerca de los pensamientos fundamentales que se trataba de perseguir y asegurar. "Mientras no sepa –se expresó uno, invocando las palabras de Platón– *qué es lo justo",* me hallaré muy lejos de "saber si es o no una virtud y si quien la profesa es un hombre bienaventurado o malaventurado".

Por eso se juzgó necesario parar mientes antes de nada, en lo que es, en rigor, el fin que se persigue: *el Derecho y la Justicia*. Conseguido esto, veráse también claramente de qué modo pueden afrontarse, con un sentido unitario y

conductor, los diversos problemas prácticos que ello plantea incesantemente. Y se podrá, especialmente, trazar una línea certera de orientación a quienes, como *jueces,* están llamados a velar por el Derecho y aplicarlo.

Entre los que deliberaban no faltaban tampoco, ciertamente, quienes reputaban cosa baladí esa búsqueda de un pensamiento general y normativo. Basta –decían éstos– buscar hombres que cumplan su cometido con "sensibilidad" y "sentido común", y llegarán a resultados "justos". No hay más que discernir "de un modo objetivamente racional" los intereses de los litigantes y ventilar los litigios a tono con las exigencias de "la verdadera justicia".

Pero, las palabras de quienes así hablaban no resolvían el problema planteado. Su programa no era falso, pero sí superficial. Sus postulados señalaban indudablemente, el problema puesto a debate, pero no decían cómo había de resolverse. *¿En qué se conoce* si las pretensiones y los deseos de los litigantes han sido juzgados con *rectitud* fundamentada? *¿Cuándo* una pretensión responde al concepto *del Derecho y* no es, por ejemplo, un poder arbitrario? ¿Y qué es, en rigor, *la justicia,* por la que todos claman y que todos anhelan? Si, para determinar qué es "lo bueno y lo justo", nos remitimos a lo que *entiendan* hombres de criterio "bueno y justo", incurrimos, indudablemente en un círculo vicioso.

Por eso, cuanto con mayor fuerza se plantea el problema, con mayor certeza se ve que, aquí como en todas partes, es una *orientación fundamental y segura* la que, no sólo *debe* dar, sino que *en efecto* da la solución para cuan-

tos problemas de tipo concreto puedan presentarse. Entregarse a ella ciegamente, *sin analizarla,* sería necio. Se trata, por tanto, de esclarecer con pensamiento crítico lo que tiene de peculiar ese método normativo, que en la realidad seguimos de un modo unitario; de ver claro ante nosotros mismos.

Con este fin ante nuestros ojos, podremos luego acometer la empresa de analizar la misión del llamado a servir como *juez* a la comunidad y a quienes la forman. Examinemos brevemente, antes de pasar adelante, el problema así planteado, en su conjunto.

2. Los casos concretos y su unidad

Nuestra vida se compone toda ella de casos concretos y limitados. Cuanto puede acaecernos, sea en el terreno de las percepciones o en el de las aspiraciones, es siempre algo condicionado y finito, limitado e imperfecto. Fines "ideales" y medios "ideales" no existen en la realidad perceptible a través de los sentidos. Todo lo que nos sale al paso en la realidad tiene, pues, un carácter *puramente condicionado.* Otra cosa –el hecho de que un acaecimiento *concreto* tuviese un carácter *absoluto*– sería algo en contradicción consigo mismo.

Pero, que todo en torno nuestro sea incompleto y fragmentario y nuestra voluntad y nuestros deseos, cualesquiera que ellos sean, un simple retazo, no quiere decir que nuestro patrimonio espiritual no encierre *nada más que* casos particulares. Estos casos particulares deben ser enfocados y dominados en una visión general, deben ser ordenados *en forma unitaria.* De otro modo, desaparece-

ría hasta la posibilidad de ocuparse con algún éxito de los acaecimientos concretos de nuestra vida.

Ningún caso concreto puede determinarse con claridad y nitidez, si sólo se lo enfoca aisladamente, como tal caso concreto y limitado. Es necesario compararlo con otros acaecimientos. Pero, para poder compararlos entre sí, hace falta concebirlos y enjuiciarlos todos ellos, por igual, con arreglo a un método coincidente. Y esto es, en realidad, lo que hacemos sin proponérnoslo, pues es indudable que un acaecimiento cualquiera que jamás volviese a presentarse ante nosotros con sus modalidades peculiares ni encerrarse ninguna enseñanza para la solución de problemas futuros, habría de sernos de todo punto indiferente. Por eso, para enfocar y manejar con justeza cualquier acaecimiento vivido conscientemente, necesitamos remontarnos a un *pensamiento unitario determinante,* frente al cual aquel acaecer específico no sea más que una aplicación condicionada.

Esto hace que los objetos ante la consideración crítica se dividan en dos clases.

En una clase figuran los aspectos concretos comparados y relativamente generalizados, que forman la gran masa de las investigaciones científicas de toda especie. En la segunda clase aparecen los métodos ordenadores, como tales. Estos métodos se descubren indagando la posibilidad de *unificar* las sensaciones y aspiraciones *en general*. Pero, es necesario que los resultados a que esto conduzca tengan un carácter *incondicionado*. Si anduviésemos cambiando, inseguros, los métodos de ordenación,

la finalidad perseguida con ésta quedaría frustrada. La teoría de *las condiciones del recto conocer y querer* –lo que en el lenguaje establecido se llama la teoría de *las formas puras de la conciencia*– tiene, por tanto, un alcance *absoluto*. En cambio, todas las tesis, todos los estudios y aspiraciones determinadas y dirigidas por esas condiciones necesarias de ordenación –y que en el lenguaje tradicional se llama *la materia* de la elaboración científica– sólo pueden tener un sentido *relativo* y ser, si se logra elaborarlas con justeza, *objetivamente adecuadas,* siempre con un margen de mejoramiento en cuanto a su materia.

Tal es la distinción, necesaria en todas partes y nada difícil de suyo, entre la *forma* y la *materia del mundo de nuestros pensamientos*. Era necesario recordarla aquí, pues ella va a señalarnos también el camino para la solución del problema especial que tenemos planteado. En la misión que el *juez* ha de cumplir, es evidente que han de separarse también, de un modo unitario y firme, en todos los aspectos concretos que se examinen, el método general determinante y los actos y acciones especiales ajustados a él. Se trata, pues, de poner en claro exhaustivamente los pensamientos fundamentales condicionantes de la magistratura judicial. El problema no está ni en formular unas cuantas vagas admoniciones morales ni en catalogar las prácticas notables de determinados países y tiempos. Lo que hay que hacer es trazar las líneas directrices que rigen de un modo perenne e incondicionado para todo *juez*.

Pero, ¿cómo es posible conseguir esto? Aquí, preferimos penetrar directamente en el problema. Lo que expo-

nemos a continuación nos brindará, en conjunto, la respuesta a esa pregunta. De antemano, baste decir que no debe procederse al azar, sobre experiencias que, en última instancia, sólo son personales y fortuitas. De lo que se trata es de ver resplandecer constantemente ante nosotros la unidad del espíritu, con la que se enlaza también armónicamente la actuación recta de todo juez.

3. La práctica

Hasta hoy, nadie ha conseguido descubrir un pueblo sin Derecho. Y difícilmente lo puede uno concebir. En cuantas tentativas se han hecho en ese sentido, se ha comprobado una y otra vez, que lo que se echa de menos no es, precisamente, el Derecho, sino que son, simplemente, ciertas y determinadas instituciones jurídicas. No ha existido jamás una convivencia que no estuviese basada en relaciones sujetas a una ordenación jurídica.

Hay un relato de Heródoto sobre Deyoces, juez de los persas, donde se niega esto, de una manera muy singular. Los persas –nos dice este historiador– se separaron de los asirios y se quedaron viviendo completamente sin leyes. No por eso dejaron de existir entre ellos litigios. Pero éstos –se nos sigue informando– eran ventilados magníficamente por un juez justiciero, por este mismo Deyoces. Hasta que un día, rehuyendo los aplausos que en exceso se le tributaban, él mismo, con ejemplar modestia, depuso su magistratura.

Nos encontramos aquí con algunos problemas ineludibles e importantes, que no aparecen resueltos.

Es evidente que todo litigio concreto de carácter jurídico

tiene que examinarse y enjuiciarse desde un punto de vista general. Tal vez la norma superior que dé la pauta no aparezca definida en un Código desarrollado ni rija tal vez en ningún otro estatuto simplemente como Derecho consuetudinario; puede ocurrir, incluso, que se establezca por vez primera en el mismo fallo judicial y con él. En todo caso, es indudable que existen ya determinadas instituciones jurídicas que sirven de fundamento. De no ser así, nadie podría considerarse lesionado en sus derechos, ni habría motivo para una intervención judicial de ninguna clase. Si algo demuestra el relato del famoso historiador es, precisamente, que no puede concebirse una vida social desprovista de ordenación jurídica.

Vemos, pues, claramente que es indispensable apoyarse en normas jurídicas fijas. Ni es posible tampoco, indudablemente, que la acusación judicial se reduzca a un puro practicismo. Todo juez obra movido por una fundamental orientación de carácter general, que inspira sus fallos, aunque a veces él mismo no tenga clara conciencia de ello.

En una ciudad universitaria menudeaban los actos indecorosos, que no dejaban bien parado el honor. Para acabar con ellos, se instituyó un tribunal de honor, cuya actuación, en muchos aspectos, se atenía, ciertamente, más que a las normas jurídicas de la ley, a las normas convencionales del Código estudiantil, del *"Comment"*. A veces, el modo de enjuiciar un hecho era bastante dudoso. El presidente del tribunal estableció una regla que abarcaba gran parte de los casos litigiosos y que encontró buena acogida: "Hemos de examinar –dijo– si los actos realizados por el

reo bajo la acción del alcohol los habría realizado lo mismo por la mañana temprano, antes de haber probado una gota". Era esta una máxima formal de carácter relativamente general, útil y aplicable en numerosos casos concretos. Un recurso de relativa generalidad.

Posiblemente quien lo había introducido lo hubiese descubierto por sí mismo, en el curso de su experiencia diversa y particular. O tal vez lo hubiese sido transmitido por otros que lo conociesen ya. Pero, el hecho de proclamar y enseñar esta norma de conducta se sale ya de la *mera práctica,* pues *práctica* es, exclusivamente, el tratamiento de casos concretos en su *delimitada particularidad*. El adelantarse a ellos presupone ya normas y enseñanzas *más generales,* que son precisamente las que en la actuación *práctica* se han de seguir. Por tanto, el estudio metódico de lo que el "práctico" *realmente hace y ejecuta* nos lleva necesariamente a examinar aquello que constituye la premisa de su actuación.

4. La técnica

El primer acto en el progreso espiritual es la *generalización*. Tal acontece también cuando se trata de fallar o arbitrar litigios. La voluntad y la conducta que se perciben aisladamente se piensan como profesadas y ejecutadas prácticamente por muchos, y tal vez por todos cuantos el pensamiento puede abarcar. De este modo, se convierten en una regla aprobatoria o reprobatoria. En la vida de los individuos, como en la de los pueblos, se forma enseguida un acopio de reglas de éstas. Así ocurre incluso entre los niños. Y la Historia del Derecho acumula los materiales jurídicos en cantidades inagotables.

Por este camino se van alumbrando también copiosamente las máximas de conducta en el terreno administrativo y en el judicial. Es imposible prescindir de pensamientos normativos de alcance general. No cabría, ciertamente, decidir de una vez para todas, uniformemente, si un tutor debe enviar a su pupilo a esta o aquella escuela, o si debe dedicarlo a esta o la otra profesión. Pero sí hay un pensamiento unitario que preside toda tutela y al que ésta se tiene que someter: el tutor debe velar fielmente por el pupilo confiado a su tutela, protegerlo y guiarlo, al igual que por el adulto incapacitado y necesitado de protección. Este fin formal es el que ha de orientar todas las medidas del tutor.

No es posible mantener relaciones asiduas con los Tribunales sin acogerse a ciertas observaciones. En un interesante y simpático libro de Dupré, pseudónimo tras el cual se oculta el nombre de un prestigioso maestro de Derecho político, se describen las actividades de un abogado en la Alsacia rescatada por Alemania después de 1871. Y traza el esbozo de una psicología forense, cuyo objeto es el juez. "Cuando el abogado –se dice en este libro– observa que el reo es tratado muy mal en la vista de la causa, el defensor considera esto como un buen síntoma respecto al fallo que se avecina, y viceversa". Algo habrá de verdad en ello, pero no faltarán tampoco, indudablemente, las excepciones.

También los jueces, a su vez, se forman, en el transcurso de su carrera, ciertas máximas de buen sentido. El llamado por su función a juzgar a otros hombres tiene que cultivar también, como lo hace todo hombre capaz de pen-

sar, la *psicología práctica*. Se formará diversas reglas que le ayuden a conocer las intenciones de los demás. Se habituará a diversos recursos para interpretar las leyes, para analizar los hechos intrincados y para resolverlos en el plano de la cuestión de hecho y la de derecho. Pero, se le presentarán también, necesariamente, situaciones en las cuales no tendrá más remedio que admitir y reconocer excepciones a esas normas. Cuantas reglas y enseñanzas se forme él o tome de otros dejarán alguna puerta abierta, algún flejo colgando; serán, en el fondo, también ellas, simples fragmentos. Y esto tiene su razón de ser.

Las normas y las máximas a que nos estamos refiriendo arrancan todas de premisas *limitadas* y versan sobre problemas *limitados* también. Estas normas, enderezadas a objetivos muy *limitados* y concretos, son las que llamamos normas de la *técnica*. Es con ellas, indudablemente, con las que todo hombre comienza a establecer normas generales. Muchos, demasiados, no pasan de aquí. Éstos viven en un mundo de pensamiento *técnicamente limitado* y no levantan la vista de los acaecimientos concretos, tal como se presentan aisladamente, más que para remontarse a una *relativa generalidad*.

Pero, esta manera de proceder no resiste a un examen crítico. Cierto que el maestro se revela en la limitación. Pero esto sólo quiere decir que debe evitarse el buscar un caudal de saber demasiado extenso *cuantitativamente;* el saber tiene límites necesarios, y *el juez* no puede ni debe aspirar a una cultura enciclopédica. Sin embargo, aquí queremos referirnos al desarrollo consecuente del pensamiento en una escala *cualitativamente ascendente*. No se

debe admitir como *principio* el que, en los problemas que se nos plantean, debamos detenernos en un punto *limitado*. Ningún *fin limitado* puede eludir la pregunta de *para qué* sirve; ninguna acción *limitada* puede tener la pretensión de servir de guía incondicional para otras tareas ulteriores.

Por eso, toda empresa *técnicamente limitada sólo es, objetivamente, provisional*. Si quiere razonarse y justificarse en su modo peculiar de ser, no tiene más remedio que seguir remontándose hasta llegar a apoyarse en algún pensamiento de *absoluta* validez, en una *"teoría",* en el sentido auténtico de esta palabra.

Lo mismo acontece con la actuación del juez.

5. La teoría

La palabra "teoría" tiene una historia variable y poco edificante. Paulatinamente, ha ido abandonando la antigua acepción griega, en que significaba *la doctrina de los métodos absolutamente valederos* del pensamiento científico para incorporarse a las faenas polvorientas de cada día. Hoy, es frecuente llamar "teoría" a cualquier *relativa generalización*. La Jurisprudencia técnica, por ejemplo, nos habla de la "teoría" de la voluntad o de la declaración, como síntesis del contenido de los artículos 116–120 del Código civil alemán; nos habla, a propósito de la contratación entre ausentes, de la "teoría" de la aceptación, de la recepción o del reconocimiento, y, en lo tocante a la reparación de daños, de la "teoría" de la culpabilidad y de la del riesgo. Se conocen diversas "teorías" sobre el modo cómo se fundaron las ciudades en la Edad Media alema-

na, en cuanto a la significación de las estatutas de Rolando, etc. La palabra "teoría" adquiere, incluso, una acepción un tanto despectiva, pasando a designar una doctrina *técnica* con cierto alcance general, pero de poca precisión y escasa nitidez en cuanto al detalle. Hasta llegar a la estigmatización de la palabra "teoría" por Mefistófeles, a la que, por cierto, un burlón le ha puesto por parangón, nada mal, "la verde mesa de la dorada práctica".

Intentar aquí sanear el uso del lenguaje, sería perder el tiempo. Lo que nosotros nos proponemos es, simplemente, encontrar las bases *objetivas* necesarias para exponer, en el plano de los principios, la verdadera misión del juez.

Es frecuente escuchar una proposición negativa, que encierra una admonición: la función del juez no debe ejercerse en un sentido "formalista". ¿Qué se quiere decir, con esto? El sentido de esta admonición se encamina a evitar que el juez se entregue al fin *limitado* de las normas plasmadas técnicamente. Con ello, los artículos de la ley se convertirían en *fines de sí mismos,* en vez de conservar su función necesaria de *medios para un fin*. No se debe perder de vista nunca el *fin último* de toda actuación *judicial,* que son los pensamientos del *Derecho y la Justicia*.

Estos pensamientos son los que, en el lenguaje establecido desde los tiempos del gran pensador griego, se llaman *las formas puras* de la vida del espíritu. Son los *métodos fijos y permanentes* de ordenación del mundo de nuestros pensamientos. Los métodos de ordenación tie-

nen que permanecer *absolutamente* idénticos a sí mismos; de otro modo no cabría, como es lógico, ninguna clase de ordenación. Sólo con ayuda de esos métodos es posible una *ciencia* en sentido socrático, es decir, una *conciencia ordenada unitariamente*.

Así, pues, la aplicación última de las *formas puras* es, precisamente, lo contrario de lo que se acostumbra a llamar "formalismo". Se remonta a la totalidad de cuantos acaecimientos son posibles y nos suministra un *método de ordenación* absolutamente válido para aquellos.

Pues bien, la doctrina de este *método de validez universal* es la única que en rigor, como ya hemos apuntado, debiera llamarse *"teoría"*. Sólo su desarrollo y exposición permiten dar un firme punto de apoyo a los pensamientos y nos ofrecen una seguridad para tratar *por igual* las cuestiones concretas. Esto se ve claramente en el tema sometido a nuestra consideración: el de la misión del juez, su función de velar por *el Derecho y la Justicia*.

Lo primero se manifiesta, sobre todo, en los Tribunales, cuando se trata de evitar todo acto de arbitrariedad; y se manifiesta también en el deslinde de otras posibilidades: la moral y la honestidad de carácter, así como el decoro y los usos sociales exteriores. La primera tarea que plantea la actuación del juez consiste, por tanto, en describir el campo en que ha de actuar y el modo cómo debe dominarlo.

La segunda consideración se traduce en la *noción ideal* de que todas las aspiraciones, todas las exigencias y negociaciones que caen dentro del concepto del Derecho

deben guardar una armonía completa entre sí. Esto no es más que una *idea*. En la realidad que percibimos a través de nuestros sentidos y en su existencia limitada, no acontece así. Y sin embargo, ese pensamiento absoluto de la *justicia objetiva,* que *no* se fija *solamente* en el Derecho positivo, con su limitación, es una estrella polar necesaria para todo el que tenga algo que ver con el Derecho y quiera cumplir su cometido de un modo consciente. En esta dirección seguiremos desarrollando, por tanto, el problema con objeto de descubrir más en detalle y esclarecer el fin del Derecho, para luego ver cómo este fin ideal puede entrar prácticamente en acción, dentro del mundo condicionado de los negocios y los afanes. Con ello, coronaremos el problema y redondearemos lo más posible la misión del juez.

II
EL DERECHO

1. Derecho y naturaleza

En 1900, se abrió un concurso público para premiar el mejor estudio sobre este tema: "*¿Qué nos enseñan los prin-*

cipios de la teoría de la descendencia desde el punto de vista de la evolución política interna y de la legislación de los Estados?" Se presentaron numerosos trabajos, diez de los cuales fueron reunidos y publicados en 1903 con el título general de *"Naturaleza y Estado"*. Los resultados de estas investigaciones encerraban gran valor para la penetración científica y toda una serie de sugestiones intelectuales. Lo que no podía suministrar este estudio era un arsenal de doctrinas para el político práctico. ¿No acontecerá otro tanto con un estudio que verse sobre la misión del juez? Cabría ir a buscar en las ciencias naturales una orientación para el ejercicio de la magistratura judicial, tomando pie, tal vez, del hecho de que también entre los animales existe una vida social y se encuentran formaciones análogas al Estado, al modo cómo Shakespeare, en su drama "El rey Enrique V", nos presenta y nos pinta la sociedad de las abejas, de la que, al final, dice: "Como el severo juez, con hosco bordoneo, entrega al bostezante y perezoso zángano a la pálida mano del verdugo".

Pongamos un sencillo caso de derecho.

En las faldas de una colina existían varios predios edificados, que en la primavera, con el deshielo, sufrían casi todos los años fuertes inundaciones. El propietario de una finca situada en lo alto mandó construir un estanque con un canal para el desagüe. Esta obra salvó su propiedad y aseguró, al mismo tiempo, las fincas de sus vecinos. Quiso que éstos contribuyesen con una parte a los gastos de la obra y, como se negasen, los demandó judicialmente. Los demandados alegaron que, según las leyes, no podía ejercitar contra ellos ninguna acción. La parte deman-

dante o sus abogados invocaron el criterio general de la "interdependencia", sobre el que algunos sociólogos modernos pretenden fundamentar incluso el concepto de "sociedad"; según ellos, todo en la vida, incluyendo el litigio en cuestión, se rige por la ley natural de la igualdad de las acciones y las reacciones, ley condensada por Newton en esta fórmula: "*Actioni contrariam semper et aequalem esse reactionem*".

Para ningún jurista puede ser dudoso la carencia de fundamento jurídico de la tal demanda. Pero, si el llamado a decidir se remitiese a la inexistencia de un artículo concreto en la ley, cabría la duda de si, por razones científicas de carácter general, habría que considerar fundada la demanda de indemnización interpuesta por responder a una consideración *científico-natural* y porque todo en la vida se rige por las leyes de la "naturaleza". Sólo una investigación proyectada sobre los fundamentos y los métodos puede dar una respuesta clara y definitiva a este problema.

La clave del asunto está en que todos los cambios o modificaciones, como éste de que se trata, pueden enfocarse, de un modo absoluto, con arreglo a los distintos criterios de ordenación, según que se conteste a la pregunta: "¿Por qué?" o "¿Para qué?". En el primer caso, el principio de ordenación se establece sobre las *causas* y los *efectos,* en el segundo caso, sobre los *medios* y los *fines*. Allí, el presente se rige por el pasado, aquí por el futuro, donde queda enclavado el fin que hay que alcanzar eligiendo, entre diversos *medios,* uno. En el primer caso, el reino de la *voluntad*. A ambos puntos de vista correspon-

den, en la vida espiritual, de una parte, las impresiones de nuestros sentidos, y de otra parte las aspiraciones y los impulsos hacia resultados futuros. Fuera de estos dos puntos de vista, no existe, evidentemente, ningún tercer término para clasificar de un modo objetivo los posibles objetos de nuestra experiencia, pues no podría concebirse que esta experiencia se regiese por algo que no fuese ni el pasado ni el futuro.

Pues bien, el Derecho no se cuenta entre las sensaciones transmitidas por nuestros sentidos. No es un objeto que se encuentre en el espacio. No es tampoco una forma mental para ordenar científicamente nuestras *percepciones*. Cae dentro del reino de la *voluntad*. Una acción judicial no indica que nadie contemple u observe algo externo, sino que alguien quiere algo. El que establece una norma jurídica no afirma un hecho percibido, sino que persigue determinados *fines*. Y cuando analizamos el contenido de un orden jurídico, éste no nos revela precisamente objetos físicos, sino un contenido de *voluntad humana*.

A este reino de los *fines* pertenece también la actividad del juez. Su función consiste en discriminar las aspiraciones humanas.

Veamos ahora, ante todo, en qué categorías generales se descompone esta zona de la *voluntad*.

2. Derecho y religión

Es cosa de antemano sabida que el punto de vista *jurídico* es solamente uno de los varios puntos de vista desde los que pueden enfocarse las aspiraciones y la voluntad en general. Y el primer problema que el *juez* se le plantea

siempre, en un caso dado, es el de saber si el litigio de que se trata cae o no dentro de la zona *del Derecho*. Y, naturalmente, para poder decidirlo con fundamento no tiene más remedio que valerse de los criterios generales a que responde el deslinde de campos que ha de efectuar.

Una discriminación importante es la que hay que establecer, aquí, entre el *Derecho* y la *religión*.

El "Espejo de Sajonia" se refiere a uno y otra, con bellas palabras, en su prólogo: "No está en mi mano –dice– hacer que todos los hombres sean razonables. Yo les enseñaré su deber jurídico y el buen Dios me ayudará a hacerlo cumplir". Y, más adelante, habla de que el orden profano y el eclesiástico tienen que complementarse mutuamente para conseguir el bien. Así es como este Código deslinda los campos entre las dos zonas.

Y así es como se ha hecho siempre. Maquiavelo expresa este pensamiento de un modo harto dudoso cuando dice que el político debe valerse de la religión, como Numa Pompilio, para mantener la paz y el orden en el Estado. La distinción de los dos órdenes de pensamiento se acusaba más nítidamente en la Alemania del pasado, cuando se decía que, en cuestiones religiosas, la reglamentación jurídica no puede ejercer la coacción peculiar a ella. Así, por ejemplo, en la famosa *Dieta de Speyer,* en 1529, donde los evangélicos protestaron contra el hecho de que en materia de fe se decidiese "por mayoría"; y con carácter definitivo en la magnífica fórmula prusiana del Código Nacional General en 1794 (II 11, 1): "Las ideas de los habitantes del Estado acerca de Dios y de las cosas

divinas, la fe y el culto interior no pueden ser materia de leyes coactivas".

Como se trata de cuestiones que afectan sustancialmente al juez, resumiremos aquí algunas experiencias sacadas de la práctica jurídica, que encierran importantes enseñanzas.

Disuelto un matrimonio por la Audiencia territorial, el marido, a quien se había declarado culpable, apeló contra el fallo. Antes de sustanciarse el recurso, las partes llegaron a una transacción; el recurso fue retirado y se llegó a un acuerdo sobre las reclamaciones patrimoniales y sobre las costas. El marido se obligaba a acceder al divorcio ritual con arreglo a los preceptos de la ley mosaica (Mois. 5, 24). Esta prescribe la redacción de una carta de divorcio en lengua hebrea, entregada solemnemente en presencia del rabino y de testigos. Si la carta no es entregada en la forma prescrita, se considera subsistente el matrimonio. No es fácil decir –añadieron los dos rabinos que comparecieron como peritos– si los preceptos de la ley judaica acerca del divorcio tienen carácter ritual, religioso, o constituyen normas jurídicas, puesto que datan de una época en que aún no se distinguía, como hoy se hace, entre Derecho y religión.

En el caso a que nos referimos, el marido cumplió todas las obligaciones convenidas, pero se negó a otorgar la necesaria carta de divorcio. La mujer pidió que se le obligase a hacer efectivo este requisito mediante una multa pecuniaria; por su parte, el marido interpuso demanda exigiendo que la parte de la transacción referente al

divorcio ritual fuese declarada nula, alegando que la ejecución judicial de este convenio representaba una coacción intolerable para su conciencia.

En segunda instancia fue desechada la demanda, pero el Tribunal Supremo dio la razón al marido y declaró nula la transacción impugnada. Aunque en la sentencia se decía que la legislación vigente regula de un modo exhaustivo el Derecho matrimonial, queda en pie un problema: el de los límites de la libertad de contratación. En realidad, el problema debatido giraba en torno a la distinción entre la *vida interior,* sujeta a los dictados de la conciencia religiosa, y los deberes de la *convivencia* externa. Así, por ejemplo, la Ley de Asociaciones vigente en Alemania, de 19 de abril de 1908 (2 junio 1916; 19 abril 1917) y que dispone que las asociaciones "que tengan como finalidad influir en los asuntos políticos" serán objeto de un régimen especial, no es aplicable a un "círculo de lectores de la Biblia", aun cuando se dedique a estudiar el Libro sagrado desde el punto de vista de su contenido social. A menos que se trate de tergiversar completamente su sentido en un plano de agitación, como se hace, por ejemplo, en la obra de Weitling "*El Evangelio de un pobre pecador*" (1845).

Una moza de labranza, tomó parte, por orden de su señor, en una procesión para bendecir los campos. La enferma reclamó daños y perjuicios, alegando que se trataba de un accidente del trabajo. La asociación profesional competente para estos asuntos desechó la demanda, por entender que la procesión constituía un acto religioso. En cambio, el Tribunal Superior de Seguros condenó al demandado a abonar una renta a la lesionada. En la senten-

cia se reconoce que, al querer estar representado en la procesión y enviar una criada de su casa, el religioso agricultor obraba movido también por motivos económicos. El criterio de que el hecho de tomar parte en una procesión constituye un acto agrícola de empresas, reconoce, por tanto, la existencia de una conciencia religiosa general. Por lo demás, la lesionada podía invocar también, en apoyo de su demanda de indemnización, la ordenanza de Seguros del Reich, en su artículo 924, toda vez que el accidente se le produjo en "otras prestaciones de servicios" encomendadas a ella por el patrono en virtud de su contrato de trabajo.

Pero, si se establece una distinción precisa entre la cuestión *jurídica* y la *religiosa,* es indudable que el pleito a que nos referimos cae exclusivamente dentro de la segunda zona.

El agricultor creyente que impetra la bendición del Cielo para sus campos eleva por sí mismo su espíritu a la divinidad. Es una súplica plena de fe que dirige al Dios Todopedoroso, a quien confía el producto de su trabajo. Culmina este acto en la ofrenda de su persona al Poder divino, cuyos mandatos acata y reconoce como deberes emanados de Dios. No se trata, en cambio, del contenido de una voluntad jurídicamente vinculatoria que le relacione con otros individuos dentro de la *esfera de la agricultura*.

Otro fallo lleno de enseñanzas para nuestro tema es la siguiente certera sentencia del Tribunal Departamental: una mujer independiente fue acusada de no haber declarado al fisco el cobro de ciertos intereses. La acusada se defendió diciendo que había prestado dinero a un hermano, al cual había condonado tácitamente los intereses por-

que la "ley religiosa judía" no permite cobrar intereses a los parientes. Pero el tribunal, fundadamente, no dio por buena esta excusa. Aquella ley judaica era una ley jurídica, ajustada al concepto general del Derecho. Una ley derogada y sustituida por el Derecho posterior.

En todos los casos expuestos se trata, como se ve, de perfilar el concepto formal de la voluntad jurídica, distinguiéndolo de otras voluntades que persiguen distinta finalidad. Veamos ahora cómo se distingue el Derecho de los preceptos de la moral.

3. Derecho y moral

La distinción señalada en el epígrafe ¿constituye realmente un dualismo de conceptos que se excluyen? ¿No existe también un *Derecho moral* y no habla de deberes incluso el Código civil?

Todo lo que puede decirse, a este propósito, es que ello depende del *sentido de la palabra* "moral". Este término presenta dos acepciones, y quien no tenga esto en cuenta puede verse sumido, cuando se pare a pensar sobre este problema, en inseguridad e incluso en confusión. El doble sentido de la palabra "moral" depende de la idea que sirva de término de comparación. Y así, tenemos:

a) "Lo "moral", por oposición a lo "social". Aquí, lo "moral" se refiere a la *vida interior* del hombre. Son sus intenciones, su carácter, lo que se considera. En cambio, lo "social" versa sobre la *convivencia* de los hombres, sobre la conducta de unos hombres respecto a otros. Esta primera distinción y la consiguiente definición del concepto de lo "moral" no puede ser, en definitiva, más sencilla; no presenta ninguna dificultad. Es un deslinde *con-*

ceptual de las aspiraciones humanas. Toda intención, toda voluntad aparece enclavada en uno de los campos, el de lo "moral" o el de lo "social". Y el pensamiento de que se trate, sea el uno o el otro, agota siempre en su integridad el concepto correspondiente. Es este, según la terminología tradicional, bien conocida, un punto de vista *categorial* y no ideal".

b) Lo "moral", por oposición a lo "malo". Aquí, la palabra "moral" tiene el mismo valor que "justo". Se trata de una voluntad *fundamentalmente buena*. En esta acepción, engloba tanto el punto de vista "moral" como el "social", tanto la vida *interior* como la *convivencia*.

Esta terminología es harto desventajosa. Ha causado mucho daño, en cuanto a la claridad de pensamiento. Lo ha causado también en la jurisprudencia. Es cierto que el jurista está acostumbrado a manejar estos casos de *"quaternio terminorum"* como casos de pluralidad de acepciones de un mismo término. Sabe, por ejemplo, que la palabra "propiedad" tiene una serie de sentidos, según lo que le sirva de término de comparación; está habituado a distinguir cinco acepciones distintas del "derecho hereditario", etc. No le sorprende, por tanto, el que haya divergencia entre la terminología usual y la empleada por la ciencia jurídica, el hecho de que la palabra "posesión", por ejemplo, se emplee en el vago sentido de lo mío o la palabra "fraude" respondiendo a un concepto de contornos indefinidos. ¿Por qué, pues, la variedad de sentidos de la palabra "moral" no va a permitirnos esclarecer en cada caso el *sentido objetivo* en que esa palabra se emplea y el concepto que se toma como término de comparación?

La máxima de "no juzguéis, si no queréis ser juzgados" se refiere a la *vida interior*. Trátase de sortear el peligro de las "murmuraciones". Tampoco el juez, en nuestro país, debe entrar en ese terreno de la vida "moral". No tiene por qué juzgar los *pensamientos* de nadie, mientras no sean más que pensamientos. La intención sólo interesa *jurídicamente* cuando se traduce en hechos dentro de la convivencia. Es aquí donde se acusa la clasificación de los diversos tipos de culpa como modalidades de la voluntad antijurídica. Y es aquí también donde cabe investigar si el hecho responde o no a una intención "deshonesta", en el sentido del artículo 20 del Código penal.

Alguien podrá pensar que estas tesis son demasiado evidentes. Pero, un análisis crítico de las manifestaciones teóricas que se contienen en los comentarios legales y en las sentencias judiciales del Derecho moderno nos enseña, desgraciadamente que la ciencia jurídica no ha logrado todavía establecer, con carácter general, una distinción clara entre los *conceptos* de lo "moral", como sinónimo de *vida interior,* y lo "jurídico", como sinónimo de ordenación de la *convivencia* humana. De otro modo, no se interpretaría el mandato del Código civil de reconocer un "deber moral", remitiéndose de un modo tan huraño a la zona, aparentemente extraña, de la "ética", sino que se comprendería que cuando la ley habla de un "deber moral" se refiere, evidentemente, a una voluntad *jurídica,* pero a una voluntad que, respondiendo *al concepto* "del Derecho", sigue a la par, como su estrella polar, *la idea* "de la justicia".

No hemos salido todavía, en esta sección de nuestro

estudio, de lo que llamábamos clasificación *categorial* de la voluntad humana. Se trata de deslindar el campo *del Derecho*. Lo que no entre dentro de éste, debe descartarse aquí, al trazar las fronteras de la actuación del juez. En este sentido, hay que descartar ahora lo "moral", como norma de *vida interior* y canon de *intenciones*. Este campo pertenece a la sublime doctrina cuya expresión suprema es el Sermón de la Montaña. Para una sentencia judicial que tenga que fallar acerca de un "deber moral", en el sentido del artículo 534 o de otros artículos del Código civil, el término de "deber moral" equivale, simplemente, a *Derecho justo*. Los puntos de vista que se contienen en aquellas normas legales caen *conceptualmente* dentro del campo *del Derecho;* el adjetivo de "moral" indica, aquí *rectitud fundamental,* no de la vida *interior,* sino de la voluntad *jurídica* de que se trate.

El problema de cómo descubrir esta cualidad *ideal* de una voluntad *jurídica,* se nos planteará en la segunda parte de nuestro estudio. Por ahora, tenemos que dar cima al deslinde *categorial* del *concepto del Derecho*. Sólo a título de ejemplo de cómo pueden presentarse en la práctica judicial los puntos de vista a que nos acabamos de referir, resumiremos un caso sencillo, tomado de la vida comercial.

En una pequeña ciudad, vivía una viuda con una tiendecita. La viuda, enferma, iba envejeciendo. Su único hijo la ayudó por espacio de unos veinte años, atendiendo a casi todo el negocio. Cuando tenía 26 años, la madre le cedió todos sus bienes, a cambio de que la tuviese en su casa y cuidase de ella mientras viviese. En el documento

por el que se otorgaba aquella cesión de bienes se decía: "Mi hijo no ha exigido ni obtenido nunca remuneración por los largos años de servicios que me ha prestado, y me siento obligada a indemnizarle, en cierto modo, con esta cesión". El hijo se casó. La madre, ya vieja, y la nuera riñeron; luego, se peleó también con el hijo. La madre quiso impugnar la cesión de bienes por ingratitud, pero el hijo alegó que se basaba en un "deber moral", siendo por tanto, según el Código, irrevocable.

Repetimos que el problema de la idea de fundamental rectitud de una voluntad y su proyección práctica será planteado más adelante, en su lugar oportuno. Veamos ahora cómo sigue definiéndose y deslindándose el concepto de la voluntad "jurídica".

4. Derecho y usos sociales

En el Código civil, nos encontramos repetidas veces con la referencia a "los miramientos que se deben al decoro". Con ello se estatuye una categoría especial de normas *sociales* que aparecen *junto* al *Derecho*. Tienen de común con éste el que versa sobre la convivencia externa y se distinguen de la moralidad del carácter y de la vida interior.

Estas normas del decoro y de la conducta exterior, de los usos sociales, de la etiqueta y del llamado Código del Honor son extraordinariamente numerosas. Hoy, se las suele agrupar bajo el nombre genérico de *reglas convencionales*. Cuando el Código exige que se las "tenga en cuenta", la misión del juez consiste en observar y concretar, en los casos de que se trate, las reglas convencionales que se acostumbra a respetar dentro de los determinados

círculos, para decidir con arreglo a ellas.

Pero, ¿en qué se conoce si se trata de un querer *convencional* o de un querer *jurídico?* Es indispensable deslindar bien estos dos conceptos. Tratándose de normas de la primera clase, el juez sólo puede aplicarlas cuando una ley *jurídica* lo prescriba; fuera de estos límites de las reglas *convencionales,* no pueden deducirse consecuencias *jurídicas*.

Sería un error querer fijarse en la *presión psicológica,* que ambas clases de normas sociales ejercen. Es este un punto de vista subjetivo, que no sirve para esclarecer la fisonomía peculiar de un concepto. Trátase, además, de un criterio oscilante, pues los "deberes" *convencionales* pueden en ocasiones, ejercer una presión mucho mayor que los vínculos *jurídicos*. Fijémonos, por ejemplo, en la norma que permite al tutor hacer, en nombre y por cuenta de su pupilo incapaz, regalos que respondan a las exigencias del decoro: ¿qué clase de presión psicológica ejercen estos deberes impuestos por el decoro?

En la práctica, todo el mundo se da cuenta, en seguida, de que unas mismas normas aparecen unas veces como reglas *convencionales* y otras veces como reglas *jurídicas,* fluctuando constantemente entre ambas esferas. ¿Quién no conoce la historia del gorrión guardado bajo el sombrero y que escapa al saludar? ¿En qué categoría de normas sociales entra este caso? ¿A qué concepto responde el saludo de Gessler? Se dice que en el ejército ruso se suprimió, restableciéndose luego, el deber del saludo.

En sus *"Historias de Carlomagno",* cuenta Notker el

Tartamudo que aquel emperador envió un embajador a la Corte del Rey de Constantinopla. Éste le invitó a su mesa. Los nobles habían establecido la ley de que ningún comensal del rey podría dar la vuelta a los manjares en la fuente en que les eran presentados. El huésped, ignorante de esto, dio la vuelta a un pescado. Al verlo, todos saltaron de la silla, indignados, y dijeron al rey: "¡Señor, os han deshonrado, como ninguno de vuestros antepasados lo fue!". A lo cual, el rey contestó, suspirando vuelto hacia el embajador: "No puedo negarme a que te maten sin más dilaciones. Pídeme cualquier otra cosa, y te la concederé inmediatamente". "Puesto que tengo que morir –pidió el embajador–, sólo exijo una cosa: que le saquen los ojos a quien me haya visto dar la vuelta al pescado". Todos juraron que no lo habían visto. El astuto germano burló de ese modo, en su propia sede, a la vanidosa Hélade, retornando a su patria sano y salvo y como vencedor.

Esta deliciosa historia nos enseña, además, que no es decisivo, en la distinción aquí investigada, el remitirse al *Estado*. Cuando los hijos de Israel se vieron obligados a vivir cuarenta años en el desierto, es indudable que vivieron bajo los severos preceptos *del Derecho,* pero hasta que no conquistaron la tierra prometida no llegaron a formar un *Estado*. Otro tanto acontece con la vida de los nómadas y demás tribus errantes sin residencia fija. La explicación de esto está en que el concepto del *Estado* depende lógicamente del concepto del *Derecho,* puesto que el Estado no es más que una agrupación jurídica de carácter especial, por cuya razón el problema de las características formales que integran el *concepto del derecho* no

puede resolverse mediante su proyección específica sobre el *concepto del Estado*. La distinción conceptual entre reglas *jurídicas y convencionales* sólo estriba y puede estribar en la modalidad absolutamente condicionante de la vinculación según la cual los fines de uno se toman como medio y a la inversa para los fines de los demás. Esta vinculación de la voluntad así concebida puede establecerse como un vínculo *para cada caso concreto,* por voluntad subjetiva de los interesados, o bien de un *modo permanente,* objetivo e independiente de la voluntad de las personas a quienes ello socialmente afecta. En el primer caso, se trata de una simple *invitación* a asociarse con otros, invitación que cobra cuerpo en la *regla convencional;* en el segundo caso, nos encontramos ante normas *autárquicas,* que son las que, desde este punto de vista, expresan el concepto *del Derecho*.

Este es el criterio que tiene que servirnos para establecer y aplicar fundadamente, en cada caso, el límite divisorio entre las dos zonas. Las leyes del duelo de la Edad Media, tal como las describe, por ejemplo, Walter Scott en el *Ivanhoe,* cuando pinta la liza caballeresca de Ashby, recaían *jurídicamente* sobre quien se sometía a ellas; en cambio, hoy, la aceptación de un reto a duelo tiene mero carácter *convencional* y es, incluso, contraria a *Derecho*. Por lo general, las ordenanzas de paz territorial proclamadas en el Imperio Alemán desde el siglo XII tenían el carácter de una transacción, que había que jurar y que sólo obligaba a quienes la habían jurado. Federico Barbarroja intentó, en la paz del Roncal, imponer un deber general de juramento a todos los hombres de 18 a

70 años, pero el intento, de momento, no prevaleció. No obstante, no cabe la menor duda de que el deber de acatar la paz territorial era para cuantos la asumían, un deber *jurídico*.

Dentro de la moderna vida comercial, el juez tiene que seguir y aplicar prácticamente la distinción a que nos venimos refiriendo hasta en sus últimas ramificaciones. A veces, la terminología comercial empleada moverá a perplejidad. Un ejemplo. Entre dos comerciantes se concertó una operación de compra de dos vagones de cerdos daneses. El primer vagón llegó, pero el segundo no fue entregado. El comprador escribió al vendedor que "vería complacido la llegada del segundo vagón"; en una segunda carta le decía que "agradecería le comunicase si podía contar con el segundo vagón". El tono de excesiva cortesía y amabilidad podría, tal vez, empañar aquí el verdadero sentido *jurídico* de la notificación, por virtud de la cual el vendedor incurre en mora, según el artículo 284 del Código civil.

5. Derecho y arbitrariedad

Resumiendo lo expuesto, vemos que la zona *del Derecho,* acotada conceptualmente, sólo deja ya un flanco al descubierto.

El Derecho forma parte del reino del *querer,* no del de los fenómenos del espacio. Es una modalidad del querer *vinculatorio,* que hace posible el concepto de la convivencia humana, a diferencia de la vida interior de cada individuo. Y entraña una modalidad *autárquica* de vinculación, un tipo permanente de regulación exterior, que se

distingue de los vínculos puramente convencionales, establecidos por voluntad subjetiva y en cada caso concreto. Pero como, en esta vinculación *autárquica,* los vínculos son independientes del consentimiento de los interesados y tienen el carácter de una regulación coactiva, surge el problema de saber si ésta no podrá trocarse fácilmente en *arbitrariedad personal* por parte de quien ejercite el poder. ¿Cómo trazar aquí una firme línea divisoria, caracterizando el *Derecho* frente al poder arbitrario? ¿Cuándo nos encontramos ante un fenómeno o ante el otro?

Se ha intentado aplicar, para esto, la llamada "teoría de la legitimidad". Según ella, sólo existe *Derecho* cuando éste nace a tono con el Derecho anterior. Pero esto no concuerda con los resultados de la *Historia,* como hubo de subrayarlo en una ocasión Bismarck, en su interesante correspondencia con Gerlach. Además, se da por supuesto, en realidad, el propio concepto del *Derecho,* pues el razonamiento tiene necesariamente que arrancar de un punto de partida lógico.

También aquí hay que establecer un criterio *formal* fijo para definir el *concepto del Derecho* y deslindarlo del de la *arbitrariedad.* La bondad del fin perseguido no es lo que puede decidir aquí. Es interesante, en este punto el relato del Antiguo Testamento en que Daniel eleva sus oraciones a su Dios, infringiendo con ello los preceptos del Derecho regio. Al ser denunciado, el rey sintió gran pena. Pero no tuvo más remedio que ceder: "En verdad, que nadie puede atentar contra el derecho de los medos y los persas". Y Daniel fue condenado a la fosa de los leones.

Este problema aparece expresado con gran agudeza en la escena famosa del *Mercader de Venecia*. Cuando le sugieren a Porzia, en sus funciones de juez, que faltara una vez al Derecho, que infringiera el Derecho por una vez para evitar un mal mayor, Porzia replica: "No puede ser; se invocaría como un precedente, para justificar más de un desafuero en el Estado; no, no puede ser".

También el desviarse con buena intención del Derecho firmemente establecido constituye *arbitrariedad*. Ésta se caracteriza, a su vez, por el capricho subjetivo del que dispone, cuando se lanza a ordenar lo que le parece en cada caso, según sus sentimientos personales. Y el Derecho quiere ser, como tal, *inviolable*. Puede ser infringido, pero no es esa su voluntad. El hecho de que, manteniéndose en vigor como *un todo* el orden jurídico de que se trate, se falte a él *en un caso dado,* constituye una infracción jurídica. En otro lugar, veremos que puede modificarse, violando el Derecho establecido, por la vía de la creación *originaria* de Derecho; este problema lo examinaremos en el capítulo siguiente, cuando investiguemos los orígenes del Derecho que el Juez ha de aplicar.

Federico el Grande expresó de un modo muy preciso este concepto de la observancia del Derecho general vigente en su *Proyecto de Corporis Iuris Fridericiani* de 1746. En él, se dice que no deben considerarse vigentes los restrictos reales que contradigan al Derecho en vigor sin que el rey lo haya advertido. Es este un pensamiento que encierra un valor de perennidad.

Al morir Ricardo Wagner, el 13 de febrero de 1883, se

pidió que las representaciones del Parsifal se reservasen para los festivales de Bayreuth, incluso después de 1913. Se opinaba que esto podía hacerse por medio de una ley. Pero era un error. En nuestro derecho de propiedad intelectual se dispone legalmente que "no será válida, en lo sucesivo, la concesión de un privilegio para proteger el derecho de autor". Mantener en vigor esta norma y otorgar, al mismo tiempo, un privilegio, habría constituido una arbitrariedad antijurídica, aunque partiese de las instituciones del Estado encargadas del poder.

Con lo expuesto, queda definido el concepto formal *del Derecho. Derecho es el querer vinculatorio, inviolable y autárquico*. Queda deslindado así, nítidamente, el campo dentro del cual tiene que ejercer el juez su misión, consistente en administrar el Derecho y velar por él.

III
EL ARTICULADO

1. El concepto del Derecho y el Derecho positivo

De lo expuesto, se deduce que la palabra *Derecho* (aun

en su acepción de Derecho *objetivo*) se emplea en dos sentidos. En uno de ellos, significa una especial *modalidad formal* del querer humano. En este sentido, se distingue de otras modalidades del querer humano, a saber: de la moral, de la convencional y de la violencia arbitraria. Esta operación del *Derecho* es asequible solamente a la mirada crítica. No pocas confusas disquisiciones, sobre todo en torno a las relaciones entre el *Derecho* y la *moral,* se habrían ahorrado si se hubiese tenido presente que, en la significación que aquí se da a la palabra *Derecho,* había que prescindir en absoluto de toda referencia al Estado, a la coacción y a los preceptos concretos, ya que, enfocando nuestro concepto en el primero de los dos sentidos, sólo se trata de un análisis de *pensamientos de ordenación formal*.

En cambio, la otra acepción, en la que el *Derecho* se nos presenta plásticamente, por decirlo así, entraña un contenido *material* de exigencias, que responden a aquel concepto *formal* del Derecho, reiteradamente expuesto aquí. Ahora, se trata de normas *materialmente condicionadas*. De normas con contenidos de voluntad *limitados,* que se caracterizan en un plano *general* por la orientación de los pensamientos en el concepto *puro* del Derecho.

Como ocurre con todo lo *perceptible a los sentidos,* el *Derecho,* en esta segunda acepción de la palabra, es, por lo general, más fácil de reconocer que la modalidad puramente *metódica* de ordenación espiritual que representa la voluntad *jurídica* en la primera de las dos acepciones. Considerado en esta manifestación *condicionada,* el Derecho suele llamarse también *Derecho positivo*.

La noción de Derecho *positivo* es, por tanto, una noción *compleja.* Entraña, de una parte, un contenido *limitado* de voluntad y, de otra parte, el pensamiento general *incondicionado* que nos ayuda, como concepto *formal* del Derecho, a clasificar y determinar la *materia* de las aspiraciones humanas.

Una vez habituados a este análisis y a este esclarecimiento de nuestro patrimonio espiritual en cuanto a la *forma* y a la *materia,* se ve que, en el aspecto *social,* esta investigación metódica puede ser *doble.* En efecto, la vida *social* representa una *cooperación.* En esta noción, hay que distinguir, de una parte, como *materia,* los actos reales concretos coincidentes y mutuos, y de otra parte, como premisa necesaria, determinadas instituciones jurídicas, sin cuya existencia la cooperación efectiva no podría enfocarse más que como un fenómeno natural para no estudiarse como objeto de especial investigación científica. Y como la *cooperación,* según esto, sólo puede concebirse como objeto de estudio *social* bajo la condición lógica de que existan ciertas instituciones *jurídicas,* llegamos a la conclusión de que el *Derecho,* como condición del concepto de la vida *social,* es precisamente la *forma* de la existencia social correspondiente. Es dentro de esta forma *social* donde se presenta luego la distinción entre el concepto del *Derecho* y el *Derecho positivo,* que acabamos de examinar.

El juez tiene que ocuparse del *Derecho* en ambos sentidos. Aquí, como siempre, el análisis crítico no entraña un dilema, sino una unidad. El juez tiene que ejercer *prácticamente* las *dos* acepciones del Derecho que hemos dis-

tinguido aquí clara y nítidamente, en el plano *teórico;* la única manera de que se coloque a cada una de ellas en el puesto que le corresponde es dejar bien definidas la peculiaridad permanente de cada una y sus relaciones con la otra. En el capítulo anterior hemos visto, con ejemplos tomados de la práctica, cómo es necesario, en la actuación *judicial,* tener en cuenta la modalidad *formal* del concepto del Derecho frente a otras modalidades de la vida espiritual del hombre. Examinemos ahora más de cerca lo que se refiere al Derecho *positivo,* en el sentido en que lo acabamos de definir.

2. Orígenes del Derecho positivo

El hombre gusta de esperar que una potencia superior le trace su destino. En épocas ya muy avanzadas y en países densamente poblados, siente con fuerza esta relación de dependencia con aquellas potencias superiores; pero es en los tiempos antiguos cuando la percibe con mayor claridad.

En todas las religiones paganas, nos encontramos con que son los dioses los que crean el Derecho. Esta concepción aparece también en el monoteísmo oriental. En el Antiguo Testamento, es Jehová quien proclama directamente a Moisés las diversas normas jurídicas, muchas de ellas de un carácter harto minucioso. En las Suras del Corán, Mahoma advierte que sus reglas de Derecho son leyes divinas. Este punto de vista no es ajeno tampoco al occidente ni al Cristianismo. Sin embargo, este modo de ver no puede corresponder en modo alguno, a una concepción religiosa esclarecida. Para ésta, el *Derecho* no puede

ser otra cosa que un querer *humano,* llamado sin embargo a cumplir, en el aspecto religioso, una *misión divina.*

La inspiración del cielo es sustituida en la época del racionalismo por el "libre" legislador. Este punto de vista sigue siendo actual hoy, en muchos aspectos. Parece como si bastase pararse a meditar "racionalmente" lo que en rigor debiera ser el Derecho, para verlo implantado sin más dilación. Pero esta concepción es insostenible. Aquí, se trata del establecimiento del Derecho positivo, cuya materia brota históricamente y sólo *"sous des restrictions terribles"* admite un cambio lento y un mejoramiento eventual. Las condicionalidades históricas de la existencia pesan sobre nosotros en todo momento; no podemos deshacernos de ellas, del mismo modo que el médico no puede, en vez de coadyuvar prudentemente al curso de la naturaleza, adjudicarle al enfermo un nuevo organismo.

Cuando, a comienzos del siglo XIX, se inicia la tendencia del romanticismo, ésta representa un progreso muy discutible. Para ella, la fuente del Derecho debía ser el "pueblo", concebido como un todo natural, con un "alma" propia e independiente. Pero la afirmación de un "espíritu del pueblo" como una magnitud limitada e históricamente maravillosa, se halla en contradicción con los principios de la investigación científica, la cual no admite ninguna causa finita que no sea, a su vez, efecto de una causa anterior. Y así, vemos cómo las *peculiaridades nacionales,* que podrían considerarse como el carácter condicionado de un pueblo, cambian a su vez en el transcurso de la historia.

La clave para la solución de nuestro problema sobre los orígenes del Derecho positivo está en su propia historia. La formación del Derecho se desarrolla en procesos a los que la *teoría crítica del Derecho* ha dado el nombre de "ciclo de la vida social". En la Economía, ordenada por el Derecho, se forman fenómenos homogéneos de masas, que hacen brotar aspiraciones encaminadas a la modificación del Derecho vigente en tal o cual punto. Si estas aspiraciones prosperan, el nuevo Derecho da origen, a su vez, a nuevos fenómenos homogéneos de masas, y así sucesivamente, sin interrupción.

De esta observación teórica se derivan inmediatamente y con carácter imperativo ciertas consecuencias prácticas para la actuación del juez.

Una de ellas se refiere a la interpretación del Derecho dudoso. Aquí, se encierra una orientación para resolver el problema, que surge involuntariamente, de cómo se debe interpretar de un modo objetivo un Derecho confuso en su expresión. Como el Derecho, por sus orígenes, brota del pasado es inevitable para poder esclarecer su sentido real, observa su génesis y su nacimiento. Y huelga decir que con ello se establecen las bases necesarias para poder desarrollar el Derecho y mejorarlo dentro de lo posible.

De las anteriores consideraciones, se desprende asimismo que la "jurisprudencia sociológica" que últimamente recomiendan no pocos autores para la administración de justicia sólo puede tener un margen muy modesto de aplicación. Pero a esto nos referiremos con más detalles en su lugar adecuado (VI, 2), cuando estudiemos los

problemas de la ciencia jurídica práctica.

3. Las fuentes del Derecho

En su aspecto exterior, la creación del Derecho positivo se desarrolla mediante actos a que se da, desde antiguo, el nombre de *fuentes del Derecho*. Hay dos clases de fuentes de Derecho. Puede ocurrir que el contenido del Derecho cambie a tono con su Constitución y con los demás preceptos jurídicos que se refieren precisamente a los cambios que pueden introducirse en él, en su aspecto exterior: es éste el *modo derivativo* de creación del Derecho, dentro del cual queda enclavada la teoría de la ley y el decreto, y la costumbre. Pero puede también ocurrir que el Derecho se modifique de *modo originario*. En estos casos, el nuevo Derecho surge de un modo distinto a cómo había sido previsto por el Derecho positivo vigente con anterioridad. El cambio se produce con un golpe de Estado o una revolución, por la conquista, por efecto de contratos originarios, etc.

¿Cómo explicar científicamente estos casos de creación de Derecho por la vía *originaria*? En su obra sobre los *Orígenes de la Confederación Alemana del Norte,* Binding expone que esta nueva entidad política no pudo apoyarse jamás en el Derecho anterior, y califica de "vicio de legalidad" el hecho de que los parlamentos de los Estados soberanos acordasen la entrada de éstos en la Confederación bajo un nuevo Poder Central, ya que carecían de competencia para ello. Otro tanto acontece con la *ley transitoria* de 4 de marzo de 1919, pues la Asamblea Nacional, que refrendó los actos del gobierno revolucionario había recibi-

do también su competencia de uno de estos actos. Pero el problema de la creación originaria de Derecho hace mucho tiempo que ha dejado de interesar exclusivamente al político práctico, para trascender también, y en notable medida, al campo de la actuación judicial.

El problema, antes tan discutido, del derecho de constitucionalidad debe considerarse hoy positivamente resuelto, en lo esencial, reconociéndose al juez el derecho y el deber de indagación, en este respecto. Siendo misión de los tribunales aplicar y defender el *Derecho,* es lógico que se hallen facultados para establecer lo que, en un caso dado, constituye el *Derecho*. Así lo entiende también el Tribunal Supremo, que ha sentado jurisprudencia constante en este asunto. En un caso especial, la antigua Constitución del Reich (art. 13, 2) reconocía la facultad de indagación del juez en los conflictos entre el Derecho del Reich y el Derecho de los Estados.

Dos problemas, principalmente, se han planteado en estos últimos tiempos, en lo que se refiere a la creación *originaria* de Derecho, a saber: ¿Caso de triunfar una revolución, el Gobierno "provisional" goza de facultades legislativas *ilimitadas,* o sus decretos sólo rigen con imperio jurídico cuando sean refrendados por el Poder "definitivo"? ¿Los órganos de un movimiento revolucionario triunfante gobiernan en virtud de su propio Derecho, o deben ser considerados, simplemente, como "gestores de negocios" de la colectividad jurídica del Estado, en cuyo caso serán responsables ante ésta por sus decretos y la colectividad podrá revocarlos en cualquier momento? ¿Y qué ocurre si la revolución estalla en un Estado fede-

ral y sólo transforma por vía originaria el Poder central, pero no el derecho de cada país federado?

Las sentencias contenidas en los últimos volúmenes publicados por el Tribunal Supremo muestran cómo se les han planteado a los jueces estas dudas en una serie de casos jurídicos concretos. Un caso interesante también es el siguiente: En la primavera de 1919, hombres de la división de marinos de *Braunschweig* abrieron fuego contra un avión de la *Reichswehr,* hiriendo a un ciudadano en la calle. El Gobierno existente por aquel entonces en *Braunschweig* se había servido de la división de marinos para la prestación de servicios al Estado, encomendándole funciones de servicio de carácter público. El tribunal apreció negligencia por parte de los tiradores; esto planteaba el problema de quién debía indemnizar a la persona lesionada culpablemente.

La solución de todos estos problemas estriba en lo siguiente: existe un *nuevo Derecho* cuando se impone *efectivamente* una voluntad social *que responde íntegramente al concepto de "Derecho"*. El saber cuando esa voluntad se impone de un modo efectivo, es un problema *psicológico,* que en ciertos casos puede dar lugar a dudas. La posibilidad de influir en otros hombres requiere también que éstos se presten a ello. No puede imponerse desde las alturas, con precisión matemática, un poder natural meramente mecánico. Si esa influencia es un hecho positivo, se abrirá paso nuevamente el *concepto del Derecho,* tal como ha quedado definido en el capítulo anterior y como aquí lo enfocamos, en su proyección práctica dentro del campo judicial. El Derecho por vía *origi-*

naria se incorporará al desarrollo general del Derecho, y el juez, en cuantos litigios puedan presentarse, deberá tenerlo en cuenta al igual que el Derecho anterior.

4. La capacidad de discernimiento del juez

La jurisprudencia figura entre las ciencias *prácticas:* es decir, que sus principios y doctrinas se caracterizan objetivamente por el hecho de aplicarse a los casos especiales planteados por la experiencia.

La aplicación práctica del Derecho se realiza por medio de *deducciones jurídicas,* o sea, derivando los juicios jurídicos de las premisas generales.

Hay dos clases de deducciones jurídicas:

a) Las deducciones jurídicas *mediatas,* necesarias cuando un problema jurídico especial ha de enjuiciarse atendiendo a las normas *especiales* contenidas en las reglas jurídicas formuladas técnicamente y que un determinado Derecho establece como definitivas.

b) Las deducciones jurídicas *inmediatas* son las que implican juicios basados en un Derecho *fundamentalmente justo*. Aquí, la norma que sirve de premisa es aquella norma jurídica que, en el caso concreto planteado, refleja la decisión *fundamentalmente*.

Las deducciones jurídicas inmediatas se ajustan a este esquema lógico general:

Si V. da F.

y A. es V.

para A. rige F.

Un ejemplo. La posesión de una cosa se adquiere cuando se obtiene el poder material sobre ella: ¿se da este requisito, en el caso concreto de que se trata, para atribuirle los efectos propios de la posesión? Otro ejemplo. Las partes esenciales de una cosa no pueden ser objeto de un derecho real independientemente de la cosa de que forman parte: ¿qué pasa con las máquinas y con otros objetos incorporados físicamente a un edificio? Otro: el hecho de retar a un duelo con armas mortíferas se halla castigado por la ley: ¿es aplicable esto a los duelos estudiantiles? Y así sucesivamente, como cualquiera persona que conozca un poco estos asuntos sabe hasta la saciedad. ¿Qué cabe decir acerca de esto, en una investigación de carácter general?

Por el momento, nos referiremos exclusivamente a las deducciones jurídicas *mediatas* (V. infra V, 5).

La norma que sirve de premisa es, en cuanto a sus condiciones y efectos, un juicio hipotético contenido en el articulado de un orden jurídico; su sentido debe fijarse por vía de interpretación. Pero, no siempre es posible empalmar a ella con absoluta exactitud la norma que se deduce. Aquí, aparecen yuxtapuestas diversas nociones jurídicas especiales, cada una de las cuales se mantiene dentro de su peculiaridad condicionada y al mismo nivel de las demás, pudiéndose elegir entre ellas: toda razón interna para que una sea eliminada por la otra desaparece y sólo queda en pie una cierta probabilidad relativa, nacida de las premisas superiores basadas en una larga

experiencia.

A esta inseguridad objetiva hay que añadir, en la práctica, la diversidad nacida de las dotes y cualidades personales de quienes actúan como jueces. En efecto, la reflexión crítica demuestra que la actitud para establecer deducciones jurídicas responde a una facultad espiritual a la que, para distinguirla de la inteligencia cognosciva se da el nombre de *capacidad de discernimiento*.

En su *"Crítica de la Razón Pura",* Kant ha dado su expresión clásica a este concepto. "Puede ocurrir –dice– que un juez o un estadista tenga en la cabeza muchas reglas jurídicas o políticas muy hermosas, hasta el punto de poder ser un magnífico profesor en la materia, y sin embargo tropezar fácilmente en su aplicación, bien por carecer de capacidad natural de discernimiento (aunque no de inteligencia), por lo cual, aun viendo *in abstracto* lo general, no sabe distinguir si un caso concreto cae o no bajo el radio de acción de aquella regla, o bien porque no se ha educado suficientemente en él, por medio de ejemplos y de asuntos prácticos, esta capacidad de discernimiento".

La cosa presenta cierta semejanza con el aprendizaje del juego de ajedrez, que también en este respecto enseña algo. Cabe enseñar a otro ciertas manipulaciones. Por lo que a nuestro problema se refiere, cabe enseñar las deducciones de los conceptos fundamentales puros del Derecho. El profesor puede habituar al estudiante a ello, preguntándole siempre, al principio por el sujeto, el objeto del Derecho, por la relación jurídica y los hechos jurí-

dicos. Hasta aquí, la educación del buen juez forma parte de la enseñanza académica. Pero ésta tiene que forjar, además del *saber,* el *poder.* Fijándonos en las partes de que se compone una sentencia judicial, podríamos decir que es misión de la enseñanza universitaria enseñar a redactar buenas razones de Derecho y cometido de la práctica preparatoria enseñar a perfilar buenas razones de hecho. También para la educación del joven jurista valen las normas trazadas por Goethe, en su *"Wilhelm Meister"*: "No se perdió ocasión de transmitirle todos los conocimientos y desarrollar en él todas las actividades necesarias para cualquier Estado: el cuidado del severo Derecho judicial y del Derecho flexible, en el que la habilidad y la destreza ayudan a quien lo ejercita; el cálculo para uso diario, sin excluir las grandes síntesis, pero todo basado directamente sobre la vida, para que pudiese ponerse en práctica con toda certeza y sin discusión".

El mejor medio para esto son los trabajos de carácter ejemplar y el estudio de las sentencias que pueden tomarse como modelo. Entre ellas, se destacan y rayan a una altura jamás alcanzada los textos de los juristas clásicos de Roma. Es, sencillamente inconcebible cómo ha podido pensarse en relegar este magnífico medio auxiliar de enseñanza para el jurista. ¡Cómo es posible renunciar tan ligeramente a un patrimonio espiritual que se posee firmemente y que se puede acrecentar y desarrollar!

Ya a comienzos de nuestra era, el Derecho Romano había dejado de ser, desde hacía mucho tiempo un Derecho limitado y angosto. Se había asimilado y refundido en su seno, con gran pericia, lo mejor de todas las

experiencias jurídicas de los tiempos antiguos. Esto daba a su contenido, sobre todo en el Derecho mercantil, un sello abstracto que lo hacía más apto como base para tiempos y pueblos de un nivel semejante de desarrollo económico de lo que podía serlo, por ejemplo, el Derecho rural de los germanos de la alta Edad Media.

Pero la razón principal que justifica la alta y dominante posición reconocida a los juristas clásicos de Roma es el método formal que aplican al tratamiento del Derecho. Su análisis en los casos jurídicos es siempre claro; su capacidad para situar los hechos en la posición que les corresponde, por medio de contrapreguntas, excelente; y nada hay tan aleccionador para el principiante, en el análisis de problemas jurídicos, como su constante indagación de la *"actio"* aplicable; nada mejor para librarle de tanteos en las tinieblas, guiado sólo por sus "sentimientos", es decir, *al azar de lo subjetivo*.

Pero todo esto, unido a la capacidad de crear conceptos jurídicos claros y elásticos, no habría valido a nuestros grandes predecesores en la ciencia consultiva y enjuiciadores del Derecho la posición histórica universal que nadie, objetivamente, puede arrebatarles, si no hubiesen tenido siempre claramente ante la vista y si no hubiesen aplicado siempre enérgicamente lo que constituye el objetivo último y el pensamiento fundamental del Derecho. El "individualismo" de los romanos, convertido desde hace mucho tiempo en vacuo tópico, significaba, en realidad, su alta estimación de la *libre personalidad*. Esta idea dista mucho, ciertamente, de ese confuso sentido gregario que todo lo espera de la "organización" y que

desearía imponer, con su coacción uniforme, la mezquina "dicha" de cada cual; es una idea que exige de cada hombre la voluntad de ser por sí mismo responsable de su destino y que considera el Derecho como el fundamento de esto. El orgulloso *"Civis Romanus Sum"* no era incompatible allí, para nadie, con el activo espíritu familiar, ni mucho menos con la abnegación en el sacrificio a la patria. Difícil será forjar en estilo lapidario una definición mejor y más hermosa para expresar lo que es el Derecho, en el sentido a que acabamos de referirnos, que la sentencia de *Celso* el Joven: *"Ius est ars boni et aequi"*. Y ninguna orientación mejor para el juez, en su elevada misión, que la que se contiene en las nobles palabras del descollante jurista Papiano, en las que se refleja el pensamiento central del Derecho Romano clásico, combatido a veces, por envidia: *"Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundium nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posee credendum est"* (D. XXXVIII, 7, 15).

5. La ciencia del Derecho

Más arriba, hubimos de destacar que la localización de un caso concreto bajo una norma jurídica general debe considerarse como función peculiar de la capacidad de discernimiento, la cual no trabaja siempre ni puede trabajar con la misma exactitud con que puede hacerlo la exposición de los métodos formales del pensamiento. ¿No afectará esto a la misión del juez, en su alcurnia espiritual? ¿Tiene su actuación categórica científica?

Algunos lectores recordarán que ha habido autores que

han negado calidad científica, en términos generales, a toda ocupación relacionada con el Derecho. Esta posición fue la adoptada, en su tiempo, por Kirchmann, quien habló, cabalmente, de la "carencia de valor científico de la jurisprudencia". En la conferencia pronunciada por él en 1847, sobre este tema, basa su juicio negativo en el hecho de que la materia del Derecho cambia sin cesar. Además, dice que el Derecho no descansa solamente en el conocimiento, sino también en el sentimiento y que la materia del Derecho positivo nace de normas positivas. A Kirchmann no se le ocultaba que esta descripción de la materia jurídica no era suficiente para negar carácter *científico* a toda posible elaboración del Derecho. Para eso, hubiera tenido que sentar, como premisa, un concepto general de la *ciencia,* para luego demostrar que la jurisprudencia no se ajustaba a él. La excusa del tiempo limitado de su conferencia, que da para justificar el no proceder así, no puede convencer a nadie, pues en los 36 años posteriores de su actuación literaria no creyó oportuno tampoco suplir aquella laguna.

En realidad, el carácter de la *ciencia* no depende de la *materia* sobre que recae. Lo que la distingue de la modalidad *no científica* de la vida espiritual es el ordenar las experiencias *con arreglo a un plan fijo y unitario*. Y esto puede hacerse también, perfectamente, con las nociones *jurídicas,* como lo demuestra la *filosofía del Derecho,* establecida sobre bases críticas.

Constituye, pues, una misión clara y necesaria para el juez el asimilarse y ejercitar conscientemente los métodos *del pensar jurídico,* que a la *filosofía del Derecho* toca

exponer. Los múltiples y diversos conocimientos jurídicos que informan la práctica no deben mantenerse como una masa confusa y caótica. La tendencia hacia la *unidad* es la que en el fondo, debe prevalecer también aquí. A ella hay que atenerse para establecer el sentido de la norma jurídica que sirve de premisa en las deducciones de toda sentencia judicial.

Surge aquí, como tarea especial, la de *interpretar* las normas técnicamente plasmadas por la fuente del Derecho y cuyo sentido y alcance no se perciben siempre a primera vista.

Interpretar una voluntad jurídica significa *comprenderla en su significación especial frente a otras voluntades jurídicas*. No debe confundirse con la *deducción* jurídica, la cual no diferencia el contenido de diversas normas jurídicas *unas de otras,* sino que considera el caso concreto como encuadrado dentro de una premisa jurídica. El problema de la *interpretación* se refiere exclusivamente al Derecho *plasmado*.

No ha sido una idea feliz la de distinguir entre interpretación "gramatical" e interpretación "lógica". *Idioma y pensamiento* forman una unidad. Quien se apoya en una palabra para esclarecer el *pensamiento* que esta palabra expresa, se apoya, en realidad, en el pensamiento por ella expresado. El problema no está, ni mucho menos, en que, ateniéndose a la "gramática" y a las llamadas "leyes del lenguaje", se pueda atribuir a ciertas palabras sueltas o a sus distintas combinaciones un sentido fijo, distinto del pensamiento objetivo de quien las emplea. Todo lo que

sea detenerse en las palabras con que se exprese una voluntad jurídica no pasa de ser, por tanto, un intento meramente *provisional*. No es que exista primero un resultado *fijo* de por sí de la interpretación gramatical, susceptible de ser luego modificado ("extensiva" o "restrictivamente").

El carácter de la *interpretación* es el mismo en *toda* voluntad jurídica; el mismo en los negocios jurídicos que en las leyes. Para aquellos, rige el artículo 133 del Código civil. Si, tratándose de declaraciones unilaterales de voluntad, "la voluntad real", en su contenido subjetivo, resulta dudosa, deberá optarse por el resultado que, en el caso en cuestión, entrañe la decisión *justa*. El Derecho encierra siempre un sentido condicionante, y es el de responder a *razones internas* en todas sus normas específicas, el de ser siempre, en su orientación total, *un intento coactivo hacia lo justo*. (Respecto a los contratos, así lo proclama expresamente el Código civil, artículo 157).

Aquí, la materia de los casos dudosos se acumula hasta el infinito. La necesidad de una directriz unitaria se deja sentir con una fuerza especial. Pero, a su vez, ella nos conduce, como el razonamiento ha demostrado irremisiblemente hasta aquí, a un punto de vista ulterior en la misión del juez. También tratándose de la interpretación de un contenido jurídico dudoso importa elegir la premisa *fundamentalmente justa;* esto plantea, como veíamos ya al empezar este estudio, el problema de la *justicia* objetiva de un querer.

IV
LA JUSTICIA

1. De la rectitud fundamental de un querer

La palabra "justicia" tiene dos significados:

a) En un sentido, indica la observancia y la aplicación fiel de un *Derecho positivo*. El Derecho ha de salvaguardarse, ante todo, contra ingerencias arbitrarias. Este es el sentido que hay que atribuir al Salmo 94:15, con sus tan conocidas y recias palabras: "El Derecho debe mantenerse como tal Derecho, y ganará todos los corazones virtuosos". La observancia de esta modalidad de justicia ha sido ensalzada como una gran virtud en todos los tiempos: en el Antiguo Testamento se expresa también esto de un modo magnífico, sobre todo con palabras de Isaías.

b) Por *justicia* se entiende, en otro sentido, el objeto final del Derecho. Aquí, la palabra "justicia" expresa la idea de que todo querer jurídico, sin excepción, se halla supeditado a un pensamiento unitario fundamental. A éste hay que atenerse para juzgar el Derecho que surge, como producto histórico. Él es el que nos da la pauta para reconocer o rechazar la razón fundamental de un querer jurídico dado.

Es evidente que, para cumplir plenamente su misión, el juez debe profesar activamente ambas modalidades de *justicia*. Las consideraciones que exponemos a continuación nos dirán cómo tiene que proceder prácticamente, para ello. Comenzaremos describiendo con cierto detalle las dos direcciones de pensamientos a que no puede ser ajeno nadie que se ocupe en lo más mínimo de asuntos *jurídicos*. Es éste uno de los puntos cruciales de la investigación referente a las actividades del *juez*.

Las dos direcciones de pensamientos a que nos referi-

mos, son las siguientes:

Lo primero que pregunta cualquiera que razone *jurídicamente* es si su querer y su hacer concuerdan o no con el articulado concreto de las normas vigentes. Entonces el juez indaga los artículos del Código, los preceptos de una ley especial, tal vez las normas cristalizadas y técnicamente plasmadas del Derecho consuetudinario.

El resultado a que puede llegarse por este camino no es nunca la meta final absoluta de las consideraciones que en esta materia cabe hacer y que se abren paso siempre. De suyo se comprende que lo que responde a las normas concretas de orden jurídico positivo puede, a pesar de ello, examinarse críticamente para ver si, además, es legítimo, en el plano de los principios. Es necesario que el resultado de las consideraciones jurídicas sea, además, justo.

Este fallo lo emite una instancia nueva y superior, a cuya crítica intrínseca no escapa ninguna sentencia judicial. Ningún juez puede dejar de hacerse esa suprema reflexión, si quiere que su magistratura y su actuación especial aparezcan justificadas. Tiene que demostrar que su fallo se halla a tono con la justicia objetiva o que no pudo ajustarse a ella, por razones convincentes. De otro modo, se vería abochornado escuchando el elogio muy relativo que se hace en el *"Wilhelm Meister"* de un burócrata: "Un hombre bueno y leal que, preocupado con el *Derecho,* no alcanza a ver nunca la *justicia"*.

Pero este punto de vista, proyectado sobre los *principios,* no se circunscribe a lo que queda expuesto. Se tra-

duce, para el juez, como vamos a ver, en una consecuencia práctica inmediata. El legislador, que establece sus normas en forma de preceptos técnicamente moldeados, no puede por menos de comprender que le es imposible abarcar de antemano todos los casos litigiosos que puedan presentarse. Aunque se apoye en la rica experiencia de un largo pasado, la vida sigue su curso; surgen nuevos problemas, nuevas tareas, planteados por la nueva situación social. Esto mueve al legislador a seguir un segundo camino, para llegar a buenos resultados. Este camino consiste en encomendarse a las partes interesadas, a sus consejeros y a los juzgadores para que, en los futuros casos litigiosos, indaguen y descubran por sí mismos cuál es, en cada caso, la solución fundamentalmente justa.

Este segundo camino de enjuiciamiento *"ex aequo et bono"* aparece desde la antigüedad al lado del *"ius strictum"*. En la terminología jurídica actual, lo mismo que en la jurisprudencia romana, existen muchos términos para expresar esta segunda posibilidad. Se habla de "buena fe", criterio de equidad, buenas costumbres, razones importantes, deberes morales, evitación de abusos, de lo "prudencial", lo "viable", etc. Pero todo esto no son más que expresiones inseguras. Todas ellas reflejan el pensamiento objetivo que más arriba expresábamos, como si dijésemos: *¡Juzgad con arreglo a la pauta de la rectitud fundamental!*

¿Cómo asegurar metódicamente esto? Para verlo, no tenemos más remedio que remontarnos un poco, en nuestras consideraciones.

2. El método de enjuiciamiento fundamental

El Derecho es una modalidad del querer humano. Más arriba (II), expusimos con toda precisión sus características *conceptuales;* aquí, se trata de enjuiciar críticamente el contenido del *Derecho positivo*. Para que una aspiración o una exigencia sean *fundamentalmente legítimas,* no basta con que *existan;* tienen que demostrar que son *fundadas,* en su existencia concreta, a la luz de un criterio fijo.

Pues bien, el pensamiento de la rectitud *fundamental* de una experiencia de vida concreta consiste en la representación ideal de una *armonía completa* entre cuantas pretensiones y aspiraciones puedan presentarse. Una voluntad determinada será, por tanto, *objetivamente justa* cuando se oriente en el sentido de una armonía absoluta con todas las aspiraciones concebibles. Y así, volvemos a preguntarnos: ¿es posible esto?

Un *fin concreto* perseguido dentro de una situación dada no puede encerrar, por su alcance limitado, la *ley suprema* para toda voluntad imaginable. Esa validez *incondicional* sólo puede reclamarla para sí un *método formal* uniforme que trace una directriz en línea recta a las aspiraciones limitadas. Tenemos que representarnos, pues, como pauta ideal, un querer libre de todo lo que hay de peculiar en el querer de cualquier hombre.

Las aspiraciones históricamente dadas de los hombres son todas condicionadas y responden, en su modo real de manifestarse, a fines limitados. Pero media entre ellas una distinción, según la orientación de principio que las informe y guíe: según que vean su fin *último* para cuya consecución todos los medios son lícitos en el fin *inme-*

diato que persiguen, o, que se orienten en la línea del querer puro, que lleva hacia el infinito. Ambas cosas son posibles; en el primer caso, la aspiración limitada no se considera como materia elaborable, sino como principio del querer; sólo en el segundo caso puede hablarse de la *fundamental* rectitud de esta aspiración condicionada.

Así, pues, el pensamiento del querer *libre* sólo indica la noción de un método ideal aplicable uniformemente en todos los casos para enjuiciar aspiraciones *materialmente condicionadas*. No se trata, aquí, de una libertad *causal,* sino de un querer *intrínsecamente libre*. La idea de la *libertad de la voluntad* no es ninguna fuerza mágica que, saliendo de una situación enigmática, intervenga "libremente", con mano fuerte, en la cadena de las causas y los efectos. No se refiere *absolutamente para nada* a la *génesis* de una voluntad concreta. Su misión consiste en servir de pauta segura a la que se ajuste en el plano *lógico* un contenido de voluntad suministrado por la naturaleza.

Queda así esclarecido el *método unitario* que seguimos incesantemente para juzgar y enjuiciar los fines condicionados. En su aspecto *genético,* es indudable que las distintas aspiraciones brotan a través de procesos que incumbe a las ciencias naturales analizar; pero, una vez nacidas, así, por vía natural han de pesarse y medirse en un sentido *sistemático*. En este *método de juzgar,* método necesariamente condicionante, la idea abarca, en su pureza, la materia condicionada y funciona prácticamente dentro de la realidad limitada como *modalidad absoluta* de la conciencia normativa.

3. El ideal social

La ley fundamental sistemática de los fines humanos, la idea de la pureza de voluntad, ha de aplicarse ahora al querer *jurídico*. Éste pertenece al querer *social o vinculatorio,* que convierte los fines de unos hombres en medios de otros, y viceversa. De aquí se desprende, como misión ideal del Derecho la *comunidad de hombres libremente volentes*.

Damos a esta fórmula el nombre de *ideal social*. No es más que una descripción del pensamiento fundamental que acompaña como directriz crítica a todo querer jurídico, cuando se sigue consecuentemente su trayectoria lógica hasta el final. Cuando decimos que un determinado contenido de Derecho es *fundamentalmente justo,* o cuando le denegamos esta cualidad, nos limitamos a decir, en último resultado, que este especial querer jurídico sigue o no, en la situación dada de que se trata, el *pensamiento de la comunidad*.

Tampoco aquí se trata, por consiguiente, de la descripción de ciertos actos jurídicos reales ni del sentido limitado de un contenido cualquiera concreto de Derecho, ni siquiera de ciertos postulados de reformas jurídicas, sino que responde, sencillamente a esta pregunta: ¿cuál es la característica lógicamente condicionante *del concepto* de la "justicia"? La contestación es ésta: *Justicia es la orientación de un determinado querer jurídico en el sentido de la comunidad pura*.

Aunque incurramos en una repetición, no del todo superflua, tal vez por la mentalidad hoy reinante, insistiremos en que las afirmaciones que acabamos de dejar sentadas no

encierran ninguna *utopía,* ni la fantasía de ningún Estado ideal. La fórmula del "ideal social" entraña un seco concepto lógico: no nos dice, por tanto, lo que debiera ser, sino que se limita a reflejar críticamente *lo que realmente se piensa* cuando se dice, refiriéndose a una aspiración, que es un *Derecho fundamentalmente* justo.

Una primera aplicación de esto la tenemos en las Constituciones modernas, cuando dicen que nadie podrá ser privado de *su legítimo juez* y cuando proclaman la *igualdad ante la ley.* Sería un error pensar que con esto *sólo* se alude a la abolición del antiguo sistema de Derecho en que la población aparecía dividida en diversos estamentos, cada cual con su propia organización jurídica. La formación de diversos grupos y clases en el seno de una gran comunidad, es inevitable. Más aún, constituiría una intolerable coacción exigir que todos mantuviesen relaciones con todos, sin distinción alguna, cuando los intereses de los hombres se ramifican según los trabajos, los gastos, las capacidades y las demás condiciones de la existencia. El principio de la igualdad *ante la ley* sólo puede tener un sentido legítimo: la voluntad constante y firme de atenerse *al pensamiento* mismo *del Derecho.* El tan discutido artículo de la Constitución no puede significar más que esto: que todos los miembros de la comunidad jurídica deben ser tratados siempre con arreglo *al Derecho y a la justicia.*

Lo opuesto a esto es la *arbitrariedad* de los encargados del poder, sean varios, muchos o uno sólo; el dar a alguien un trato nacido exclusivamente del capricho subjetivo de otros. En cambio, sería desconocer el pensamiento ideal de la *justicia* el buscar una *igualdad* cuantitativamente exter-

na y de carácter mecánico, por decirlo así, en cuanto a la materia de la voluntad.

La práctica judicial ha intentado repetidas veces rectificar esta inadmisible confusión. Una jurisprudencia especialmente copiosa, en este aspecto, es la del Tribunal Supremo suizo, al que incumbe velar porque los cantones cumplan el artículo de la Constitución federal que proclama la igualdad ante la ley. Así, por ejemplo, se desecha como infundada la queja de que las Asambleas legislativas de un Estado se reúnan siempre en el mismo lugar; asimismo se desestima el criterio de quienes opinan que la concesión de licencias de hostelería a determinadas personas individuales va en contra de la igualdad ante la ley; y la misma suerte corre la opinión de quienes entienden que contradice a ese principio el requisito de la ausencia de tacha y la sobriedad para poder ocupar o ejercer cargos o profesiones públicos. Recientemente, la judicatura ha discutido también mucho, en Derecho alemán, la licitud de los impuestos especiales. El Tribunal federal anteriormente citado reconoce la posibilidad de establecer privilegios fiscales cuando la exención no tienda a favorecer personalmente a nadie, sino que obedece a razones objetivas, *v. gr.:* al deseo de fomentar ciertas empresas de utilidad colectiva o que responden por cualquier motivo a un interés público.

Pero, hay una razón más profunda para decir que el establecimiento de una *igualdad cuantitativa* en vez de la *idea cualitativa de la justicia* es falsa, y es que eso responde a una teoría insostenible. En el fondo de ello lo que hay es el *hedonismo* o sea, *la teoría del placer.* Diremos unas palabras breves y concisas acerca de esto, ya que interesa tam-

bién para el ejercicio de las funciones del juez.

4. El hedonismo

La búsqueda de una pauta universal que abarque absolutamente todas las posibilidades concretas, condujo desde tiempos antiguos al problema del destino del hombre en general. Aquí, aparecen frente a frente dos concepciones fundamentales y hostiles entre sí. Estas dos concepciones pueden expresarse con dos palabras muy cortas: el *placer* y el *deber*.

Cada una de estas dos afirmaciones han sido elevadas a sistema. Las teorías religiosas un poco profundas hacen del concepto del deber su meta. En filosofía, éso fue lo que Sócrates enseñó a sus discípulos. Cierto que en la doctrina de éstos se impuso el hedonismo, la teoría de la felicidad. Así acontece también, más marcadamente todavía, en la filosofía moderna, formada sobre todo en la era del racionalismo. Fue en Inglaterra, como es sabido, donde se forjó, como principio pretendidamente filosófico, la teoría del hedonismo. Kant fue el primero que se levantó, con todo su empuje, contra él. El nervio de la *"Crítica de la Razón Práctica"* es precisamente, la lucha contra el hedonismo. Después de Kant no quedó de éste nada que pudiera tenerse seriamente en pie. También el hedonismo pretende dar la pauta, erigiéndose en la voluntad *objetivamente justa*. Pero, resulta una contradicción lógica irreductible decir, como dice esta teoría, que lo que un hombre concreto y condicionado se representa como el bienestar *subjetivo* es ley *objetiva* en el plano del razonamiento general. Las condiciones permanentes de esta ley, de *lo objetivamente justo,* no podrán defi-

nirse jamás sobre la base de deseos y aspiraciones *meramente subjetivos*. Y toda referencia a una sensación de placer no trascenderá jamás, *de por sí,* de los límites de lo *subjetivo*. El problema de si esa sensación es o no *fundamentalmente legítima* no puede resolverse basándose en el mero hecho del bienestar *subjetivo*. Para ello, es necesario remontarse a *la idea* de la armonía incondicionada de todos los contenidos de voluntad, la única de que puede deducirse una justificación *objetiva* de cualquier fin concreto y especial.

Es curioso que haya habido juristas solventes que se hayan dejado llevar, a pesar de todo, por esa irreductible contradicción. Es, por ejemplo, el caso de Hugo, en su *"Derecho natural"* (1819), y de algunos otros teóricos modernos del Derecho. Creen poder eludir la indicada contradicción, pero se equivocan.

Cuando dicen que lo que interesa no es solamente el *propio placer* sino también la *felicidad de otros,* surge inevitablemente (aunque dejemos a un lado, por un momento, el ambiguo concepto de la "felicidad") el problema de saber si *el bienestar de los otros* ha de determinarse o no por el *propio placer de éstos*. De ser así, nos encontraremos metidos de lleno, una vez más, en el *subjetivismo* del que queríamos huir. En realidad, aquello por lo que, fundamentalmente, hay que velar es el bienestar legítimo de otros. Con lo cual, volvemos a encontrarnos en el punto de partida de nuestra pregunta: ¿Bajo qué condiciones permanentes son *objetivamente legítimos* los deseos y las aspiraciones de alguien? Los términos "bienestar", "felicidad" u otros parecidos no desempeñan ningún papel normativo para llegar a una

solución.

En rigor, podría afirmarse fundadamente, que todo ese intento teórico del hedonismo es indiferente para la actuación práctica del *juez*. Con ese criterio no podría fallarse ningún proceso civil ni sustanciarse ninguna causa criminal. Supongamos que el juez tenga que emitir un juicio *"ex aequo et bono",* que tenga que fallar, por ejemplo, un litigio entre arrendador e inquilino "según el arbitrio de equidad" o una cuestión entre comprador y vendedor "según la buena fe": ¿qué servicio va a prestarle aquí el *hedonismo,* con su norma de que hay que tener en cuenta, como regla de principio, "el bienestar de otros"? *Hasta hoy, no existe ni el menor intento en esta dirección*. Sería mucho más provechoso que un representante del *hedonismo,* en vez de limitarse a repetir en abstracto esta vieja e insostenible teoría, intentase demostrarnos cómo podría ventilarse un litigio cualquiera en el sentido del *hedonismo social*. ¿Cómo arreglárselas para que *cada parte* litigante se inspire en "el bienestar" del otro? Para la reflexión consecuente y profunda de quien analiza teóricamente la *teoría del placer,* se abre aquí un ancho campo que el mero tópico del "bienestar de otros" no basta para llenar.

5. Juicios subjetivos de valor

Los Tribunales tienen que ocuparse a veces de actos criminales de los anarquistas. Los asesinatos y tentativas de asesinato, al igual que otros actos contrarios a Derecho, caen bajo el imperio de las normas ordinarias del Derecho vigente y son penados, si infringen estas normas, con arreglo a las leyes generales. Pero, cuando la

observación de estas transgresiones presenta un interés especial para el problema del *principio de la justicia* es cuando se cometen en nombre de un *subjetivismo* consumado que se profesa como una teoría pretendidamente absoluta de la vida social.

La vida y las aspiraciones del hombre fluctúan constantemente entre los caprichos *subjetivos* y la rectitud *objetiva*. Ya hemos visto que el *hedonismo,* como principio, no permite elevarse jamás a la posibilidad, examinada en otro lugar, de lo *objetivamente* justo. La *teoría del placer,* como quiera que se presente, no traspasa jamás los límites de la vigencia *subjetiva,* aunque en su carácter inexorablemente *fortuito* pretenda reflejar la meta *absoluta* de la vida (IV, 4). En este punto, los representantes del anarquismo dan pruebas de una claridad más consciente y proceden con mayor consecuencia. Su guía espiritual, Stirner, dice en su libro *El Único y su propiedad* (1845): "Por eso nosotros dos, el Estado y Yo, somos enemigos. A mí, egoísta, me tiene sin cuidado el bienestar de esta sociedad humana; no le sacrifico nada y me sirvo de ella. .. Formo, para sustituirla, la *Liga de los Egoístas"*.

Pero la afirmación de que las opiniones y los deseos *meramente subjetivos* constituyen la medida de todas las cosas, no puede ser tomada en serio. Si fuese así, sería imposible convencer a nadie de un error. Este intento a que nos referimos se enreda también en la incurable contradicción de elevar los deseos *fortuitos* de un sujeto condicionado a ley de una voluntad *objetivamente* fundamentada.

Tan poco éxito como la teoría del *anarquismo* tiene la tesis de una serie de escritores sociales modernos que admiten *sólo* juicios de validez *subjetiva,* incluso en lo que guarda relación con las funciones judiciales. Estos escépticos pretenden establecer una distinción entre "hechos" y "juicios valorativos", sosteniendo que, mientras que los primeros pueden ser objeto de afirmaciones *científicas* de valor *objetivo,* los "juicios valorativos" se circunscriben, necesariamente, a una vigencia *meramente subjetiva.*

Es en vano que intentemos buscar una prueba de este principio de absoluta negación. ¿Cómo puede un escéptico razonar también *"a priori"* su concepción fundamental? Esa pretendida distinción entre "hechos" y "juicios valorativos" no responde a un pensamiento claro. En efecto, aquí no se trata de hechos *naturales* ni de *percepciones exteriores* de ninguna clase. Se trata de *hechos de la vida social.* Y éstos no constituyen fenómenos físicos como tales, sino *aspiraciones humanas,* las cuales no pueden concebirse sin "valoración"; es decir, sin el pensamiento de *medio* y de *fin.* ¿Qué es el "valor" de una cosa sino *su aptitud como medio* para un fin? "Todo negocio jurídico y todo acto social entraña, por tanto, necesariamente, ya de por sí, un "juicio valorativo".

Y si los autores escépticos a que nos referimos conceden, como hemos visto, que los medios y los fines, *en su condicionalidad técnica,* son susceptibles de análisis científico, toda investigación de una serie de medios que conducirá a nuevos fines y la de éstos a otros nuevos, sin interrupción, y nadie, desarrollando consecuentemente el

pensamiento, se sustraerá al para qué de cualesquiera aspiraciones limitadas. Y, en este proceso de reflexión crítica, surgirá necesariamente la exigencia de un método fijo que sirva de pauta para enjuiciar, de un modo formal y absolutamente uniforme, cualquier voluntad individual. Sin esta pauta, toda la experiencia individual quedaría dispersa y reducida a un montón caótico de casos aislados. La ordenación *puramente conceptual* de estos casos no los aglutina en un *todo;* les "falta, desgraciadamente, el lazo espiritual". La negación de la *idea* no tiene sentido para quién, en el fondo, se esfuerza por ordenar sus experiencias en un sentido de *plena unidad:* remontándose sobre las unidades limitadas que suministra la determinación *conceptual,* no tendrá más remedio que llegar, si procede consecuentemente, al pensamiento *ideal* de la perfecta armonía dentro de la totalidad de los casos particulares.

Estos ataques contra la posibilidad de un *enjuiciamiento justo,* en el sentido de una rectitud *fundamental,* carecen, pues, de base y de firmeza. Sólo nos resta observar de cerca el pensamiento ideal de la *justicia,* tal como funciona en la vida práctica y, por tanto, como estrella polar que resplandece ante el *juez,* viendo además el modo cómo puede presentarse en cada caso concreto.

V

EL DERECHO JUSTO

1. El Derecho natural

El artículo 7 del Código Civil General de Austria, de 1811, prescribe al juez, a falta de disposiciones legales o de normas que puedan encontrarse por vía indirecta, resolver el caso jurídico "con arreglo a los principios naturales del Derecho". Aquí, aparece al lado del Derecho *positivo,* como complemento suyo, el Derecho *natural,* respondiendo a las concepciones de una época en que el Derecho "nacido con el hombre" era considerado como un Derecho de alcurnia superior, como pauta y meta del Derecho histórico, inferior a él. ¿Qué es, en rigor, este Derecho *natural* y qué puede significar para la misión del juez y para la vida jurídica en general?

A la pregunta de *qué* es, en rigor, el *Derecho natural* se suele contestar diciendo *cómo nace el Derecho natural.* Esta confusión entre el aspecto *sistemático,* que versa sobre lo que *es* un concepto, y el aspecto *genético,* que nos dice cómo *surge y se desarrolla,* es frecuente, en este caso y en otros muchos también. Hay que cuidar, conciente-mente, de no incurrir en ella. Cuando se dice que el Derecho natural *nace* "independientemente de la experiencia histórica", no se dice nada acerca de lo que *es,* es decir, acerca de la unidad sistemática de su existencia. Además, la afirmación transcrita es falsa, pues "independientemente de la experiencia histórica" *no nace absolutamente nada.*

El "Derecho natural" es un Derecho que, por su contenido, se ajusta a la "naturaleza".

¿Cuándo acontece así? ¿Y cuál es esa "naturaleza" que nos tiene que dar la pauta aquí?

La historia de las teorías sobre el Derecho natural nos enseña que todas las aspiraciones encaminadas a dar una contestación a aquella pregunta se pueden dividir en dos clases, según que la pauta que se aplica sea "la naturaleza" *del hombre* o "la naturaleza" *del Derecho*.

En el primer caso, se indaga "lo común al hombre"; es decir, los fines que, respondiendo a leyes, necesarias, persiguen todos los seres que entran fisiológicamente dentro del concepto de "hombre". Pero esto es algo así como querer resolver el problema de la cuadratura del círculo. ¡Qué sé yo cuántas cosas se han señalado como características de esta "naturaleza humana"¡ El amor por la paz, el miedo y el temor, la fuerza y la rencilla, la conciencia de la debilidad, el anhelo de dicha, el egoísmo, la abnegación, el interés económico y el desinterés, y así sucesivamente, en una masa abigarrada de acepciones, hasta llegar a los inacabables intentos que hoy se hacen para concretar "lo común al hombre". Si se los examina con cuidado, se ve que en cada uno de ellos se contiene un granito de verdad, pero que la pretensión de enjuiciar la vida con ayuda de una fórmula breve en que se encierre de un modo absoluto la cualidad común a los hombres todos, es una pretensión vana.

La significación histórica de Rousseau consiste, precisamente, en haber vuelto del revés este problema, orientándose –si traducimos su pensamiento a nuestro modo de concebir y de hablar actual– hacia "la naturaleza" *del*

Derecho. Este camino fue seguido por Kant y por la mayoría de los mantenedores del Derecho natural en el siglo XIX, cuyas doctrinas se han resumido también bajo el nombre de "Derecho racional".

Aquí, sólo hemos de investigar qué relación guarda este problema a que nos estamos refiriendo con la misión fundamental del juez y a qué resultados nos puede llevar con respecto a éste.

En este respecto, todos los sistemas a que hemos hecho referencia hace poco adolecen del mismo vicio. Todos ellos pretenden encontrar un Código de Derecho *con un contenido ideal*. Y esto es imposible. Todo lo que hay de concreto en el contenido de las normas e instituciones jurídicas se halla necesariamente relacionado con la materia limitada de las aspiraciones humanas. En este sentido, las normas e instituciones jurídicas son siempre *imperfectas* y sólo pueden aplicarse a situaciones históricas limitadas y a determinadas sociedades concretas. Por tanto, la aspiración, de suyo perfectamente concebible, de un *Derecho ideal,* debe desecharse de una vez para todas, como irrealizable.

¿Cabe, a pesar de eso, mantener en pie y aplicar prácticamente el pensamiento de una rectitud absoluta y *fundamental?*

2. Rectitud absoluta y rectitud objetiva

El siglo XIX volvió a restablecer en sus derechos el punto de vista histórico. Se comprendió que toda nuestra vida social se desarrolla bajo ciertas condicionalidades históricas a las cuales no podemos, en cuanto a la mate-

ria, sustraernos. El hecho de que esta comprensión se impusiese, en un principio, bajo la influencia del romanticismo y basándose en el concepto místico del "espíritu del pueblo" (III, 2) puede pasarse por alto aquí, ya que la vieja escuela histórica del Derecho, en lo que puede apreciarse, no cuenta ya hoy con ningún defensor.

Es cierto que al declinar y palidecer también en el campo de la jurisprudencia la corriente histórica, fue desplazada en muchos aspectos por un fatal *empirismo*. Hasta el propio *concepto* "del Derecho" quería definirse y perfilarse mediante notas externas, por la observación más o menos vaga de lo que se manifiesta como "Derecho" a través de la Historia, cuando en realidad no se puede admitir en ningún caso dado la existencia del "Derecho" sin dar ya por *supuesto* el *concepto* "del Derecho" en general. Ya hemos expuesto más arriba (II) cómo arrancando de la unidad de la conciencia, precisa desarrollar *el concepto del Derecho* frente a los diversos conceptos que se hallan en contraposición con él.

En cambio, el *empirismo* se caracteriza por considerar como una empresa poco simpática esta orientación progresiva hacia *la idea* del Derecho, hacia el pensamiento de una absoluta armonía entre todas las aspiraciones *jurídicas*. Y así, se ha llegado a pensar que *sólo* había *dos* posibilidades de principio para el jurista: o admitir un Derecho ideal con vigencia absoluta o aferrarse al Derecho imperfecto de procedencia histórica.

Esto era un grave error.

En el estudio científico del Derecho cabe distinguir

más bien *tres* sectores fundamentales:

1. Sólo *las formas puras de ordenación* de nuestras impresiones y aspiraciones tienen un alcance *absoluto* dentro de nuestro mundo mental y, por tanto, una validez general incondicionada para todas las experiencias posibles de nuestra conciencia: Esto no quiere decir que cualquiera pueda manejar con seguridad, en su análisis crítico, estos *métodos de ordenación*; pero ello no obsta para que puedan buscarse y afirmarse en un sentido de validez *absoluta*. En efecto, si los métodos de ordenación no son, incondicionalmente, fijos y constantes, la materia por ellos determinada no podrá someterse nunca tampoco a una ordenación exacta. Por lo que a nuestro tema se refiere, sólo se cuentan entre las *formas puras* de determinación y enjuiciamiento *el concepto y la idea del Derecho,* y las líneas de pensamiento que de ellos irradian.

2. En cambio, todas las normas, doctrinas y juicios que se reducen a experiencias condicionadas y cuyo contenido encierra esencialmente, fragmentos del mundo sensible que nos rodea tienen, forzosamente, un carácter puramente *relativo*. Es ésta una tesis analítica, que se desprende por sí misma del supuesto de que partimos, a saber: que aquellas conclusiones se apoyan en experiencias concretas y limitadas. Toda teoría de la relatividad que se refiera a la elaboración de una materia perceptible por los sentidos es exacta en su concepción fundamental, pero es también, como sabemos desde tiempos antiguos, *evidente*; tan pronto como avanza un paso más y pretenda hacerse extensiva también a las *formas puras* de la

ordenación, se convertirá en una teoría falsa. Así, pues, todo Derecho *históricamente real* es un Derecho *positivo* cuyo contenido encierra, sustancialmente, una materia concreta y limitada y que, por tanto, *sólo* puede ser *imperfecto* y tener una validez *relativa.*

3. Pero la cosa *no termina* con esta caracterización del Derecho *positivo,* que acabamos de trazar. Dentro de un Derecho históricamente condicionado e intrínsecamente imperfecto, pueden distinguirse dos zonas, según que ese Derecho especial de que se trate se oriente o no en el sentido de la *idea absolutamente* válida de la justicia. En el primer caso, será un Derecho *objetivamente justo;* en el segundo caso, no pasará de ser un postulado *jurídico subjetivamente* fundado *nada más,* y por tanto *no justo.*

Hay que distinguir, pues, entre la *rectitud absoluta y* la *objetiva.* Tratándose de un Derecho históricamente dado, no cabe más *rectitud* que la *objetiva.* Si carece de ella, se ajustará al *concepto* del Derecho, pero no a su *idea.* Y puede ocurrir que pierda esta cualidad de lo justo; puede ocurrir que se presenten otras circunstancias de hecho condicionales o que, al conocerlo mejor se lo caracterice de otro modo. También aquí cabe la posibilidad de un progreso.

3. Significado jurídico de la buena fe

Veamos cómo estas consideraciones teóricas se aplican a la misión práctica del juez. Queremos referirnos aquí, concretamente, a la actuación judicial que se desarrolla en el sentido de la "buena fe", de las "buenas costumbres" y otras expresiones análogas a éstas; en una palabra, con

arreglo al *Derecho justo*. Más adelante, diremos algo acerca de los límites que circunscriben esta actuación judicial. Evidentemente, hay que distinguir entre el problema de *cuándo* debe el juez fallar *"ex aequo et bono"* y el de *qué método* se ha de seguir en ese modo de enjuiciar. Aquí, nos referiremos a este segundo problema.

Un Derecho objetivamente *justo es,* como ya dijimos, un Derecho *imperfec*to. No es un *Derecho ideal*. Es un *Derecho históricamente condicionado* y, por lo que afecta a su contenido *materialmente limitado,* presenta un carácter variable y fluctuante. Es, simplemente, una parte del Derecho *positivo,* del Derecho cuyas manifestaciones *conceptualmente* determinadas conoce el jurista, y precisamente la parte que responde *a la idea de la justicia*.

Pero hay también un *Derecho no justo,* que responde *al concepto,* pero no *a la idea* del Derecho. A veces, el legislador, impotente para modificarlo y sustituirlo por otro, lo tolera. En territorios sometidos a nuestra protección, hemos tenido que tolerar incluso, como institución *jurídica,* dentro de límites reducidos, la esclavitud; y en la misma metrópoli hay ciertos excesos que no ha sido posible, hasta ahora, eliminar. Lo más frecuente es que estos casos de Derecho no justo se presenten al envejecer y cambiar la materia de la vida social objeto de regulación. Y nadie renuncia, en último resultado, a criticar, a veces agriamente, el orden social existente, aunque en el plano *conceptual* no le niegue el carácter de "Derecho".

En los litigios entre particulares que hayan de sustanciarse con arreglo a la "buena fe", deberá *elegirse* siem-

pre, entre las diversas posibilidades en pugna, aquella *norma jurídica* que se oriente en el sentido de la *idea* de la pura comunidad, tal como la dejamos definida más atrás.

En esto es en lo que debe centrarse la atención de todo el que quiera comprender claramente el método fundamental que hay que seguir para juzgar *con arreglo al Derecho justo.* Vamos a analizar brevemente la afirmación sentada y a subrayar las consecuencias que de ella se derivan para el juez.

Las normas a que hay que atenerse en los fallos judiciales con arreglo a "buena fe", etc., son *normas jurídicas.* No es bueno empañar esta claridad de concepto con expresiones confusas como la de "moral", "sentimiento del decoro" y otras semejantes. Indudablemente, la palabra "moral" puede emplearse dándole simplemente el sentido de lo *fundamentalmente justo,* como cuando se habla, por ejemplo, de las fuerzas "morales" de un pueblo. En estos casos, tanto da decir Derecho "moral" como Derecho "justo". Pero la palabra "moral" tiene además otra acepción –la que se refiere a la *vida interior,* por oposición a la *vida social* (II, 3)–, la cual no debe involucrarse aquí. De lo que se trata es de ver cuáles son los caminos metódicos de pensamiento que deben seguirse, uniformemente, siempre que se trate de encontrar el Derecho "moral" o el Derecho "justo". Y para esto, no aclara nada el *remitirse simplemente* al juicio "moral".

Si planteamos el problema objetivamente, vemos que gira en torno a la aplicación de *normas jurídicas.* A la

afirmación de que los fallos según la "buena fe" son fallos basados en *normas jurídicas,* se enlaza una observación de seca técnica jurídica y es que los fallos judiciales emitidos así se hallan sujetos al recurso de *revisión* (Ley Proc. Civ. arts. 549 ss.).

Nuestro análisis nos conduce, pues, reiteradamente, a la necesidad de insistir sobre la misma pregunta: ¿Cómo *elegir metódicamente* la *norma jurídica* precisa que, en un litigio dado, pueda considerarse como el *Derecho justo*?

4. Los principios del Derecho justo

Recordemos que todos los fenómenos jurídicos se presentan como realidades *limitadas y concretas*. La *idea* de la justicia, como noción de una absoluta armonía entre todos los contenidos de voluntad jurídica concebibles no forma parte de la realidad perceptible por los sentidos. Aquella limitación condicionada de todo Derecho con existencia material se refiere tanto a las normas como a las diversas exigencias de carácter jurídico.

Pero, en el fondo, de toda orden o de toda prohibición jurídica concreta, de toda exigencia y de toda denegación hay siempre, como pauta intrínseca de juicio, una *orientación fundamental abstracta,* en la que se tiene en cuenta, en mayor o menor medida, la voluntad de otros, a la que se halla vinculado aquel contenido de voluntad. No todo el mundo alcanza a penetrar con su mirada en esta luz espiritual de dirección y orientación. El análisis crítico indispensable para descubrir esta directriz formal exige una especial reflexión y cierta práctica en la elabo-

ración de contenidos discursivos.

Alguien ha hablado de la microscopía espiritual, llegando incluso a decir que sería preferible prescindir de ella. La afirmación no pasa de ser una máxima subjetiva, y no es necesario, desde luego, que todo el mundo vea claro acerca de su patrimonio espiritual. Pero quien pretenda hacerlo, no podrá por menos de remontarse a la *directriz enjuiciadora fundamental* a que nos hemos referido. Esta directriz existe *en todos los casos,* y sin ella no se puede concebir ninguna norma o exigencia jurídica. Aun allí donde alguien deriva algo para sí de las normas técnicamente plasmadas de un Derecho positivo, estas normas concretas se articulan, a su vez, como medios, dentro del todo de una concepción orientadora y enjuiciadora.

Mientras que los fines *materiales* de las voluntades jurídicas concretas pueden variar hasta el infinito, la directriz formal a que nos referimos puede enfocarse como cosa aparte y definirse en su *uniforme posibilidad.* Si, en un caso dado, nos desviamos más o menos de ella, se percibe precisamente esta desviación, como tal. Por tanto, el problema que plantea la necesidad de penetrar en la directriz formal implícita en una norma o exigencia jurídica, puede definirse así: la directriz concreta de que se trate debe contrastarse con la posibilidad de una directriz unitaria absoluta. Por tanto, para que la voluntad sometida al fallo enjuiciador sea *fundamentalmente justa* es necesario que *reconozcamos* en ella *la idea de la pura comunidad* como *principio orientador.*

Para ello, cabe valerse como medio auxiliar de ciertos

métodos, que nosotros llamamos *los principios del derecho justo*. Para encontrarlos, hay que seguir el siguiente camino discursivo.

La noción ideal de una relación jurídica ajustada a una armonía plena con cuantos problemas jurídicos son imaginables entrañan una doble dirección del pensamiento.

1. Es necesario que cada uno de los contenidos de voluntad vinculados entre sí aparezca también como *fin* para el de los demás. No pueden establecerse vínculos jurídicos en los que una de las voluntades se convierta en simple medio para arbitrio de los demás. Este principio es el que nosotros llamamos *el principio del respeto,* y afecta al problema de las *prestaciones* que han de efectuar entre sí los sujetos jurídicamente vinculados.

2. El segundo punto de vista se refiere a una *abstención*. Es el *"neminem laedere"* de los juristas romanos el que resalta aquí. Puesto que toda voluntad justa tiende a la propia perfección, entraña, por su ley intrínseca fundamental, la libertad frente al arbitrio de una aspiración extraña. En cuanto a la materia históricamente condicionada, esto implica la *exclusión* de las exigencias ajenas de la propia posición jurídica. Pero sin que éste nos lleve, a su vez, a un nuevo arbitrio subjetivo y limitado. La idea orientadora de la pura comunidad debe mantener en pie el estado objetivamente posible de vinculación. A este segundo principio damos nosotros el nombre de *principio de la cooperación*.

Ambos principios del Derecho justo pueden referirse a

la *existencia* y a *la ejecución* de relaciones jurídicas. El Código civil alemán invoca el primer principio, de una parte en el artículo 138 y de otra en el artículo 242; el segundo en los artículos 227 ss. y 226.

5. Cómo elegir la norma jurídica justa

En el prólogo a su *"Teoría Filosófica del Derecho",* opina Fries que al juez sólo le incumbe fallar con arreglo a la ley vigente. Según él, la concepción filosófica del Derecho difícilmente puede encerrar una utilidad práctica para el juez. Aun en aquellos casos en que tenga que precisar él mismo la ley según su libre arbitrio para la solución de un caso concreto, por ejemplo para determinar la cuantía de la pena, su sentencia tendrá que orientarse más bien –a juicio del mencionado autor– en el espíritu de la legislación vigente que en su propia concepción filosófica.

Al decir esto, se pasan por alto todas las normas en que la propia ley ordena enjuiciar con arreglo a la buena fe, a la equidad y a la rectitud fundamental. Y sin embargo, el juez jamás ha prescindido de este criterio para enjuiciar; criterio que en ciertas épocas se destaca, como hemos visto, con una fuerza especial.

El deseo de encontrar una orientación segura para estos casos se trasluce prácticamente, en no pocas ocasiones. Se trata de encontrar un método que permita asegurar la rectitud fundamental del fallo emitido. En el *"Espejo de Sajonia",* esta idea, tantas veces manifestada, se expresa con las palabras siguientes, con respecto a la partición de la herencia paterna: "Los viejos deben divi-

dir a los jóvenes escoger", orientación que podemos seguir hasta remontarnos a los tiempos de Abraham y Lot. En las teorías jurídicas de la Edad Media cristiana se acaba de aquí, para delimitar las facultades de un propietario, la conclusión práctica de que éste debía considerarse como un simple administrador de su bien frente a Dios. En otros casos, como en los de fraude y violencia, resulta más fácil descubrir enseguida la orientación que gravita formalmente sobre determinadas aspiraciones.

Pero siempre nos encontramos, uniformemente, con el punto de vista orientador de la pura comunidad, aunque en muchos casos no se alcance a descubrir su relación con una exigencia jurídica concreta. En estos casos, tienen que entrar en acción el análisis crítico y la penetración metódica, para ver si en ellos se refleja o no la imagen del ideal social.

Esto no es más que un intento para esclarecer el procedimiento *como tal* que sigue de hecho todo el que considera algo como *fundamentalmente justo,* aun cuando no tenga plena conciencia de ello, en su modo peculiar de ser. Para aclarar mejor esto, haremos todavía otra consideración.

No debe creerse que sea posible derivar de la *idea* de la justicia nuestras instituciones jurídicas o nuevos derechos y deberes. Esto no puede hacerlo ningún legislador ni ningún juez. El pensamiento ideal de la plena armonía no es un pensamiento *creador,* en cuanto a la materia. Los fines y los medios de las aspiraciones humanas son todos condicionados. Brotan, por lo que a la materia se

refiere, en el curso natural de las cosas. Se enfrentan unos con otros, en el plano jurídico bien en su modo real de manifestarse, como en la polémica entre los abogados de dos partes litigantes, bien en el pensamiento, puesto que toda exigencia jurídica puede presuponer otra contraria. Se plantea siempre la *opción entre ellos; no hay más que elegir*. Lo que se trata de saber es con arreglo a qué punto de vista se ha de hacer esta elección. La *directriz general* que informa esencialmente las distintas aspiraciones nos da la posibilidad del punto de vista *ideal* de la pura comunidad, pero no para hacer brotar o para suprimir distintas pretensiones concretas con su contenido material, sino para *elegir* entre diversas aspiraciones dadas.

Pero *los principios* del Derecho justo no son más que medios auxiliares para elegir entre diversas posibilidades. Ateniéndonos directamente a ellos, a los principios, no podemos resolver ningún litigio de Derecho. Las normas que hay que aplicar para emitir un fallo judicial *son siempre normas jurídicas limitadas,* que responden a uno de aquellos principios y que están ya dispuestas para la actuación del juez que entre ellas ha de elegir.

Esto es todo lo que podemos decir aquí en cuanto a los criterios generales a que responden, en abstracto, los métodos del juez que ha de fallar. Con esto abandonamos el *"Collegium logicum"* jurídico, para enfocar un poco la actuación del juez, en sus proyecciones concretas y en el centro de sus manifestaciones prácticas.

VI

EL ARBITRIO JUDICIAL

1. Jurisprudencia humana

Una figura peculiar dentro de la magistratura judicial es la del francés Magnaud, presidente del Tribunal de Primera Instancia de Château–Thierry. Este juez inició hace unos cuantos decenios un tipo de jurisprudencia a la que él mismo dio el nombre de *humana*. Se hizo popular con un asunto criminal, que de por sí no podía ser más sencillo. Se trataba de una muchacha que, impulsada por el hambre, había sustraído un pan de una panadería para comerlo con su familia siendo acusada de robo. El Código penal francés no admite la eximente del estado de necesidad. El recurso de acogerse a la irresponsabilidad del acusado falla muchas veces. Magnaud absolvió a la muchacha, alegando que nadie debía pasar hambre no siendo por su culpa y que el juez debía interpretar y aplicar la ley en un sentido "humano". El Tribunal de Apelación revocó la sentencia y condenó a la procesada. Pero Magnaud siguió ejerciendo sus funciones en el sentido indicado, lo mismo en materia penal que en materia civil.

Concedía una acción de daños y perjuicios contra el que seducía a su novia y luego la abandonaba; hacía a los ferrocarriles, imperativamente, responsables por los contratos de transporte; suavizaba el carácter estrictamente unilateral del régimen matrimonial de bienes vigente en derecho francés y seguía, en general, no pocas veces –seguramente sin advertirlo– las huellas del moderno

Derecho civil alemán. Muchos alababan a este juez y le llamaban *"le bon juge";* otros, en cambio, incluyendo a casi toda la jurisprudencia francesa, se mostraban adversos a este modo de administrar Justicia.

Muchas sentencias de este juez han sido recogidas en varios volúmenes. Él mismo publicó en lengua alemana, hace unos veinte años, en una revista que ha dejado de editarse, su modo de concebir la magistratura judicial. Pero, en sus manifestaciones no acierta a remontarse sobre el simple tópico de la "humanidad". ¿En qué se conoce cuándo una sentencia es "humana"? ¿En qué consiste la "humanidad" y cómo puede razonarse este pensamiento?

Si damos un trato "humano" a un delincuente común, podemos fácilmente pecar de "inhumanos" contra su víctima y en último resultado, contra la propia sociedad. El favorecer *unilateralmente* a una de las partes no puede ser la misión de un juez *justiciero*. También el postulado de *humanidad,* evidente de suyo, necesita apoyarse y fundamentarse en un criterio *racional* de enjuiciamiento.

A pesar de todo, este tópico se ha abierto paso de diversos modos. Hace algunos años, se publicó en la *"Deutsche Juristen–Zeitung"* un caso comentado desde diversos puntos de vista por los lectores bajo el título de "Destrucción de objetos, por humanidad". Un perrito había caído en una alcantarilla, de donde no era posible sacarlo. Los bomberos, después de intentar en vano salvarlo, enchufaron las bombas de agua en la alcantarilla y ahogaron al perro, librándolo así de sufrir inútilmente. El

dueño del perro pidió una indemnización y se planteó también el aspecto penal del asunto.

El honroso sentimiento de "humanidad" no resuelve esos problemas jurídicos. ¿Qué sentimiento humano es el que debe tomarse en consideración? Evidentemente, aquel que responda a un *fundamento objetivo*. He aquí cómo la cuestión más sencilla nos lleva necesariamente, salvando el peligro de la mera fraseología, a nuestro problema de lo *fundamentalmente recto*. Y la solución, en este punto, sólo puede consistir en que el derecho exclusivo del propietario no puede convertirse en un capricho subjetivo y arbitrario. En nuestro ejemplo, su afán de impedir la muerte del perro y la demanda de indemnización consiguiente aparecen informados, en última instancia, por la directriz formal de un capricho puramente subjetivo. En efecto, no tiene ninguna razón objetiva de ser el aferrarse a un derecho real cuando, según las circunstancias del caso, la posibilidad de recobrar el objeto sobre que recae se halla completamente excluida.

2. El derecho de libre interpretación judicial

A poco de entrar en vigor el Código civil alemán que rige desde el 1 de enero de 1900, se formó en Alemania una corriente jurídica a la que se da, desde entonces, el nombre de *"Movimiento del Derecho libre"*. Esta tendencia no se distingue sustancialmente de la seguida por el juez Magnaud, a que nos hemos referido más arriba, aunque surgió y se desarrolló por cuenta propia, sin invocar y tal vez sin conocer la actuación de este juez. El criterio fundamental que informa esta corriente es que el juez, al

fallar los litigios que se le someten, debe proceder con *absoluta libertad*. La ley, con su articulado plasmado técnicamente, sólo puede expresarse en términos optativos, limitándose a formular propuestas, por decirlo así. Tan pronto como el resultado que de ella se derive en el caso concreto no parezca acertado, el juez debe considerarse autorizado y a la par obligado a apartarse de ella y fallar "libremente".

El movimiento del "Derecho de libre interpretación" surgió, principalmente, en la práctica jurídica, sobre todo entre los abogados. Llegó a adquirir gran extensión, en la época indicada, pero luego decayó y parece que se halla ya en franco descenso. No tenemos por qué seguirlo aquí, en la parte en que se limita a criticar algunas sentencias judiciales sueltas, aunque sean de la suprema jurisdicción. Pero sí debemos analizarlo críticamente, en lo que tiene de método de alcance general, de concepción fundamental tanto de la función del juez como del papel del legislador.

Se ha dicho si estaríamos, sencillamente, ante un renacimiento de la jurisdicción del Pretor. No estará demás pues, recordar brevemente aquella modalidad de creación de Derecho y administración de justicia, para llegar luego, por la vía del análisis sistemático, a conclusiones prácticas y teóricas respecto al movimiento del Derecho de libre interpretación.

Este criterio presenta dos matices distintos.

Unas veces, se indaga el llamado Derecho "vivo". Hay normas que perduran en el Derecho vigente sin haber sido aplicadas jamás. En Derecho hereditario, por ejem-

plo, hay numerosos artículos, sobre todo en lo que se refiere a la interpretación de los testamentos, sin valor alguno, porque no se aplican nunca. El usufructo de objetos concretos carece casi de toda importancia práctica. De los negocios jurídicos de comisión se dice que van desapareciendo gradualmente. La institución específica del contrato de depósito es superflua, pues los contratos de alquiler, mandato y servicio permiten alcanzar todos los fines perseguidos por aquél. En cambio, surgen constantemente nuevos tipos de contrato que no figuran en el Código, y en general puede decirse que la legislación va renqueando detrás del "pulso de la vida real". Contra este modo jurídico de ver, nada puede objetarse. Lo que pasa es que presupone precisamente la posibilidad de un conocer y un enjuiciar jurídicos de carácter científico. El criterio a que nos referimos se reduce a subrayar ciertos problemas concretos, que pueden, sin duda, ser muy interesantes.

Lo que ya no resulta tan claro es esa referencia pretendidamente autoritaria a los fenómenos *económicos* como las normas decisivas para el juez. Aquí hay un error, que el análisis crítico debe despejar. Los fenómenos *económicos* no tienen una existencia sustantiva e independiente del orden jurídico a que se hallan sujetos. Sólo se los puede concebir en un plano de ejecución del Derecho vigente allí donde se producen. Si suprimimos estas posibilidades jurídicas, por ejemplo, la propiedad, los contratos, el dinero, etc., no quedará en pie absolutamente nada del punto de vista *económico*. En cambio, el punto de vista *jurídico* es independiente de toda proyección *econó-*

mica. De aquí se deduce que el criterio *fundamental* para estudiar la actuación del juez estriba en el conocer y el enjuiciar *jurídicos*. Que en la aplicación de este método puede ser útil, en los casos *concretos,* observar los fenómenos *económicos,* se comprende perfectamente, pero esto no significa ningún camino *fundamentalmente* nuevo en la función del llamado a velar como juez por la convivencia jurídicamente ordenada.

3. El Pretor

La actuación peculiar del Pretor respondía a las condiciones especiales de la antigua Roma. Al fundarse, esta magistratura judicial sólo era asequible a los patricios, a la nobleza primitiva. Su competencia abarcaba la jurisdicción ordinaria en asuntos civiles. En el ejercicio de sus funciones, el Pretor estaba obligado, naturalmente, a observar y guardar las leyes generales del Estado. Base de estas leyes eran las XII Tablas, aquella curiosa codificación que sigue siendo todavía hoy un misterio, pues nunca ha podido saberse claramente cómo en una colectividad como la de la antigua Roma, que en conjunto presentaba, indudablemente, un nivel cultural bastante bajo, pudo surgir una legislación concebida y formulada con tanta claridad. La tentativa de situar sus orígenes en una fecha posterior, no puede considerarse acertada. Lejos de ello, en la época histórica se veía ya que el contenido de las XII Tablas empezaba poco a poco a envejecer. Roma crecía y su influencia hacia el exterior era cada vez mayor. Dejaba de ser una pequeña colonia campesina para desarrollar un tráfico y un comercio cada día más intensos en todas las direcciones a que llegaban las acti-

vidades de la época. Las luchas entre la plebe, que era la nueva nobleza, y los patres, no cesaban; las complicaciones guerreras con el exterior no tenían fin, y el templo de Jano, en el que se imploraba la paz, estaba constantemente abierto. Todo esto hacía que, de una parte, el desarrollo progresivo del Derecho antiguo respondiese a una evidente necesidad, mientras que, de otra parte, existían las mayores dificultades para que los Comicios pudiesen acometer la reforma constante de las leyes. Esto impuso a los pretores una misión especial en sus actividades judiciales, la cual influyó considerablemente, a su vez, en el carácter de estas actividades judiciales.

El punto jurídico de apoyo para la peculiar actuación de los pretores lo daba el hecho de que el Pretor figuraba entre los titulares del Poder público: el *"populus Romanus"* le confirió el *"imperium"* para el ejercicio de su cargo. Esto permitía al Pretor, mientras estuviese en funciones, seguir para el enjuiciamiento de los litigios ordinarios del Derecho civil normas distintas a las prescriptivas por el *"ius civile"*. A juzgar por lo que de esto nos dicen las fuentes, el Pretor era, por lo que a esto se refiere, "libre", en el sentido de que no necesitaba invocar ninguna razón.

Ya hemos recordado más arriba (III, 4) que el Derecho romano se asimiló a lo largo del tiempo las mejores y más probadas instituciones de los pueblos de la antigüedad, estructurándose incluso en el campo del Derecho privado de un modo abstracto. El camino para esto lo facilitó precisamente la jurisdicción del Pretor, cuya posición formal, a la que acabamos de aludir, se traducía en importantes

consecuencias materiales. Tal acontecía, por ejemplo, con los viejos requisitos formales del primitivo Derecho romano. Los requisitos de la *"in iure cessio"* y la *"mancipatio"* para adquirir la propiedad pasan a segundo plano y el Pretor se contenta con el hecho de la tradición, exenta de toda formalidad, para reconocer y garantizar la posición jurídica del poseedor en caso de litigio, exactamente lo mismo que si fuese propietario. El régimen agnaticio de las XII Tablas no reconocía derechos hereditarios entre madre e hijo, pero el Pretor les concedía, a condición de que se presenten dentro de plazo, *la "bonorum possessio",* ni más ni menos que si fuesen herederos con arreglo a la ley. De este modo, fue produciéndose un desdoblamiento entre el Derecho legal y el Derecho pretorio, que era el que prácticamente decidía en cuanto a los interesados.

Sin embargo, el Pretor sólo gozaba de tan amplia libertad siempre y cuando no se hubiese pronunciado ya acerca de una cuestión jurídica. En otro caso, se hallaba vinculado a la norma establecida mientras permanecía en el cargo. Su sucesor perfectamente libre ya podía sentar normas distintas. Pero, en la práctica, los Edictos en los que un Pretor formulaba las normas jurídicas establecidas por él formaban una masa cerrada que venía a ser una especie de Código acrecentado sin cesar y que pasaba de un Pretor a otro, renovándose formalmente todos los años.

Esta libertad judicial del Pretor encerraba peligros incluso para él. Fácilmente podían surgir recelos contra su actuación. Los Tribunos del Pueblo podían vetar sus fallos y la publicidad plena de la administración de justi-

cia en el Foro romano le colocaba, por decirlo así, bajo la vigilancia de la colectividad. Indudablemente, en los tiempos antiguos el ejercicio de las funciones judiciales del Pretor se guiaba por una prudente objetividad, a la que servía de sostén, en lo exterior, la modestia de las condiciones de la época. No se tiene noticia de ningún proceso criminal en el que el Pretor fuese condenado, por abusar de sus funciones, a ser arrojado de lo alto de la roca Tarpeya. Pero la firmeza de los viejos tiempos fue relajándose poco a poco. En la época de Sila se dictó una ley que prohibía expresamente a los Pretores apartarse de las normas establecidas ya en sus Edictos. No sabemos hasta qué punto serían estos un remedio eficaz.

Con el Principado, le salió a la jurisdicción de los Pretores una competidora en la jurisdicción de los funcionarios imperiales. Los magistrados republicanos, aunque subsistentes, fueron perdiendo constantemente influencia, en la práctica. Las intervenciones judiciales al modo antiguo habían quedado casi completamente eliminadas por los *"edicta tralaticia",* a que nos hemos referido ya. La codificación de todo el derecho pretorio de interés práctico para formar el *"Edictum prepetuum",* en la época de Adriano, liquidó en lo fundamental aquella antigua y curiosa mezcla de creación de derecho y administración de justicia.

El Pretor y su magistratura judicial constituyen una fase interesantísima en la evolución del Derecho romano. Jamás se ha vuelto al régimen aquel. En los movimientos y en las propuestas de los tiempos actuales no se admite tampoco el punto de vista peculiar de aquella época his-

tórica.

4. Sobre el estadista de Platón

La característica esencial del movimiento del Derecho de libre interpretación consiste en que pretende *suprimir en absoluto* los preceptos del Derecho *imperativo*. Si se limitase a pedir que el número de estos preceptos se redujese, no pasaría de ser un criterio relativo a *cuestiones de detalle,* que no podría reivindicar un interés *general* en cuanto a la concepción *fundamental* del Derecho y la justicia.

Algunos de los adversarios de esta corriente han creído impugnarla alegando que es inadmisible, puesto que pone al juez *por encima* de la ley. Esto no es cierto. El movimiento del Derecho de libre interpretación pide, por el contrario, que sea la propia ley la que señale las facultades del juez. A su juicio, la ley debe hacer extensivo a todos los casos, con carácter general y absoluto, las normas en que hoy encomienda al juez fallar con arreglo a la "buena fe" y al *Derecho justo* en general. Mientras la ley no haga esto, aquel movimiento no discute que el juez se halla, indudablemente, obligado por los preceptos imperativos de la ley y que es precisamente ésta la que debe eximirle de su supeditación.

Pero esto tropieza con las más serias objeciones. Los preceptos que nuestra legislación establece para determinados casos de un modo tan imperativo, que no deja el menor margen al arbitrio judicial, proceden de una vieja y probada experiencia. Así, por ejemplo, cuando el Código civil dice (art. 544) que el inquilino de una vivienda mal-

sana puede rescindir el contrato sin sujetarse a plazo alguno, aun cuando al cerrar el contrato conociese las condiciones antihigiénicas de la vivienda o hubiese renunciado a invocarlas, es indudable que no deja margen para enjuiciar la conducta del arrendatario con arreglo a la "buena fe". Si se permitiese presentar y discutir alegaciones dilatorias de este género, no sería posible luchar contra las viviendas malsanas con la energía expeditiva con que quiere luchar la ley. La prohibición de toda restricción contractual puesta a la libertad de testar (Código civil, art. 2302) salvaguarda el respeto debido a la última voluntad del testador mejor que lo haría la apreciación de las circunstancias del caso con arreglo al "libre arbitrio", y se comprende fácilmente porqué los romanos declaraban *"contra bonas mores"* hasta la mera posibilidad de un pacto hereditario. Ejemplos de éstos para probar la conveniencia de las normas legales de carácter imperativo podrían ponerse a montones.

En ciertas cuestiones jurídicas, sería sencillamente imposible pretender juzgar el caso concreto con arreglo al libre arbitrio del juez. Tal, por ejemplo, cuando se trata de señalar plazos o límites de edad. Aquí entra en juego lo que ya Jhering llamó el requisito de la practicabilidad del Derecho. Tratándose de la declaración de mayoría de edad de un menor, podrá el tribunal tutelar examinar lo que mejor convenga a aquél, según las circunstancias especiales del caso concreto (Cód. civil, arts. 3-5). En cambio, sería sencillamente grotesco pretender que se dejasen al "libre" arbitrio del juez, en el sentido de la corriente jurídica que venimos criticando, las cuestiones de la

mayoría de edad en general, de la capacidad para el matrimonio, de la capacidad para testar, de la capacidad para ejercitar los derechos electorales activos y pasivos, etc.

Tanto en el comercio jurídico como en la práctica judicial, no es posible prescindir de las formalidades y de los plazos imperativos, si no se quieren ver reinar la inseguridad y el desorden. No representaría, por ejemplo, ningún progreso para la vida comercial la supresión del rigor cambiario, dejar que se juzgase con arreglo a la "buena fe" si una letra de cambio o un cheque han sido librados válidamente o aquélla protestada dentro del plazo. Los preceptos imperativos sobre prescripción y los plazos forzosos que la ley establece para determinados actos procesales se establecen en interés de la seguridad del comercio jurídico. Y no es posible renunciar a los requisitos formales en el otorgamiento de disposiciones de última voluntad o en el modo de llevar los registros judiciales, sin correr el riesgo de falsificaciones y de la incertidumbre en cuanto a los efectos jurídicos.

Tampoco en los fallos de la jurisdicción contenciosa se puede confiar en el principio del arbitrio judicial, el cual sólo puede dar resultados verdaderos y satisfactorios cuando haya razones para suponer que los órganos del Estado llamados a administrar justicia son realmente competentes para el desempeño de esta misión.

No existe, pues, ninguna razón que justifique, en las condiciones actuales, el criterio *unilateral* de la escuela del Derecho de libre interpretación. Un buen legislador

utilizará cabalmente ambos medios y caminos: el de los preceptos de carácter imperativo y el de los de carácter dispositivo. No hay ningún Derecho histórico que no proceda así (v. *infra,* VIII, 2). El arte del legislador consiste precisamente en saber trazar, en cada situación dada, la línea divisoria entre ambas posibilidades. Todo gira, necesariamente, en torno a una cuestión de cantidad y de proporción entre ambos métodos. Con lo cual los postulados del Derecho libre quedan reducidos a simples postulados *limitados y concretos* y pierden, como decíamos al comienzo de este apartado, el valor de doctrinas de *principios*.

Todo esto hubo de ser subrayado ya, en el fondo, por *Platón,* cuya obra sobre el *"Estadista"* es de provechosa lectura para este problema y cuya tesis podemos transcribir aquí como resumen de cuanto queda dicho:

"Pero lo mejor es que el poder no corresponda a las leyes, sino al hombre sabio designado por el rey". La ley no puede abarcar lo más justo para todos, porque los hombres y sus actos son demasiado diferentes entre sí y nada se está quieto, por decirlo así, en las cosas humanas. "Sin embargo, vemos que la ley, como esos hombres satisfechos de sí mismos y faltos de cultura, quiere que todo se haga como ella lo dispone, no quiere que se consulte a nadie, aun cuando alguien tenga que decir algo nuevo y mejor; no quiere más orden que el establecido por la misma ley".

No obstante esto, es necesario que haya leyes. Al legislador le pasa como a los que prescriben reglas de ejercicios físicos adaptables a muchos. "Creen que es posible

desarrollarlos en detalle para que se adapten exactamente al cuerpo de cada cual; creen que es así, burdamente como pueden hacerse extensivas a muchos las reglas del ejercicio corporal".

Pero quien se atreva a atentar *sin razón alguna* contra las leyes que responden a una larga experiencia y en las que siempre algunos consejeros han dejado oír su consejo racional, "cometerá, para no incurrir en un error, otro mucho más grande y será para nosotros un obstáculo todavía más embarazoso que los mismos preceptos de la ley".

5. Fallos fundamentales

Nuestras leyes procesales prescriben que los fallos judiciales han de ir acompañados de sus fundamentos (Ley Proc. Civil, art. 313; Ley Proc. Penal, arts. 34 y 266). La ausencia de fundamentos en la sentencia "debe ser considerada siempre como una infracción de la ley" y justifica la revisión del proceso (Ley Proc. Civil, art. 551, 7; Ley Proc. Pen., artículo 377, 7, V. *supra,* V, 3). Esto rige también, evidentemente, en todas las sentencias judiciales basadas en el criterio de la "buena fe", de las "buenas costumbres", de la "equidad", del *Derecho justo,* en general. Indudablemente, la fórmula de que el juez, en estos casos, falla "libremente" no es una fórmula muy feliz, en el aspecto a que nos estamos refiriendo. La "libertad" del juez aparece limitada en el sentido de que tiene que indicar los *fundamentos* por virtud de los cuales considera *fundamentalmente justa o ilegítima* una determinada exigencia o denegación.

Si el postulado del Derecho de libre interpretación

hubiese de interpretarse en el sentido de que el juez pudiera fallar siempre sin dar razones, esto no representaría ningún progreso. Equivaldría a implantar el sistema de la *arbitrariedad.* Cuando le preguntasen por las razones de su fallo, el partidario del "arbitrio judicial" sólo podría contestar como contestó Shakespeare en la comedia de los dos Veroneses: "No hay más razón que una razón de mujer: y creo que es así porque a mí me parece así".

Tal vez se nos replique que aquí *no* se tiende al *subjetivismo.* Y que cuando se "libere" al juez de los preceptos imperativos será precisamente cuando se alcance lo *objetivamente justo,* lo cual se derivará del *sentimiento natural del Derecho* de cada cual.

En realidad, este último giro se emplea con mucha frecuencia. Es usual contraponer el llamado *sentimiento del Derecho* a las normas del Derecho positivo; y con ello no se trata de expresar simplemente el sentimiento de aprobación o reprobación de un fallo judicial concreto, es decir, una mera emoción subjetiva, sino que pretende elevarse el *sentimiento del Derecho* a instancia *racional,* a fuente de *lo fundamentalmente justo.*

En las sentencias judiciales es más raro encontrarse con la referencia vulgar al "sentimiento". Un ejemplo interesante de otro modo de proceder es la sentencia dictada por el Tribunal Supremo alemán en el famoso proceso sobre la fotografía del cadáver del príncipe de Bismarck.

La verdad es que, invocando el *sentimiento del*

Derecho, resulta completamente imposible sustraerse a resultados de validez *meramente subjetiva*. Nadie nace trayendo al mundo consigo este sentimiento del Derecho. El hombre recién nacido es un ser natural que nada sabe todavía de *Derecho* ni de *justicia*. Tiene que adquirir la conciencia de ello. Y nadie podrá afirmar razonablemente que todos los hombres se asimilan esas nociones a través de un proceso uniforme. Este proceso depende en cada hombre de innumerables e incontrolables complicaciones. Y el problema de la *rectitud objetiva* se plantea *aquí,* como *siempre,* en el transcurso de la evolución humana total y por medio de la *reflexión crítica*.

Además, cuando alguien afirma que *precisamente su sentimiento personal del Derecho* es el que indica lo que es *objetivamente justo,* cae en el frecuente error de confundir la génesis y desarrollo de un pensamiento con lo que este pensamiento es y significa. Aquella pretensión da ya por supuesta, en su sistemática posibilidad, el pensamiento *de lo objetivamente justo*. Se halla ya, por tanto, en posesión de este pensamiento. Siendo así, ¿por qué no ha de ser posible, a fuerza de meditar sobre ello, esclarecer la permanente peculiaridad y las condiciones necesarias de dicho pensamiento, del pensamiento de la *rectitud objetiva en general,* y ponerlo luego en práctica una vez esclarecido?

El hecho de que este análisis crítico y esta introspección reflexiva sean lo posterior en el tiempo, carece de importancia. Tampoco ofrece duda que se echa de menos en muchas sentencias judiciales, excelente, por lo demás, en cuanto a su contenido material. Hace unos 80 años, un

jurista de Baden, publicó una crestomatía de casos jurídicos de la jurisprudencia romana clásica, con arreglo a un plan propio. En ella, cada caso aparecía desdoblado, exponiéndose en la primera parte de la obra los hechos y la cuestión jurídica y en la segunda parte, con el número correspondiente, la solución. El resultado era sorprendente. La primera parte se caracteriza por su claridad y su agudeza; la segunda adolece no pocas veces de falta de coordinación y de otros defectos. Con harta frecuencia, se echa de menos todo fundamento, y a veces éste es, indudablemente, falso o formalísticamente mezquino. Y, sin embargo, en cuanto al contenido, apenas en ningún caso considera uno justificado apartarse de la decisión.

Seguramente que tal acontece hoy también, por regla general, con los mejores fallos de nuestros Tribunales. Con esto, queda indicado en qué sentido se puede introducir un progreso, progreso tan posible como necesario. Este progreso consiste en que el juez esclarezca críticamente ante sí mismo el contenido de su propio fallo, en que ahonde en los métodos de pensamiento que de aquí resultan, en que lleve a la práctica las condiciones uniformes y siempre reiteradas que informan la rectitud objetiva de las sentencias judiciales.

VII

INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES

1. Legislación y Judicatura

La separación de estas dos funciones del Estado suele relacionarse con la teoría de *Montesquieu* sobre los tres Poderes. Esta famosa teoría aparece desarrollada en la obra *"De l'esprit des lois"* (1748), libro XI, capítulo 6. Este capítulo lleva por título "*De la Constitución inglesa*", pero se refiere a todos los Estados en general. En todo Estado existen tres Poderes: el Poder legislativo, el Poder ejecutivo para asuntos relacionados con el Derecho Internacional y el Poder ejecutivo para cuanto depende del Derecho civil. A este último lo llama *Montesquieu* el Poder judicial, reservando el nombre de Poder ejecutivo para el segundo.

Cada uno de estos tres Poderes debía aparecer separado de los otros dos y con su propio titular. De otro modo, no estando separados estos Poderes, sino unidos en la misma persona o bajo el mismo órgano de autoridad, no podría existir la libertad política del ciudadano. Así ocurre, sobre todo, cuando el Poder judicial no aparece separado del Poder legislativo y del ejecutivo: "Si se confundiese con el Poder legislativo, la vida y la libertad de los ciudadanos se hallarían regidas por la arbitrariedad, pues *el juez sería legislador*. Y si se confundiese con el Poder ejecutivo, el juez podría convertirse en opresor".

La teoría de Montesquieu es producto de la situación histórica del siglo XVIII. Ayudó extraordinariamente a

resolver los problemas apremiantes de aquella época. Por eso ha ejercido una influencia tan considerable sobre la legislación y la política de los Estados. Su eco resuena todavía, indudablemente, en todas las modernas Constituciones.

Por otra parte, la teoría de los tres Poderes ha sido impugnada repetidas veces. Los ataques que se le dirigen nacen de la duda de si la división de Poderes establecida aquí será absoluta y completa. Nos salen al paso aquí algunas observaciones prácticas y algunas deducciones teóricas.

Por lo que se refiere a las primeras, es sorprendente que Montesquieu no aluda para nada a la administración interna del Estado. Sólo habla del Poder ejecutivo basado en el Derecho internacional. Parece, pues, que confunde o involucra las funciones de un Ministerio de la Gobernación al identificarlos con un Poder judicial. La división tripartita podría muy bien mantenerse englobando como un todo a la Administración del Estado y subdividiéndola luego en Administración interior y exterior, cada cual con sus propias subdivisiones. En esta clasificación encajaría también la jurisdicción administrativa, de reciente creación.

A esto hay que añadir que, en la práctica, la división de poderes no puede establecerse siempre tan nítidamente, que se encomiende cada Poder a un órgano especial, absolutamente ajeno a la competencia de los otros dos. Lejos de ello, sus esferas de acción se mezclan y entrecruzan, no pocas veces. En Inglaterra, la Cámara de los

Lores, que actúa fundamentalmente como órgano legislativo, interviene en ciertos asuntos de importancia como Tribunal judicial; el Pretor romano, del que hemos hablado más arriba (VI, 3) tenía poderes de creación de Derecho. Y si nos fijamos en las actividades administrativas, vemos que en ellas intervienen también los Parlamentos, es decir, el Poder legislativo.

Cabe, pues, preguntarse si la división sistemática de Poderes a cuyos orígenes en la historia de las doctrinas nos acabamos de referir, en breves palabras, tiene una significación fija y absoluta.

2. El Estado de Derecho

Muchas veces se ha planteado, con carácter dubitativo, la pregunta anterior. La primera tentativa es la de contestarla con una descripción general. Se trazan analogías sobre la materia múltiple y diversa de la experiencia histórica. Es un método socorrido volar sobre los siglos y agrupar sintéticamente las manifestaciones en las que se cree descubrir iguales o análogas características. Pero esto sólo puede lograrse por aproximación. La materia que aquí se trata de modelar es demasiado variada, dispersa y mudable; no puede esperarse que, estudiando sus aspectos *concretos,* se llegue nunca a descubrir los *métodos de ordenación general,* como objetos especiales de nuestra investigación. Es dudoso que las *formas conceptuales* realmente empleadas como formas susceptibles de ordenar la masa caótica de las diversas experiencias concretas puedan deducirse de la *simple observación* de esta masa caótica *como tal*.

A esto hay que añadir que el conocimiento *científico* sólo existe cuando se penetra *exhaustivamente* en el sistema de los métodos puros. Y siempre será dudoso que se puedan *agotar* los métodos de ordenación por el solo hecho de asegurar por la consideración empírica *algunos de ellos*.

En vez de esto, nosotros establecemos este tipo de investigación: analizar críticamente la posibilidad de ordenar *de un modo unitario* toda la materia concebible de la experiencia histórica (V. I, 2).

Aplicando esto a nuestro tema, tropezamos ante todo con *el concepto del Derecho*. Es el único que aparece como modalidad *conceptual determinante* de ordenación en todos los problemas jurídicos particulares que nuestra experiencia nos plantea, como tales problemas particulares en el transcurso de la historia. Pero en este concepto va implícita la noción de que los hombres conviven y se relacionan bajo una regla exterior. De donde resulta que en *todo pensamiento jurídico* tenemos presente en nuestro pensamiento, *por sí mismas,* estas dos modalidades de ordenación: la categoría de la *supremacía jurídica* y la *de subordinación jurídica*. La primera caracteriza a la norma que vincula jurídicamente a los diversos individuos; la segunda, en cambio, caracteriza la posición de los individuos vinculados. En la práctica, se derivan de aquí, aplicando aquellos conceptos fundamentales a la estructuración de la vida social, los conceptos del *establecimiento del Derecho* y de la *ejecución del Derecho:* el primero, en que se estatuye la norma jurídicamente vinculatoria; el segundo, en que se determinan las relaciones

de los individuos sujetos a esa norma. Estas categorías formales dominan, por tanto, necesariamente, todos los problemas jurídicos; por eso se las erige, y con razón, en base esencial del *Estado de Derecho* de los tiempos modernos. La preocupación que apuntaba más arriba puede concebirse como la aspiración a la libertad del ciudadano frente a un Poder público demasiado opresor. Si no nos engañan todos los indicios, esta preocupación ha vuelto a apoderarse en nuestros días de todos los Estados civilizados con fuerza redoblada. No importa que cambien los titulares del Poder, en cuyas manos se pone el Poder organizado del Estado: la idea de la libertad, de la autonomía y de la propia responsabilidad del hombre ante sí mismo y ante lo que constituye la meta de su vida se ve en peligro en todas partes, cuando no se destruye y se hace añicos, ante la ingerencia excesiva de los Poderes del Estado. Y la suerte y el destino del hombre consisten en ser o en llegar a ser una *personalidad interiormente libre*. Todos los preceptos del Estado y toda la organización social no son más que un medio limitado ante este fin fundamental. Lo importante, pues, es organizar los medios del Poder público de tal modo, que tengamos siempre ante nuestros ojos la directriz ideal que debe guiar a aquel Poder.

Aquí, juega un papel muy importante, indispensable, la misión *del juez*. Todas las buenas intenciones del legislador, toda la ordenación justa del Derecho no les sirve de nada a los miembros de la comunidad jurídica si la seguridad de la realización del Derecho no aparece garantizada por Tribunales imparciales y competentes. Este anhe-

lo tuvo su fuerte expresión en las aspiraciones del siglo XVIII, época con la que los tiempos presentes ofrecen más de un paralelismo.

En aquel entonces, se trataba de luchar contra la justicia de Gabinete. Los titulares del Poder público intervenían en la marcha de la justicia, según las inspiraciones de su antojo personal. Entre la justicia y la policía no existía una distinción precisa; la policía no era meramente, como debe ser, una auxiliar de la justicia, sino que muchas veces decidía y ordenaba. Costó largas luchas instaurar el *Estado de Derecho,* del que se desterraron aquellos abusos. La Justicia quedó fundamentalmente separada de la Administración; en lo sucesivo, habría de ser desempeñada por Tribunales independientes, sometidos exclusivamente a la ley.

Mencionaremos brevemente las medidas, harto conocidas, dictadas por la legislación alemana del siglo anterior. Las aspiraciones a que hacemos referencia viéronse plasmadas por modo magnífico en la Ley Orgánica de los Tribunales y en las tres llamadas Leyes de Justicia, la Ley Procesal Civil, la Ley Procesal Penal y la Ley de Concursos y Quiebras, que rigen desde el 1o. de octubre de 1879 en el Reich alemán. El artículo 102 de la vigente Constitución del Reich, de 11 de agosto de 1919, recoge el artículo l de la Ley Orgánica de los Tribunales en los términos siguientes: "Los jueces son independientes y se hallan sometidos solamente a la ley".

Para alcanzar con la mayor perfección posible la mira del *Estado de Derecho* es necesario en todo tiempo, indis-

cutiblemente, mantener a los Tribunales alejados de las incidencias de la política diaria. Dentro de nuestras concepciones, constituye la evidencia misma el que los jueces sean inamovibles de por vida y sólo puedan ser separados de su cargo por incapacidad para ejercerlo o por sentencia judicial. Y sólo deben ser reclutados entre las personas objetivamente competentes para el desempeño de esta función, siempre al margen y por encima de la política limitada de los partidos y de sus programas.

3. Doctrinas consagradas y precedentes judiciales

Pero la independencia del juez debe ser, ante todo, una independencia *interior* basada en la *libertad espiritual*. El juez sólo debe someterse a su *propia convicción,* debidamente fundamentada. Esto nos conduce a un capítulo acerca del cual tenemos algunas cosas que decir, en el pleno del análisis crítico. Esta libertad espiritual necesaria para el ejercicio de las funciones de juez se halla amenazada por diversos peligros. Estos peligros nacen, por una parte, de las ingerencias externas de la legislación, por otra parte de ciertos doctrinarios bien intencionados, y finalmente de la propia tendencia del juez a respaldar sus fallos en la autoridad de otros. Examinaremos por separado estos tres puntos.

Cuando Justiniano dio cima a su obra del *Digesto,* prohibió que se cotejase *el Digesto* con los viejos textos de los juristas y que se escribiese ningún comentario en torno a él; atrevimiento que Bruno ha calificado, acertadamente de quimérica, pero no única fascinación legisla-

tiva. Todavía en 1813, al promulgarse el Código penal de Baviera, pudimos asistir a una tentativa semejante.

El camino inverso es el que sigue el nuevo Código civil alemán, en cuyo artículo 1 se remite al juez, en caso necesario, a las "doctrinas consagradas". Esta expresión no debe interpretarse en un sentido restricto, al igual que ocurre con la de "buenas costumbres". Tanto en uno como en otro caso, sólo puede significar las doctrinas o las costumbres que, bien miradas, puedan considerarse como "reconocidas" o como "buenas", aunque en la práctica no lleven mucho tiempo en vigor. Por lo tanto, la referencia del legislador federal a las "doctrinas consagradas" no menoscaba la libertad espiritual del juez. Es más que evidente que éste no rehuirá la posibilidad de una buena orientación, basada en razones fundadas; se trata, simplemente, de un recurso para formarse una convicción, la cual ni puede aferrarse obstinadamente a una primera impresión ni atarse servilmente al juicio de otros. En todo caso la orientación, para prevalecer, deberá ir acompañada de buenos fundamentos. "No forzamos a nadie –decía Lutero–, ni siquiera a aceptar la verdad".

Por eso no podemos compartir tampoco el criterio de quienes piensan que un juez que, faltando a sus convicciones, ceda al punto de vista jurídico de un Tribunal superior incurre en pena con arreglo al artículo 336 del Código penal. Esto es ir demasiado allá, a menos que exista la intención de quebrantar el Derecho.

En nuestro Derecho vigente no se obliga al juez por regla general, a someterse al criterio de otros. En

Derecho actual no existe ni el *"ius respondendi"* de los romanos ni el *envío* del apuntamiento del procedimiento civil ordinario. En Prusia, se creó en 1789 una *Comisión* legislativa que menoscaba la independencia de pensamiento del juez. Cuando un Tribunal o una autoridad cualquiera tuviesen dudas acerca del sentido de una ley, debían abstenerse de interpretarla por su cuenta e informar a dicha Comisión. El Código nacional general prusiano de 1794 mantuvo esta peregrina institución, que no se suprimió hasta el año 1798. El Código civil francés de 1804 contiene una norma que es, precisamente, el reverso de ésta: según ella, el juez no puede negarse en ningún caso a emitir su fallo so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley; si lo hace, se le podrá exigir responsabilidad por negarse a administrar justicia.

Tras estas vacilaciones, nuestro Derecho vigente garantiza la independencia de los Tribunales también en el sentido de que ningún Tribunal se halla obligado a atenerse a los fallos de otro Tribunal, cuando vayan en contra de sus propias convicciones jurídicas. El valor decisivo de los precedentes judiciales, que antes, hasta los tiempos modernos, se reconocía en gran medida, es ajeno al Derecho actual. El juez no sólo es absolutamente libre respecto a los órganos de la administración y a todos los poderes políticos del Estado, sino que lo es también respecto a los fallos jurídicos de otros Tribunales. Esta norma admite contadas excepciones. El artículo 137 de la Ley Orgánica de los Tribunales establece que ninguna sección del Tribunal Supremo podrá disentir de los fallos de otra sección del mismo alto Tribunal; si no está de

acuerdo con ellos, deberá someter el caso al pleno de las secciones de lo civil o de lo penal, si se trata de asuntos penales. Una norma especial rige también para los fallos en materia del registro inmobiliario, emitidos por las Audiencias territoriales. El artículo 79 de la Ley sobre el Registro Inmobiliario dispone que si una Audiencia territorial, en la interpretación de un precepto contenido en las leyes del Reich y referente a este registro quiere apartarse de la jurisprudencia establecida por otra Audiencia territorial o por el Tribunal Supremo, deberá elevar el asunto, con sus razones jurídicas, a este alto Tribunal.

Como se ve, todas estas normas se refieren, exclusivamente, al Derecho *técnicamente elaborado*. Cuando el juez esté autorizado por la ley para fallar con arreglo a la "buena fe" o por medio de un método semejante, podrá elegir libremente la norma que crea *fundamentalmente justa,* sin atenerse al fallo o al criterio imperativo de ninguna otra autoridad. Aquí, no vale más que su propio criterio, que debe seguir por la vía *metodológicamente más segura* de reflexión.

4. Las llamadas normas de cultura

En estos tiempos, se ha expuesto repetidas veces como pensamiento central del Derecho el de servir a la "cultura" humana. Se dice que el Derecho es un producto de la "cultura" y que el fomento de la "cultura" constituye un objeto final. Y se quiere que sean las llamadas "normas de cultura" las que den la pauta para los fallos judiciales, cuando el juez tenga que orientarse en sus sentencias hacia la *rectitud fundamental,* por no existir normas téc-

nicamente elaboradas aplicables al caso concreto.

Esta doctrina presenta todas las características de un punto de vista específicamente *empírico*. Tal vez no sea intrínsecamente falsa, pero se detiene en la superficie.

Ya el mismo empleo de la palabra "cultura" lo demuestra. Nadie puede contentarse con coronar sus reflexiones con un tópico, si detrás de la expresión que se invoca como decisiva hay conceptos primarios a los cuales, cabe remontarse por vía de reflexión. La falta de claridad acerca de estos conceptos es, precisamente, lo que hay de fatal en todo *empirismo*. Pues bien para no caer en este vicio lamentable, hay que indagar qué debe entenderse, en rigor, por "cultura", analizando críticamente este concepto. Y entonces, investigando la noción unitaria que se esconde detrás de ese concepto, llegamos a la conclusión de que la "cultura" es la aspiración hacia *lo justo*.

No podemos citar aquí, ciertamente, muchos intentos de definición de este concepto en otro sentido. En los tiempos antiguos, la palabra cultura no se usaba todavía para expresar una meta final absolutamente válida de las actividades humanas, sino en un sentido técnico más limitado, *v. gr.* como capacidad para procurarse satisfacciones o como una especial destreza en ciertas actividades. Todavía hoy, se habla a veces, de "historia de la cultura" para designar la historia de las costumbres externas y de los usos convencionales. Nada hay que objetar, exteriormente, como es natural, contra la terminología moderna, que emplea la palabra "cultura" en un sentido de *validez absoluta,* como asimilación de aspiraciones

humanas; lo único que cabe exigir, como hemos dicho ya, es que se esclarezca críticamente el sentido que esto entraña. Y al hacerlo, el concepto de "cultura" se definirá tal como lo hemos visto hace poco.

Un filósofo moderno del Derecho propone como definición de la "cultura" ésta: "cultura es la realidad que se ha hecho valiosa". Pero esta definición no puede ser completa mientras no sepamos qué se entiende por "valioso". Tratándose, como se trata, indudablemente, aquí, de una pauta que abarca de un modo condicionante todas las expresiones concretas de la vida, es evidente que el problema de lo "valioso" en términos *generales* depende de la posibilidad de determinar como *fundamentalmente justos* los diferentes fines y medios. Con lo cual, cuando se creía haber encontrado la solución, resulta que no se ha hecho más que plantear el problema.

El intento de tomar la "cultura" como punto de partida y como meta, a pesar del celo con que se ha defendido en la jurisprudencia actual, es, por tanto, infundado, y no puede servirnos de base para fundamentar en el plano de los *principios* la misión del juez. *Decir* que *el Derecho constituye* una "manifestación de la cultura", no es decir nada. Otro tanto puede decirse de *todos* los deseos y voluntades, de todo *producto,* cualquiera que él sea, creado por los hombres. *No* puede considerarse como una característica condicionante que *distinga* precisamente *al concepto del Derecho*. Cuando al *juez* se le plantee cualquier problema de carácter práctico en que se ventile la cuestión de saber si una existencia o una pretensión tiene o no carácter "jurídico" –en el capítulo II tuvimos ocasión

de examinar casos de éstos–, de nada le servirá, para sustanciar el proceso y emitir un fallo, la verdad perogrullesca de que el Derecho constituye una "manifestación de la cultura". Para ello, será necesario fijar y conocer de un modo muy distinto *el concepto* "del Derecho", *a diferencia de otras modalidades de la voluntad humana.*

Se remite al juez a las "normas de cultura" para el caso en que tenga que fallar con arreglo a la "buena fe", a la "equidad", a las "buenas costumbres" en una palabra, con arreglo a lo que aquí entendemos por *Derecho justo.* No es un *método formal para elegir* entre varias posibilidades empíricamente dadas, como el que brinda nuestra teoría, el que se quiere tomar como pauta, sino normas ya establecidas y situadas *por encima* de las normas elaboradas *del Derecho:* las normas elaboradas "de la cultura". Cualquiera persona reflexiva y entendida en cosas de Derecho gustaría de que se le pusiese un ejemplo de esto. Pero no los hay. ¿En qué sentido deben concebirse estas "normas de cultura", afirmadas tan a lo ligero? ¿De dónde proceden? ¿Qué aspecto presentan?

Desde el punto de vista del juez, hay, por tanto, razones fundadas para exigir que se presente de una vez, concretado en realidades, el Código de esas supuestas "normas de cultura" cuya posibilidad, hasta ahora, no ha hecho más que afirmarse vagamente. Mientras no se haga eso, habrá que declarar indiferente *para la práctica* toda la teoría de las "normas de cultura". *Teóricamente,* la menor tentativa de reunir esas normas demostraría que sólo se trata, en realidad, de normas jurídicas de tipo especial, cuyo carácter "valioso" consiste simplemente en *elegir*

entre diversas posibilidades en el sentido *del ideal social*.

5. Las concepciones imperantes

Kant plantea en uno de sus pequeños ensayos el problema de *¿Qué es el racionalismo?* (1784). Es –contesta– el libertar las propias convicciones de las palabras ajenas. *"Saere aude":* ¡ten el valor de servirte de tu *propia inteligencia!* He ahí el lema del racionalismo.

El reverso directo de esta actitud, que "arranca al hombre de un estado de tutela imputable a él mismo" es la de ir a refugiarse al criterio de otros cuando llega el momento de tomar una decisión *justa,* tras madura reflexión *científica*. Tal acontece también en el ejercicio de la magistratura judicial.

Cierto que a veces es la propia ley la que ordena al juez atenerse a las opiniones imperantes. El maestro de obras y el arquitecto que dirigen la construcción de un edificio tienen que respetar, si no quieren incurrir en pena, las "reglas reconocidas del arte de la construcción" (Cód. penal, art. 330); las donaciones que respondan a "las consideraciones debidas al decoro" siguen un régimen jurídico especial (Cód. civil, arts. 534, 1446, etc.; V. *supra,* II, 4). En estos casos, el Tribunal no tiene más que reconocer y aplicar las opiniones periciales y las normas convencionales que la ley declara decisivas. Pero estos casos constituyen excepciones muy contadas. Tienen su fundamento específico en determinados artículos de la ley, no pueden trascender de los límites señalados por ésta y son, exclusivamente, proyecciones concretas de la voluntad del orden jurídico vigente. Podríamos compararlos a las

funciones de un ejecutor testamentario, a las leyes de ejecución dictadas por los distintos países del Reich a base del Derecho general de éste o a la promulgación de reglamentos de policía.

Asimismo es evidente, y no requiere grandes explicaciones, el hecho de que, cuando se trata de interpretar una declaración de voluntad, la voluntad *real* de una persona se establece frecuentemente, teniendo en cuenta el uso del lenguaje dominante y las opiniones más generalizadas. Esto, que es materia de cada caso de por sí, cae fuera de la órbita de interés a que nos estamos refiriendo.

El problema que aquí está planteado es el de saber si, como *método general* para llegar a juicios *fundamentalmente justos,* se puede recomendar el acatamiento de las opiniones dominantes, tiene que ser francamente negativa. A quien, al plantearse de nuevo un problema, no sepa hacer otra cosa que navegar a favor de la corriente de las opiniones imperantes, le ocurrirá, en la consecución de un resultado justo y fundamentado, algo parecido a lo de aquel tirador que, según el irónico relato del poeta, fallaba siempre el blanco porque, al tirar, miraba de rabillo al público para cerciorarse de si le impresionaba su apostura.

Además, ¿cuáles son las "opiniones dominantes" que pueden servir de criterio para resolver los problemas jurídicos litigiosos? ¿Quién puede definirlas, y de qué modo? En la práctica, cabe observar que, muchas veces, se invocan las opiniones dominantes en apoyo de criterios completamente opuestos, sobre todo en la aplicación de la

norma que declara nulos los negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres. Quien *se limite a observar* qué concepciones *imperan* aquí y allá acerca de lo que es la voluntad justa, tendrá ocasión de convencerse de lo que difiere la "moral", en el sentido más amplio de la palabra. Pero el hecho de que las opiniones *difieran* no quiere decir que sea imposible la *objetividad científica.*

Claro está que ésta exige *razones de fondo,* con las que se pueda elaborar *de un modo críticamente seguro y fijo,* la materia del caso planteado. El mero hecho de que un determinado criterio sea el "imperante" *no* puede suplir las *razones de fondo* de un juicio. La distinción de cantidad y calidad, que ya Platón y Aristóteles ponían de relieve en términos tajantes, la contraposición interna entre los conceptos de *mucho* y de *bueno* no podrá borrarse jamás del mundo. Y esta consideración deberá guiar también la actuación *del juez,* si quiere que sus juicios sean *fundamentalmente justos y sus* resultados *buenos*.

Por eso debemos decir también que el afán por la "popularidad" en los resultados no es el mejor consejero para conseguir juicios *intrínsecamente justos*. La referencia a lo "popular" adolece de una doble falta: falta de claridad *conceptual* y de fundamentación *ideal*.

No se ve claro a qué instancia se apela aquí, con la palabra "pueblo". Esta palabra presenta un mosaico de acepciones, según el término que tomemos como punto de comparación. Pero, aun suponiendo que, en un caso dado, su significación sea clara, surgirá siempre la duda de si lo que el "pueblo" quisiera sería además, realmente,

algo basado en *fundamentos intrínsecos*. Del simple hecho de la *procedencia* de una opinión no pueden sacarse conclusiones en cuanto a su rectitud *intrínseca*.

Si lo que quiere decirse es que *el Derecho y la administración de Justicia* deben ser "populares" en el sentido de que sus resultados buenos y justos sean sostenidos y compartidos por la convicción de *la mayor cantidad posible* de miembros de la comunidad jurídica, se afirma una verdad tan cierta como evidente. Lo que no hay que hacer es querer derivar la rectitud de un resultado de la opinión de *muchos* juzgadores. Las aspiraciones *jurídicas y judiciales* deben responder a este fundamento y a este fin: *hacer* que logren "popularidad" los resultados *buenos* que se consignan al estatuir y pronunciar el *Derecho justo,* y luego una vez hecho esto, conseguir que se lo asimile la convicción de muchos, de los más que sea posible.

VIII
EL SACERDOCIO JUDICIAL

1. Claridad del objeto final

Nuestro propósito de describir *la tarea diaria del juez* de un modo críticamente fundamentado nos ha llevado necesariamente a tomar como base de nuestra investigación la posibilidad de una ordenación metódica de nuestra conciencia en general. Ninguna persona que piense se contentará, a la larga, con enfocar una serie de problemas concretos y limitados, que, además, no podrá ni siquiera conocer seriamente en su perfil concreto sin referirlos a su unidad (I, 2). Y nadie podrá –cuanto más celosa y diligentemente se ocupe de problemas, menos– sustraerse en último resultado a esta pregunta: ¿*para qué* todo esto, en rigor? Quien, en su profesión, se pare a pensar acerca de los fundamentos discursivos en que descansa, tropezará en su respuesta, forzosamente, con el sentido de la vida en general.

Si hay alguna profesión que pueda servir de modelo a toda la sociedad en este sentido, es precisamente la profesión *del Juez*. Y esto, no sólo en cuanto a la necesidad de remontarse a las cumbres de una concepción universal que lo domine todo, sino también en cuanto a la aplicación amorosa y exquisita de esa concepción universal a las cuestiones particulares de la vida diaria.

Es característico cómo ya en el más mínimo litigio jurídico se advierte en los interesados –no pocas veces, sin pararse a pensar para nada en las consecuencias– la tendencia a medir el caso particular por un criterio de medida absoluto y superior. Ante un fallo basado en normas

limitadas, casi siempre existen dudas. Los escrúpulos no quedan acallados. Se mide el resultado por un factor "x" que constituye la instancia decisiva incondicional sobre el fallo condicionado. Pero si esta apelación a un fallo mejor y más alto es clara y decidida, el criterio acerca de *lo que* constituye, en rigor, el criterio superior de medida no es siempre claro.

Para algunos, aquel factor "x" es su "concepción del mundo". Aquí, no diremos nada contra esta *expresión,* pero sí contra *la tranquilidad que* se siente al pronunciarla. En realidad, hay que seguir indagando hasta ver qué es lo que se entiende, en puridad, por "concepción del mundo". Como no puede significar más que *un método absolutamente válido* para determinar y dirigir *de un modo unitario* todas las experiencias concretas concebibles, surge el problema de definir con más precisión ese *método de ordenación* al que ahora se da el nombre de "concepción del mundo", esclareciendo ante nosotros mismos su modalidad necesariamente condicionante.

Y aquí, los llamados a velar profesionalmente por *el Derecho* pueden brindar un magnífico ejemplo a cuantos les rodean. No es ésta la primera vez que se advierte que el estudio de la jurisprudencia es la mejor escuela para el estudio de la lógica y de la crítica del conocimiento en general. Pero la familiarización con la *idea del Derecho* es también un excelente medio para orientar el espíritu, en la misma dirección, hacia una concepción fundamental de la vida humana. Lo mismo como advertencia negativa que como consejo positivo.

Quien se esfuerce en sustraerse a las cuestiones concretas y limitadas y en encontrar un punto de apoyo firme e incondicionado, fácilmente se dejará arrastrar por un impulso *fáustico.* Investigará inútilmente en busca de un conocimiento que, teniendo como objeto una *materia limitada,* aspira a conseguir una *validez absoluta.* Esta contradicción lógica, irreductible, devorará los esfuerzos del investigador. Es la contradicción entre la *idea* y la *realidad,* la distinción entre la idea meramente ordenadora de la armonía absoluta de todas las experiencias concebibles y las percepciones materiales y las aspiraciones como materia sobre la que versa esa ordenación, la que se interpone aquí ante muchos y los opone fuertes dificultades.

La *teoría crítica del Derecho* puede ser el medio para resolver esas dificultades, pues constituye, evidentemente, el mejor ejemplo ilustrativo de aquella distinción. Demuestra la imposibilidad de un *Derecho ideal* que encierre a la par normas e instituciones de alcance *limitado* y una trascendencia *absoluta* para todos los tiempos y todos los pueblos (V, 1). Y, por otra parte, no se aferra a la materia condicionada de lo concreto y lo positivo, sino que pone de relieve cómo todas las aspiraciones sueltas encuentran su unidad en un *método formal* siempre uniforme cuyo pensamiento directivo coincidente se llama *Justicia.*

Los juristas –dice Ulpiano al comienzo del *"Corpus iuris"*– somos sacerdotes, "pues velamos por la Justicia y difundimos el conocimiento de lo bueno y de lo justo".

La *idea* absolutamente vigente no es, pues, ningún objeto de la experiencia material y sensible que ha de ir a

buscarse allí donde, como dice el dicho, "los objetos chocan ásperamente unos con otros dentro del espacio"; la *idea* debe considerarse más bien como una estrella polar hacia la que se levanta la vista para orientarse por ella, pero no para alcanzarla. Por eso la función críticamente fundamentada de juez no debe perder de vista *el Derecho de las condicionalidades históricas*. La tramitación e incluso la simple descripción de un litigio jurídico revela la necesidad de abandonar las "nubes", desde las que se atalaya *el todo,* para volver a hundirse en el polvo de las tareas cotidianas. "¡Mirad a las estrellas, pero sin perder de vista las calles!"

Cuanta mayor sea la nitidez con que se perciba el valor exclusivamente orientador de la *idea,* mayores serán la alegría y el buen humor con que se afrontará la elaboración original de la materia empíricamente condicionada de nuestra experiencia hasta sus más pequeños y mínimos detalles. Las únicas dudosas son las generalizaciones relativas de posibilidades limitadas, rayan no pocas veces en el peligro, debe servir nuevamente de modelo y de estímulo para seguir ahondando en la reflexión de la actuación *del juez,* cuando se halle metódicamente bien orientada.

En la actuación práctica, lo más importante es tener siempre presente, metódicamente, el enlace de la idea de unidad con los casos particulares. El lector recordará que la ley ordena frecuentemente al juez que elija la norma aplicable no por la vía técnica exclusivamente, sino en el sentido de la rectitud *fundamental*. Más arriba (V, 3 ss.), hemos estudiado especialmente el proceder metódico del

juez. Detengámonos a examinar aquí un poco más de cerca, en su aplicación, este aspecto de la función del juez.

2. El Derecho aplicable

El primer problema que se le plantea a la actividad práctica del juez es el del Derecho que debe servir de base al fallo. Es el orden jurídico del propio país, casi siempre, el que tiene que suministrar la norma para la decisión. Pero, a veces, él mismo se remite a un Derecho extranjero, y en asuntos internacionales, y en ocasiones también en asuntos eclesiásticos, puede plantearse la necesidad de atender al Derecho no nacional. Pero, dentro de los límites del Derecho del propio Estado, surge con fuerza renovada el problema de saber qué normas jurídicas serán las aplicables en el caso que se trate de ventilar.

Puede ocurrir que tras este punto de vista que se presenta inmediatamente pase a segundo plano o se borre por entero otro punto de vista de distinta modalidad, a saber: el del *camino metódico* por el que se puede *fundamentar* la rectitud *fundamental* de una determinada voluntad jurídica.

No hace falta pararse a demostrar que se trata de dos problemas totalmente distintos. La posibilidad de elegir con metódica seguridad la norma jurídica fundamentalmente justa constituye, evidentemente, la premisa *lógica* para que pueda realizarse, de hecho, esa opción; en cambio, las normas legales donde se dispone que se juzgue, no ateniéndose a los artículos técnicamente plasmados de la ley, sino con arreglo al Derecho justo que se elija

como tal sienta, no menos evidentemente, la premisa *práctica* para que el juzgador pueda optar.

Hasta aquí, sólo nos hemos ocupado del primero de los dos problemas a que aludimos; examinemos ahora el segundo, que encierra no pocas consecuencias interesantes para una justa descripción y valoración de las funciones judiciales. En el Derecho alemán vigente, nos encontramos con un punto de vista divergente según la clase de Derecho de que se trate.

En el Derecho penal, prevalece, en cuanto a la punibilidad, el criterio de que sea el articulado de la ley el que decida. Una acción sólo es punible cuando el hecho se halle castigado con una pena por la ley en el momento de realizarse. Es una consagración consciente del principio del Derecho técnicamente de Gabinete que contribuyó mucho, indudablemente, a la implantación de este principio. Situaciones como las que se describe en *"Emilia Galotti"* o en *"Cábala y Amor"* llevaron a la conclusión de que era preferible exponerse a resultados objetivamente poco justos que no al peligro de la arbitrariedad subjetiva en la punición. Así se explica que en estos últimos tiempos haya podido discutirse la posibilidad del robo de electricidad con arreglo al Derecho penal, mientras que el problema de la indemnización de daños y perjuicios según el artículo 826 del Código civil no ofrece la menor duda, en este caso como en los demás: quien, atentando dolosamente *contra las buenas costumbres,* infiere un daño a otro, está obligado a indemnizárselo.

El régimen del Código civil, en este punto, es un régi-

men de transacción. Muchas veces, incluso en los considerandos de las sentencias del Tribunal Supremo, cuando se emplea el giro del principio de la buena fe, que domina el Código civil, este giro sólo encierra un cincuenta por ciento de verdad. Dondequiera que se establezcan requisitos formales para un negocio jurídico, queda excluida su aplicación; hay, además, gran número de normas que establecen de modo imperativo los requisitos y los efectos de un acto jurídico, sin dejar el menor margen a la consideración de si su resultado es o no fundamentalmente justo. Ya más arriba (VI, 4) hemos tenido ocasión de ver que el legislador tiene que utilizar y valorizar con habilidad las dos posibilidades con que volvemos a encontrarnos aquí. La práctica judicial no puede perder de vista esto. En un litigio jurídico muy discutido, la parte que había hecho la oferta de contrato impidió fraudulentamente que se recibiese en tiempo oportuno la aceptación; lo justo, en este caso, sería reconocer, no la existencia de un contrato, sino un deber de indemnización por acto ilícito.

El Derecho administrativo va, en muchos respectos, más allá que el Derecho civil. Su modo de proceder recuerda a veces la situación en que se desarrolla la jurisprudencia clásica de los romanos. Aquí, los artículos técnicamente elaborados de la ley no desempeñan un papel tan importante como en el Derecho penal y el Derecho civil. Queda un margen mucho mayor para enjuiciar con arreglo al criterio de la rectitud *fundamental*. Un ejemplo notable lo tenemos en el artículo 226 del Código civil, en el llamado artículo del embrollo: "El ejercicio de un dere-

cho –dice el citado artículo– será ilícito cuando no pueda tener más finalidad que causar un daño a otro". Esta norma fue introducida en el Código, a última hora, por la Comisión del Reichstag. Es una norma bien intencionada, pero no responde a su finalidad última. Toda intención egoísta dirigida a obtener una ventaja fundamentalmente injusta para el propietario convierte en lícito ante el Código civil un ejercicio del derecho de propiedad que en principio sería reprobable. Así concebido, aquel artículo aparece precisamente como una norma positiva del Código civil, que, por tanto, no es aplicable sin más en el Derecho privado de los diversos países del Reich, ni mucho menos en el Derecho administrativo. Aquí, a falta de preceptos especiales del orden jurídico en un sentido general, regirá el principio que el Código civil suizo (art. 2, 2) formula, en términos generales, así: "No se protege jurídicamente el abuso manifiesto de un derecho".

El propietario de unos terrenos de huertas fundó una colonia obrera que acabó convirtiéndose en una plaga para toda la vecindad. Los obreros de la colonia pegaban fuego a cada paso a los campos vecinos. El hortelano pretendió levantar una nueva colonia en una finca grande enclavada cerca de allí, construyendo barracas de trabajo, con dormitorio y cocina para los guardias. Ante la protesta de los vecinos, el Tribunal administrativo decidió denegar la autorización para la colonia, entendiendo que el interés superior era el que asistía a los demandantes y que la colonia proyectada suponía realmente un peligro para las fincas vecinas. No es difícil reconocer en los fundamentos bien razonados que sirven de base a esta sentencia los pensa-

mientos metódicos fundamentales tantas veces subrayados aquí. En la práctica extensa de nuestros Tribunales administrativos brillan, por regla general, acertadamente, como en este caso, los principios del Derecho justo.

3. Disensiones en el Derecho

La campaña de los Siete contra Thebas había terminado con un fracaso. Los dos hijos del desgraciado Edipo habían perecido en fratricida lucha el uno contra el otro, uno defendiendo el solar patrio, otro atacando su propia patria, en delito de alta traición. El primero fue enterrado con solemnes honras fúnebres; el cadáver del segundo quedó insepulto, como botín de las alimañas, para que, según la fe de aquellos tiempos, su alma no encontrase el descanso ni la entrada en el mundo ultraterreno. Así lo dispuso, bajo pena de muerte, Creonte, tirano de Thebas, en uso del poder jurídico que lo competía. Pero el sentimiento piadoso de Antígona, la hermana de los muertos, no podía tolerarlo. Se dirigió subrepticiamente hasta donde estaba el cadáver de su hermano y, espolvoreándolo con tierra, lo rescató de la maldición que sobre él pesaba. Antígona fue descubierta y conducida ante el tirano. ¿No conocías las órdenes del Estado? –le preguntó éste–. ¿Por qué te rebelaste contra los dictados de la ley? Sí las conocía –contestó Antígona–, pero no las considero buenas ni justas. Esos dictados son palabras perecederas del hombre, contrarias a los mandatos de los dioses que llevamos grabados en nuestro corazón. "Y estos mandatos no son de hoy ni son de ayer; no, existen desde siempre y nadie sabe cuándo empezaron a regir".

Y así, se traba un diálogo maravilloso y se cruzan pensamientos a cuyo lado palidecen como faltos de interés esos dramas psicológicos *puramente* descriptivos. Frente a aquella afirmación y al criterio al que se unen también Hemón y Teirrejas, Creonte invoca la majestad del Derecho estatuido. No puede haber cosa peor para un Estado que la falta de poder y la fluctuante arbitrariedad; "en cambio, allí donde reina firmemente el orden y la obediencia aseguran la salvación de muchos hombres; por *eso es necesario defender lo que está ordenado".*

He aquí, planteado en términos de gran emoción, el conflicto entre el Derecho positivo y la idea de la justicia fundamental. Este conflicto jamás puede eludirse por completo en las cosas humanas. El legislador no puede renunciar, en muchos casos, a formular por sí mismo la norma aplicable, y en interés de la seguridad jurídica se ve obligado a hacerlo, con frecuencia, de un modo imperativo (VI, 4). Pero, por mucho que se esfuerce en acertar, sus actos llevan siempre el sello de la debilidad inherente a toda obra humana: son siempre, por fuerza, imperfectos. Y por todas partes se oyen quejas y protestas porque la aplicación de las normas técnicamente elaboradas no consigue dar en el blanco de lo justo.

¿Qué hacer, en estos casos?

Estas disensiones ni pueden evitarse incondicionalmente ni pueden remediarse de un modo absoluto. El Derecho es, en cuanto a su *concepto,* inviolable y no puede desdeñarse e infringirse en un caso concreto (II, 5). Pero, en cuanto a su *idea,* –una vez definido y deslin-

dado *conceptualmente*– no es más que un medio para el fin de una convivencia *justa* y no puede erigirse, como Derecho históricamente condicionado, en fin último de la voluntad humana. Otra cosa sería incurrir en la sentencia de Terencio: *"Summum ius, summa iniuria",* el Derecho positivo elevado a suprema ley es la suprema injusticia.

La posibilidad de un conflicto entre la *ley* y la *justicia,* entre el Derecho determinado *conceptualmente* y el Derecho *idealmente orientado,* es, pues, inevitable. Es éste un antagonismo al que Kant dio el nombre de "Conflicto entre las Facultades" y que aquí se presenta como el conflicto entre la Facultad de Filosofía, con su Derecho natural (V, 1), tal como Kant lo concebía, y la Facultad de Derecho, con su Derecho positivo. Claro está que Kant sólo enfocaba este problema desde el punto de vista del desarrollo general del Derecho y no desde el punto de vista de la misión *del juez.*

En este problema, hay que distinguir entre la posición de los individuos miembros de la comunidad jurídica, como tales, y la posición del juez.

Todo miembro de la comunidad deberá esforzarse en conseguir que el orden jurídico vigente se mejore y se llegue al Derecho justo. Pero si, en un caso concreto, no se logra esto, no le queda más camino, indudablemente, que someterse al Derecho positivo y, si se deja ganar por el grito de su conciencia rebelde, atenerse a las consecuencias de su rebeldía. Este punto de vista ha sido desarrollado frecuentemente en el transcurso de la Historia. Nos

limitaremos a recordar la hermosa obrita de Lutero obediencia a la autoridad.

La violación arbitraria del Derecho existente, subsistiendo éste en vigor, no puede considerarse nunca justificada. Un Derecho no justo, lo que hay que hacer es conseguir que se lo sustituya por otro justo. Esto puede lograrse, en primer lugar, por la vía de la creación *derivativa* de Derecho, ateniéndose, por tanto, a los preceptos que el propio Derecho vigente establece con vistas a su posible modificación; en caso de necesidad, puede acudirse también a la vía *originaria:* "Cuando el hombre oprimido no encuentra el Derecho en parte alguna y la carga se le hace insoportable, recurre con sereno espíritu al Cielo, donde sus derechos eternos penden, inalienables e indestructibles, como las mismas estrellas".

Cómo debe explicarse *científicamente* el proceso de la creación *originaria* de Derecho, ya lo hemos expuesto más arriba (III, 3).

Para el *juez,* no existe la posibilidad de modificar así el Derecho, por la vía *originaria.* El juez es independiente de los demás hombres (VII, 2), pero *se halla sometido siempre a la ley.* Aun en los casos en que el contenido de la ley *no sea justo.*

El juez sólo puede proceder a discurrir y elegir criterios *fundamentalmente justos* que le sirvan de normas de juicio, cuando el propio Derecho vigente se remita a ellos (VIII, 2). Puede ocurrir que no diga nada acerca de un caso cualquiera, que la ley técnicamente elaborada presente una laguna. Tal vez no exista tampoco un precepto

semejante, que permita inferir la intención de la ley para otros casos parecidos, por la vía de la llamada *analogía de leyes*. En estos casos, es indudable que *el juez* recobra su libertad de opción para elegir el *Derecho justo;* al hacerlo, maneja lo que los juristas llaman *analogía de Derecho,* lo que el Proyecto I del Código civil alemán (1888), en su artículo 1, denominaba el "espíritu del orden jurídico" y el Código civil suizo, artículo 1, expresa diciendo que, en estos casos, el juez debe decidir "como si fuese el legislador".

Pero, fuera de estos dos supuestos: autorización por parte de la ley o lagunas en el texto de ésta, *el juez no* tiene más camino que acatar y aplicar sin vacilación el Derecho vigente. Tiene que velar por la *justicia* en la primera acepción de esta palabra (IV, 1): mantenerse firmemente junto *al Derecho,* defender *el Derecho* contra la *arbitrariedad*.

No es bueno limar y pulir un resultado desagradable o francamente injusto del Derecho vigente hasta conseguir un resultado *intrínsecamente mejor,* pero en realidad *ilegal*. No; *el juez* debe tener el valor de aplicar también un Derecho *injusto, cuando la ley lo exija*. Pues peor que dar una solución desagradable a un caso aislado es destruir lo que Kant ha llamado la "fuente del Derecho": la confianza *en el Derecho en general y en su carácter inviolable,* mientras rija como tal *Derecho*.

4. La gracia

La *gracia no* es función del juez. Es de la competencia de otros órganos del Estado. A veces, es emanación del

Poder legislativo, como ocurre en los casos de amnistías numerosas; otras veces, la mayoría, constituye un acto administrativo de autoridades facultadas especialmente para ejercer esta función.

Pero la *gracia* viene precisamente *después* de un *fallo judicial*. Su finalidad es *rectificar* el contenido de éste. Esto hace que guarde una relación intrínseca con las funciones y la misión del *juez,* razón por la cual debemos examinarla brevemente aquí, para ver cuál es su carácter esencial y su verdadera finalidad.

Aquí, sólo nos interesa la *gracia* como *institución jurídica*. Dejamos a un lado toda referencia al pensamiento de la gracia divina, lo mismo que la sustracción de la gracia regia en ciertos períodos de la historia, sobre todo en la época de los francos. Asimismo, nos limitaremos a la gracia como función de los órganos de Derecho público; la renuncia a ciertos derechos privados por el titular de ellos constituye un problema aparte.

Como institución jurídica frente a las funciones del *juez,* la *gracia* arranca de los orígenes del *Estado de Derecho* (VII, 3). Poco tiempo antes de instaurarse éste, la institución de la *gracia* suscitaba, en bloque por principio, incluso hostilidad. Algunos escritores la consideraban incompatible con la seguridad y la independencia de los Tribunales. Su lema era más bien el del emperador Fernando II: *"¡Fiat iustitia et pereat mundus!"*.

Otros se oponían a esto, alegando que era un postulado de "prudencia política" no estirar demasiado la cuerda. La "política" exigía, según ellos, sustituir a veces la seve-

ra justicia por la "clemencia" o la "benevolencia". Era la imagen aventurada de la gracia como "válvula de seguridad" del Derecho. Pero esta imagen no resolvía el problema.

Para llegar a su solución, hay que dejar a un lado los abusos personales. *"Abusus non tollit usum"*. Lo que hay que examinar es si el concepto de la *gracia* responde o no a una razón *objetivamente legítima*. Nosotros entendemos que sí.

La razón de ser de la *gracia* en el Derecho estriba en los límites necesarios con que tropieza –como veíamos en el apartado anterior– la actuación del juez. La vinculación del juez al Derecho existente es el nervio vital de su función. La necesidad de evitar actos de *arbitrariedad* tal vez bien intencionados, la necesidad de atenerse al *Derecho* que rige como *Derecho* y que como tal debe permanecer, hace que a veces el contenido de un fallo judicial no pueda orientarse intrínsecamente por la idea del *querer puro* dentro de la convivencia de la sociedad de que se trate, precisamente porque el Derecho *vigente,* en sus normas obligatorias, no lo permite.

Aquí es donde la *gracia* tiene su radio de acción. Este correctivo del fallo judicial tiene la ventaja general de dejar en pie una ley imperativa cuya formulación técnica apunta bien al promedio de los casos litigiosos, mantenida y aplicada por Tribunales imparciales e independientes. La *gracia* se encarga de pronunciar el *Derecho justo* en un caso concreto que represente una excepción y no justifique la modificación de la ley.

De este modo, la *gracia* se articula armónicamente dentro de la concepción fundamental de un buen régimen jurídico. Huelga decir que no debe expresarse con las cínicas palabras de *"Tel est notre plaisir"*. La *gracia* es un medio para que, en una situación dada, prevalezca el *Derecho justo*.

Una inseguridad con arreglo al Derecho positivo puede también, en un caso dado, justificar la *gracia*. Puede ocurrir que los hechos enjuiciados no estén suficientemente esclarecidos. Ya no rige la norma antigua que sólo permitía condenar al acusado confeso de su delito, norma que hacía que se le torturase hasta arrancarle una confesión. Hoy, puede condenarse por indicios, y esto deja margen a dudas cuando el condenado no haya confesado los hechos que se le atribuyen. Finalmente, cabe también la posibilidad de que sea inseguro el sentido de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal y que esto deje margen para el ejercicio del derecho de gracia.

En cuanto al método que ha de seguirse para justificar la legitimidad fundamental de un determinado acto de gracia, tiene que ser, evidentemente, el mismo que el empleado por el juez, en los casos en que la ley lo autoriza a ello, para elegir el Derecho fundamentalmente justo que ha de aplicar. Pero aquí debe tenerse en cuenta que la gracia puede presentarse también *a posteriori*. En efecto, puede ocurrir que se crea oportuno ejercer el derecho de gracia para rectificar efectos jurídicos que, si bien estaban justificados en el momento en que se dictó el fallo judicial reconociéndolos, no lo están ahora en la misma medida, por haber cambiado la situación. La rectificación

de las transgresiones cometidas por un delincuente puede resultar superflua en vista de su conducta personal o del perdón razonado y formalizado por la persona lesionado, y, en delitos políticos, al cambiar la situación vigente en el Estado.

La *gracia* viene, pues, a complementar la actuación del *juez* y es también, en el fondo, un medio para la consecución del Derecho justo; pero en el modo de funcionar ambas posibilidades existe una diferencia esencial. El *juez* ejerce su cargo y su función como un *deber,* mientras que la *gracia* se ejerce como una facultad del llamado a otorgarla. Los mandatos del *Derecho* se cumplen por el *juez;* "la gracia no admite coacción". De otro modo, se convertiría en un *fallo judicial,* cosa que no es ni debe ser.

5. Justicia y amor

Hace unos cien años, vivió y actuó en la práctica jurídica Carlos Federico Göschel, una de las figuras más interesantes de juez de aquella época, un hombre reflexivo que se esforzó siempre en establecer su profesión de juez sobre el mejor fundamento que fuese capaz de encontrar. Sus escritos y sus libros han brotado directamente de la práctica jurídica y revelan una pugna constante por dar al estudio *jurídico* y a la actividad judicial la superior consagración de una concepción de la vida de validez universal y de profunda fundamentación.

Göschel había nacido en Langensalza en 1784; sus actividades se desarrollaron siempre en la práctica jurídica. Después de 25 años de actuación práctica, siendo magistrado de la Audiencia territorial de Naumburg, publicó

su obra principal*: "Hojas dispersas de los apuntes y cuadernos de un jurista"* (1832). El subtítulo de la obra era: *Cosas científicas e históricas sacadas de la teoría y la práctica o de la doctrina y la vida del Derecho*. Göschel fue nombrado luego Asesor del Ministerio de Justicia de Berlín, más tarde Consejero de Estado y Presidente del Consistorio de la provincia de Sajonia; en 1848, se retiró del servicio activo y murió en 1862. En 1835 y 1837 se publicaron dos nuevos volúmenes de su obra.

Los esfuerzos todos de Göschel giraban en torno a un punto central: la incorporación de la idea del *amor* a los problemas del *Derecho* y la *justicia*. Para él, no existe *Derecho* sin *amor*. Con un razonamiento un tanto teológico, invoca, en apoyo de su tesis, la analogía con la Trinidad. Así como en ésta Dios está *sobre* nosotros, *con* nosotros y *dentro* de nosotros, la senda del Derecho es: obediencia, libertad y amor. La humanidad, compuesta por una multitud de personas, aparece unida en un único ser: aquí es donde radica el concepto de la personalidad, que se da por igual en todos los individuos y los une en derechos y deberes. Por este camino de razonamiento llega nuestro escritor a la tesis de que "el Derecho se identifica con el amor".

Este pensamiento, formulado en toda su agudeza, podría conducir derechamente a la *sustitución* del concepto del *Derecho* por el del *amor*. El *Derecho,* entonces, no tendría razón de ser. Si los hombres se rigiesen siempre por el *amor,* sobraría toda ordenación *jurídica*. Ésta sólo tendría que intervenir, según la concepción a que nos referimos, como en el poema de Schiller titulado *"El*

paseo": "¡Oh, texto amable de la ley, del Dios conservador del género humano allí donde del férreo universo huyó el amor!".

Entre los autores modernos, hay que citar aquí, especialmente, a Tolstoi según el cual todo el problema social se reduce a que los hombres "se sirvan" los unos a los otros. Por este camino, llega Tolstoi a una variante del anarquismo y se convierte en enemigo por principio *del Derecho*. Pero tampoco estaba muy distante de este punto de vista el propio Lutero. Según él, si *el Derecho* era necesario para que los hombres buenos no fuesen maltratados por los malos, era simplemente porque los buenos cristianos "se hallaban distanciados entre sí". Estas concepciones y otras semejantes no pueden ser compartidas. Y no precisamente por consideraciones de orden *práctico,* que, indudablemente, sólo podrían llevarnos a resultados fragmentarios y fortuitos, sino por razones claras y como una consecuencia necesaria de premisas incontrovertibles.

El concepto de la *vida social* responde a una *necesidad*. Surge de la mera convivencia de varios individuos. En esta convivencia, no tienen más medio que establecer una relación entre sus aspiraciones, enlazadas mutuamente como medios y como fines. Ni el mismo Tolstoi puede prescindir de esto. La *vinculación* de los diversos contenidos de voluntad de los individuos que conviven es, por tanto, *lógicamente inexcusable*. Esto plantea el siguiente problema a la vida *social:* hacer que esta vinculación necesaria de las voluntades humanas sea, además, *objetivamente justa*. Y así, aparece como un concepto necesa-

rio, siempre por la vía del razonamiento consecuente, el *concepto del Derecho*. Por el mero hecho de invocar *el amor,* no se excluye, ni mucho menos, el anterior razonamiento.

Sin embargo, la tesis de Göschel, expuesta más arriba, quiere decir también, indudablemente, que aunque el *Derecho* existiese *conceptualmente* para cumplir su cometido dentro de la convivencia humana, *el amor* es "la verdad" del Derecho, es decir, su punto de mira. En este sentido, *no* se pretende *suplantar* el concepto *del Derecho* por la idea *del amor,* sino que se quiere que éste, *el amor,* sea una *descripción* de la idea *de la justicia,* una *explicación* de esta idea. Pero tampoco esta segunda manera de concebir las relaciones entre la *justicia* y el *amor* puede considerarse acertada.

El amor no es sino la entrega abnegada a los fines de otro. Tampoco esta entrega debe manifestarse de un modo *no justo*. No debe ser la emanación de un impulso egoísta, como Ibsen, partidario también, a veces, de la concepción anarquista, le reprochaba a uno de los personajes de su drama "Nora": "Jamás me has amado; lo que pasa es que te divertía estar enamorado de mí". Precisamente en la vida social es donde *el amor* puede tender más a manifestarse irracionalmente, como "amor de simios", sin tener en cuenta la advertencia de Scheffer: "Por eso el hombre debe aprender también a *amar*".

Llegamos, pues, a la conclusión de que el problema de esclarecer críticamente las condiciones necesarias de la *justicia social* es un problema que no se puede eludir. La

simple referencia al postulado del *amor* no nos dice cuáles son esas condiciones de conocimiento que informan la idea de la rectitud fundamental de un Derecho.

Cabe aún un tercer modo de concebir el amor también dentro de la vida social: el de concebirlo, no como *sustitutivo de la justicia* ni como *descripción* de ella, sino como *complemento* suyo, en su proyección activa.

El definir lo que es y significa el *Derecho* y la *justicia* representa la solución de un problema *científico*. Pero ninguna ciencia ofrece más que las *posibilidades* de lo justo. Lo que la ciencia no puede conseguir, como tal ciencia, es que estas posibilidades se conviertan en *realidad,* dentro de la vida del hombre. Para esto, es necesario *entregarse* a lo justo; en nuestro campo al *Derecho justo*. Pero esta entrega sólo puede asegurarla la orientación *religiosa*. La tendencia a la unidad, que aparece desdoblada, de una parte, en la ciencia de los fenómenos de la naturaleza, y de otra parte en la ciencia que versa sobre los contenidos de las aspiraciones humanas, busca y encuentra su *remate perfecto* en la doctrina y en la práctica de la *religión*.

Es aquí donde el pensamiento y el postulado del *amor,* como la entrega devota a una voluntad fundamentalmente justa, encuentra su inexcusable campo de acción. Al entroncarse necesariamente con el *Derecho,* enlaza la misión del *juez* con el todo de la vida espiritual. Partiendo del *concepto del Derecho,* como cimiento firme de la misión judicial, el razonamiento avanza y se remonta hasta la *idea de la justicia,* para demostrar la posibilidad

de que el contenido del Derecho conceptualmente determinado conduzca a un resultado *justo*. Un paso más, y situamos la hermosa meta a que *el juez* tiene que tender en su diaria tarea dentro de la perspectiva de actuación armónica que con tanto acierto pinta el verso de Rückert:

"Sólo allí donde se enlazan
la justicia y el amor
se expía la culpa humana
y se redime el pecador".

EL ABOGADO

*Manuel Ossorio y Florit**

SUMARIO

1. Etimología.- 2. Reseña histórica.- 3. Definición.- 4. Ciencia y ética.- 5. Función del abogado.

1. Etimología

La palabra abogado proviene de la voz latina *advocatus,* que a su vez está formada por la partícula *ad*, *a* o *para*, y por el participio *vocatus, llamado*; es decir, *lla-*

* **Manuel Ossorio y Florit nació en España, y emprendió el camino del exilio en 1939 hacia Argentina, cuando la Segunda República cayó derrotada en la Guerra Civil Española. Durante más de treinta años, puso su técnica al servicio de la investigación en la rama del Derecho del Trabajo, logrando ser una de las figuras más destacadas y que honran esta especialidad. Manuel Ossorio tomó a su cargo la culminación de la Enciclopedia Jurídica *Omeba*, y logró dar cima a ese empeño colosal, que aun los más optimistas consideraban imposible conseguir.**

mado a o *para*, porque, en efecto, estos profesionales son requeridos por los litigantes para que les asesoren o actúen por ellos en las contiendas judiciales.

2. Reseña histórica

Históricamente considerada, puede decirse que la función abogadil es más vieja que la profesión de abogado. No existía entre los hebreos, pero había defensores caritativos que asumían, sin ningún interés económico la defensa de quienes no podían ejercerla por sí mismos. En Caldea, Babilonia, Persia y Egipto, los sabios hablaban ante el pueblo congregado patrocinando sus causas. Es en Grecia donde empieza la abogacía a adquirir forma como profesión, pues si bien en una primera época los griegos se limitaban a hacerse acompañar ante el Areópago, o ante otros tribunales, por amigos que con sus conocidas dotes oratorias contribuyesen a hacer prevalecer sus derechos, sin percibir por ello ninguna retribución, aun cuando a veces estas actuaciones les sirviesen para obtener cargos públicos, luego, siguiendo, al parecer, el ejemplo de Antisoaes, empezaron a cobrar sus servicios. Pericles es señalado como el primer abogado profesional. En Roma sucedió algo similar, ya que al principio la defensa no estaba atribuida a profesionales, sino que era consecuencia de la institución del patronato, pues el patrono estaba obligado a defender en juicio a su cliente. Pero la importancia que fue adquiriendo el derecho y la complejidad de sus instituciones, hizo necesaria la formación de técnicos que fuesen a la vez grandes oradores y jurisconsultos. El Foro adquirió su máximo esplendor durante la República, hasta el punto de que los pontífices

eran elegidos de entre los profesionales de la abogacía, quienes llegaron a organizarse corporativamente en los *"collegium togatorum"*.

La abogacía en España durante la dominación romana, sigue la misma trayectoria que en Roma, desapareciendo con la invasión de los bárbaros. No obstante, el Fuero Juzgo contiene preceptos relativos a los voceros o personeros, sentando normas para la actuación de quienes defienden derechos de otros. También se establecen disposiciones concernientes a la defensa en juicio en el Fuero Viejo, el Espéculo y el Fuero Real. Pero es en las Partidas donde el ministerio de la defensa adquiere la consideración de oficio público minuciosamente regulado en el tít. 6o. de la partida III. En él se determinan las condiciones de capacidad que deben reunir los abogados, sus derechos y deberes y la tasa de sus honorarios, prohibiéndose los pactos de *cuota littis*. En la ley 8a, tít. 31 de la partida II, se determinan los honores de los maestros de las leyes, concediéndoles honra de condes después de veinte años. Los reyes católicos dedicaron su atención a los problemas de la administración de justicia y en las ordenanzas Reales de Castilla u ordenamiento de Montalvo se dedica el tít. 19 del libro II a fijar normas para el ejercicio de la abogacía. Tal reglamentación fue proseguida en las ordenanzas de Medina y en las ordenanzas de los Abogados del año 1495. A partir de mediados del siglo XVI los abogados se empiezan a reunir en Colegios, creándose el de Madrid, que no fue el primero, en 1595. La obligatoriedad de la colegiación subsiste hasta nuestros días. Carlos III, por un decreto del año

1765, dio a los abogados la consideración de nobles y caballeros. En la Novísima Recopilación se reunieron todas las normas existentes sobre esta materia y ellas rigieron hasta que en 1870 fue promulgada la ley provisional sobre organización del Poder Judicial, cuyo tít. XXI regula el ejercicio de las profesiones de abogado y procurador.

Bielsa, recogiendo el criterio de Ruiz Guiñazú y de Rivarola, expresa que "el abogado de la época colonial española conserva los atributos formales de su profesión, jerarquizada con cierto sentido de dignidad". Es entonces cuando se produce la pugna a que luego aludiremos entre el autoritarismo de los conquistadores y la función de defensa ejercida por los abogados, imponiéndose éstos, incluso porque su consejo fue imprescindible en cuestiones delicadas de administración pública. Así se llega hasta la época de la independencia, y a partir de ella, a través del siglo XIX, la importancia social de los abogados en la Argentina, como en otros países americanos, ha sido extraordinaria, pese a las vicisitudes, alternativas y luchas que durante el mismo hubo de sufrir; y ella era inevitable por la necesidad de dar estructura jurídica y política a nacionalidades que empezaban a vivir.

3. Definición

Para determinar el contenido de la voz que nos ocupa, se hace indispensable comenzar por una delimitación de lo que es la abogacía o, en otros términos, precisa saber cuál es la función que los abogados cumplen dentro de la organización social. Conforme a las definiciones consig-

nadas en el Diccionario de la Academia Española, abogar es "*defender en juicio, por escrito o de palabra*"; abogacía es "*profesión y ejercicio de abogar*"; y abogado es "*perito en el Derecho que se dedica a defender en juicio los derechos o intereses de los litigantes, y también a dar dictamen sobre las cuestiones que se le consulten*". En esta última definición están comprendidos tanto el requisito técnico subjetivo –poseer pericia en el Derecho– como la finalidad objetiva de ese requisito, que ha de ser precisamente aplicado a la defensa en juicio de los litigantes o a dictaminar sobre las consultas que se les formulen.

Bielsa no cree necesaria una definición del abogado, ya que el concepto común y propio de la abogacía es claro y expresivo. Pero recuerda que según el Digesto, libro III, tít. 1 y 2, "*el papel de un abogado es exponer ante el juez competente su deseo o la demanda de un amigo, o bien combatir la pretensión de otro*"; que para Merlin "*la profesión de un abogado es la del sabio versado en el conocimiento de las leyes*"; que Denisart entendió que "*abogado, en la acepción actual del vocablo, es un hombre que se entrega al estudio de las leyes, para, con sus luces, ayudar a las personas que recurren a él y defender sus derechos*"; y que para Caravantes "*por abogado se entiende el profesor de jurisprudencia que con título de licenciado en Derecho se dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los intereses o causas de los litigantes*", por lo cual en las leyes de Partidas también se les llama *voceros,* porque usaban en su oficio la voz.

Ossorio y Gallardo no establecen tampoco una definición, por entender, sin duda, que el concepto de la aboga-

cía está tan arraigado en el conocimiento universal, que no requiere explicación. De ahí que todo su esfuerzo se encamine a señalar la distinción entre quienes tienen un título habilitante para ejercer la abogacía y quienes verdaderamente la ejercen. Los primeros son, a su juicio, licenciados en Derecho y los segundos son los abogados propiamente dichos, a condición de que tal ejercicio sea permanente y no esporádico. "*La abogacía* –afirma– *no es una consagración académica sino una concreción profesional*".

Dalloz ofrece esta definición: "*el abogado, designado también en muchos textos legales con el nombre de defensor, es quien, después de haber obtenido el grado de licenciado en Derecho, se encarga de defender ante los tribunales, oralmente o por escrito, el honor, la vida y la fortuna de los ciudadanos*".

4. Ciencia y ética

Todos los autores se hallan conformes en la elevada misión de la abogacía y en las altas calidades culturales y, principalmente, morales que deben adornar a los abogados. "*Dad a un hombre todas las dotes del espíritu, dadle todas las del carácter, haced que todo lo haya visto, que todo lo haya aprendido y retenido, que haya trabajado durante treinta años de vida, que sea en conjunto un literato, un crítico, un moralista, que tenga la experiencia de un viejo y la inefable memoria de un niño, y tal vez con todo esto forméis un abogado completo*". Estas palabras que Ciuratti consigna en su *Arte Forense*, expresan siquiera sea hiperbólicamente, la calidad de las condicio-

nes requeridas a quienes dedican su vida "*al noble y áspero ejercicio de pedir justicia*", según la conocida frase de Ángel Ossorio. En definitiva, ese elevado concepto aplicable a los abogados, tiene vieja tradición porque ellos son jurisperitos y ya en el Derecho romano se definió la jurisprudencia nada menos que como el conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo injusto. Tal amplitud cultural y tan difícil ciencia, limitan a una minoría seleccionada las posibilidades del ejercicio auténtico de la abogacía.

Para Radbruch "*el dicho común de que el jurista lo sabe todo, entraña una parte de verdad en tanto que cuando puede contribuye más que el representante de cualquier otra disciplina, a la discusión del tema más lejano a él, porque nadie sabe manejar tan virtuosamente como él las formas a través de las cuales se desarrolla el pensamiento en todos los campos científicos*".

Parry asevera que "*de todas las carreras, es, sin duda, la abogacía la que mayor número de conocimientos necesita, la de cultura más amplia y recia, la que mayor y más constante estudio requiere, pues para ser un buen abogado no basta ser un buen legista*".

Raymond Poincaré, el ilustre abogado y político francés, en un memorable discurso pronunciado con motivo del centenario del restablecimiento de la Orden de Abogados, señaló a sus colegas de profesión como prototipo de los hombres libres:

> *En ninguna parte es más completa la libertad que en el Foro. La disciplina profesional es leve*

para los cuidadores de su dignidad y apenas añade nada a los deberes que una conciencia un poco delicada se traza a sí misma. Desde que se crea por su trabajo una situación regular, el abogado no depende más que de sí mismo. Es el hombre libre en toda la extensión de la palabra. Sólo pesan sobre él servidumbres voluntarias; ninguna autoridad exterior detiene su actividad individual; a nadie da cuenta de sus opiniones, de sus palabras ni de sus actos; no tiene, de tejas abajo otro señor que el Derecho. De ahí en el abogado un orgullo natural, a veces quisquilloso, y un desdén hacia todo lo que es oficial y jerarquizado".

Esta misma idea de la libertad del abogado se encuentra en la obra de Maurice Hamburger, donde se recoge la frase del *bâtonnier* Fourcade, en el sentido de que "*si la orden ha tenido una pasión, ésta ha sido la de la libertad dentro del respeto recíproco a las tendencias y a las convicciones más opuestas*"; añadiendo, por cuenta propia, que "*la variedad de los sentimientos y la libertad de las conciencias no son menos indispensables a la permanencia del Foro, a su carácter y a su gloria, que la diversidad de los talentos y de las formas de oratoria*".

La formación cultural, por más amplia que sea, no basta a la actuación del abogado. La pericia en Derecho puede constituir su herramienta de trabajo, pero al lado de ella, y, según muchos autores, por encima de ella, están la honradez, la rectitud de conciencia, las dotes de justicia, de comprensión y de sacrificio y también el valor

para afrontar la lucha y la serenidad para desdeñar los ataques de la envidia y de la calumnia.

"*La cualidad esencial del abogado* –afirma Bielsa– *es el sentido de la justicia y, desde luego, su amor al estudio; su inteligencia, su facultad de abstracción, y de generalización. Pero lo más necesario en esta profesión es inteligencia y carácter*". Y añade más adelante: "*El atributo esencial del abogado es su moral. Es el substratum de la profesión. La abogacía es un sacerdocio; la hombradía del abogado se mide por su talento y por su moral. La creencia generalizada de que los buenos abogados son los listos o pillos es infortunada y falsa*". Parry, a su vez, dedica dos capítulos a señalar cómo la honestidad profesional y privada es requisito indispensable al ejercicio de la abogacía. Y Ossorio estima que "*en el abogado la rectitud de la conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos*", pues "*primero es ser bueno; luego ser firme; después ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia en el último*".

Jiménez de Asúa, que rechaza toda oposición entre técnica y ética y exalta la formación dogmático-jurídica del abogado, sostiene asimismo que "*la conducta moral es la primera condición para ejercer la abogacía*" y que no obstante su afirmación de que "*el abogado* –dentro de las concepciones vigentes del derecho penal– *ha de ser jurista*", en el tiempo transcurrido desde que empezó a ejercer su carrera se ha convencido "*de que nuestra profesión es, ante todo, ética*" pues "*el abogado debe saber derecho, pero principalmente debe ser un hombre recto*". Recuerda a tal propósito que ya Catón dijo que el abogado era

"*hombre de bien que sabe hablar*", y que en el siglo XVIII el francés Camus definió al abogado como "*un hombre de bien, capaz de aconsejar y defender a sus conciudadanos*". Idea que completó con estas palabras: "*Agrego al talento de hablar el de aconsejar. Al mismo tiempo que el abogado habla y escribe como un orador, quiero que piense y razone como jurisconsulto; pero establezco mi definición sobre la misma base sobre la que Catón funda la suya: la calidad de hombre de bien es siempre lo primero*".

Igual criterio sienta Liscano cuando al señalar las eminentes cualidades que debe reunir un abogado, hace figurar "*la hombría de bien ante todo y por sobre todo*" y recuerda las palabras pronunciadas en 1901 por el *bâtonnier* de la Orden de Abogados de París, Danet, respecto a que "*para el abogado la vida profesional se resume en una sola palabra: honradez*". A su vez Iturraspe entiende que "*la función del abogado en la sociedad, por ser una de las más nobles, por estar colocada jerárquicamente por encima de las demás profesiones, por ser éste el custodio del orden jurídico del Estado, de la libertad y del derecho, requiere de parte de los llamados a ejercerla una conciencia definida de sus obligaciones y derechos y una perfecta formación ética*". Y González Sabathie opina que "*sin conciencia profesional clara y digna, el abogado es simplemente cómplice del fraude, instigador del dolo, encubridor del delito*", ya que "*sin respeto por las normas morales la versación jurídica es inútil y aún nociva*".

Ocioso es decir que frente a los exaltadores de las virtudes forenses, no han faltado los denigradores de los abogados, sin duda porque las nobles actividades, las de

raigambre más espiritual –como la abogacía y la medicina– son propicias a la incomprensión no ya de gentes adocenadas sino de algunos cerebros nada vulgares, entre ellos Quevedo, Racine, Rabelais, Shakespeare y Anatole France. Y es así como a través del tiempo se mantiene una idea gregaria que atribuye a los abogados inteligencia y viveza destacadas, pero encaminadas a enredar las cuestiones y a confundir a los juzgadores. No es fácil determinar si la tan repetida frase de los abogados "*hacen ver lo blanco negro*" se dice con sentido admirativo hacia unas facultades intelectuales que lo mismo pueden demostrar una cosa que su contraria, o con intención peyorativa hacia una función que, de tener tal finalidad, "*no habría otra que pudiera igualarla en vileza*". Es cierto, desgraciadamente, que entre quienes ejercen la abogacía no faltan los que la deshonran y vilipendian. Son los que el sentir popular moteja de aves negras, de picapleitos, de leguleyos; pero cae fuera de toda lógica querer representar la naturaleza de un alto ministerio social, no por lo que es en sí, sino por los hechos encaminados a desnaturalizarle. Hay médicos poco competentes, verdaderamente dañinos a la salud pública; mas deducir de ello que la misión de los profesionales de la medicina no es curar las enfermedades sino matar a los enfermos (matasanos es la desafortunada calificación con que irónicamente se les designa), es una consecuencia que no merece el esfuerzo de la contradicción.

Más lamentablemente es para la profesión, que inteligencia tan preclara como la de Ángel Ganivet, formada, además en las disciplinas jurídicas haya podido decir que

"*pediría limosna antes que ejercer la abogacía ni nada que se roce con ella*". La réplica a esta dura crítica podría encontrarse en el hecho de que tanto en España (país de Ganivet), como en la Argentina y en todas las naciones del mundo, hombres insignes han preferido ejercer la abogacía antes que morirse de hambre; y no sólo lo han hecho con orgullo sino que han dado días de gloria a sus respectivos países y han obtenido el respeto y la consideración universales.

Pese a todas las ironías y a todos los ataques, individuales o colectivos, expresivos de criterios personales o de sentido político, es lo cierto que misión tan noble como la defensa, no sólo no puede desaparecer en una sociedad civilizada sino que ha de mantener un prestigio ascendente. No es posible de otro modo porque, como muy acertadamente señala Amílcar A. Mercader, "*el abogado aparece en la historia traído por la idea de la igualdad que se necesita para restablecer el equilibrio en favor de las personas a quienes ciertos sucesos colocan en posición de desventaja*". La desaparición de la abogacía, o siquiera la actuación coaccionada a que pretenden someterla ciertos regímenes, representaría el golpe más rudo contra la dignidad humana, así como contra las libertades públicas y privadas, y las víctimas más directamente afectadas no serían las clases más poderosas sino las más humildes.

5. Función del abogado

Cuestión de gran trascendencia, ampliamente debatida, es la determinación de si los abogados son servidores del interés particular de sus clientes o del interés social;

es decir, si cumplen una función privada o un ministerio público. Las opiniones se pronuncian cada vez más en este segundo sentido, que Appleton entre otros, ha mantenido. Los abogados al patrocinar los derechos privativos de sus clientes, actúan como guardianes celosos y responsables de las normas procesales, contribuyendo también directamente a la formación de la jurisprudencia. Además, con su actuación en todas las jurisdicciones, principalmente en materia penal y contencioso-administrativa, defienden a la sociedad y evitan los excesos de todos los poderes estatales. En la jurisdicción laboral coadyuvan a mantener dentro de un terreno estrictamente legal las enconadas disensiones entre las partes contendientes y cuidan de la correcta aplicación de algunas leyes consideradas de orden público.

Iturraspe expresa su pensamiento en ese orden de ideas, con las siguientes palabras: "*La sociedad moderna necesita del abogado en su lucha incesante contra la opresión y la injusticia. Auxiliando a los órganos jurisdiccionales y trabando todo abuso de poder, cumple el jurista, en su sentido más puro, una alta función social, necesaria más que ninguna, a los fines de la existencia y perfeccionamiento de la sociedad*".

Pero si sobre ese aspecto del problema hiciese falta una mejor argumentación acerca del significado de la abogacía y de la verdadera misión del abogado dentro de una sociedad organizada, se podría extraer de dos conceptos, uno afirmativo y otro negativo, uno emotivamente laudatorio y otro terriblemente denigrante, que adquieren un mayor valor, representativo de corrientes de opinión, por

haber sido expuestos con poca diferencia de tiempo, localizados en un mismo país y referidos a un mismo problema. La revolución francesa, con una idea de la libertad que hoy muchos y muy conspicuos defensores de la misma consideran errónea, suprimió los gremios profesionales y de su desaparición no pudo sustraerse la prestigiosa Orden de Abogados cuyo carácter corporativo resultaba atentatorio a la corriente política entonces dominante. Y fue así suprimida en el año 1790 por decreto de la Asamblea Constituyente que impuso la libertad del ejercicio profesional. Sin embargo, un hombre de la propia revolución, Robespierre, vio el peligro del intrusismo y se opuso a la disolución de la Orden alegando que era en el Foro donde "*aún se encuentra el coraje de la verdad que quiere proclamar los derechos de los débiles oprimidos contra los crímenes del opresor poderoso*"; y que desaparecida aquella institución, ya no se vería "*en el santuario de la justicia a esos hombres sensibles, capaces de apasionarse por la causa de los desgraciados y, por consiguiente, dignos de defenderla; esos hombres independientes y elocuentes, apoyo de la inocencia y castigo del crimen*" a quienes "*asusta la debilidad, la mediocridad y la injusticia*", pues "*serán rechazados y habréis acogido gente de ley sin delicadezas, sin entusiasmo en su deber y sólo colocaréis en una noble carrera un vil interés*". Y añadía Robespierre: "*Vosotros desnaturalizáis, degradáis funciones preciosas para la humanidad, esenciales para el progreso del orden público. Cerráis esa escuela de virtudes cívicas, donde el talento y el mérito aprenden, defendiendo la causa de los ciudadanos ante el*

juez, a defender un día la de los pueblos ante los legisladores". No cabe visión más certera de la función del abogado, servidor, inclusive a través del particular derecho de sus clientes, de los altos intereses sociales y defensor de las libertades públicas, de las individuales, frente a los abusos del Poder y frente a los excesos de la tiranía, cualquiera que sea su origen. Por eso se explica la actitud de Napoleón Bonaparte –y es éste el hecho de sentido negativo antes mencionado– cuando al rechazar la firma del decreto de restablecimiento de la Orden dijo con intención agraviante, pero que resultó, aun a su pesar, laudatoria, que tal decreto era inadmisible porque no dejaba ningún asidero contra los abogados, asegurando que mientras tuviese la espada a su lado jamás lo firmaría. "*Yo quiero que pueda cortarse la lengua a todo abogado que se vuelva contra el gobierno*", lo que el lenguaje vulgar equivale a la expresión del deseo de que nadie pueda elevar su protesta contra la acción, aun abusiva, de los Poderes públicos.

Siempre la resistencia de la actuación de la abogacía tuvo iguales fundamentos, si bien se quisiesen disfrazar con razones tendientes a denigrarla. Buen ejemplo de ello se puede encontrar en el empeño que los conquistadores españoles pusieron para impedir la entrada de letrados en los territorios del Continente que acababa de ser descubierto. Claro está que el pretexto en todas las ocasiones era, sobre poco más o menos, el alegado en 1613 por el regidor de Buenos Aires, Miguel del Corro, en el sentido de que con la presencia de abogados "*no faltan pleitos, trampas y marañas y otras disenciones de que han resul-*

tado a los pobres vecinos y moradores desinquietudes, gastos y pérdidas de hacienda". Pero la verdadera raíz de la oposición era muy otra y la explica Ruiz Guiñazú diciendo que según se desprende de múltiples documentos, cartas al rey, representaciones de cabildos y tribunales, memoriales sobre comercio y disputas de posesión y privilegios, la acción legal de los abogados fue el mayor obstáculo para la libertad de procederes de los conquistadores, ya que eran "*censores contra la avidez insaciable de riquezas*" y en tal condición "*ocupan sitio de resistencia en la serie inacabable de atropellos y demasías*". Esta opinión es compartida por Bielsa, quien, sin desconocer las causas del descrédito de la abogacía en los siglos XV y XVI, se expresa en estos términos: "*Mas también es cierto que los conquistadores y funcionarios que ejercían su autoridad, en tanto les fuera posible, despóticamente, veían en el abogado el defensor del oprimido, del agraviado o del despojado. El conquistador no se aviene con el abogado; él manda y quiere mandar sin las vallas ni reparos que el derecho invocado por el abogado le opone. Los actos de rapacidad y las exacciones son motivo de cuestiones y pleitos que el abogado promueve en defensa de su cliente*". El mismo Hernán Cortés mantuvo esa pugna contra los letrados, lo que no fue obstáculo para que en momentos difíciles tuviese que acudir en busca de su consejo, lo mismo que siglos después Napoleón no pudo impedir, pese a su enconada prevención y a sus palabras jactanciosas, el restablecimiento de la Orden de Abogados.

Ese sentido de defensa de las libertades, como razón de ser de la abogacía, es recogido por Parry al señalar como

obligación de los abogados defender las instituciones democráticas "*en procuración de la paz del mundo, de la libertad de las naciones, de la dignidad de los hombres y de los pueblos, de la subsistencia de esa bienhechora abstracción que se llama el derecho, laboriosa gestación de los siglos, fruto del dolor y la sangre, resumen y cifra de todo el camino recorrido, por la humanidad desde sus albores hasta ahora*". Y coincide con Vaz Ferreira en proclamar que las profesiones liberales tienen entre nosotros una profunda significación democrática que debe mantenerse para bien de las instituciones y de la libertad de los pueblos.

Por su parte, Bielsa sostiene que "*el oficio de la defensa añade a la condición y a los atributos del abogado, una cualidad que define el sentido de su profesión como defensor de la libertad y del derecho, aun a costa de su propia tranquilidad, pues que le obliga a la lucha, no sólo contra el adversario sino también contra la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad cuando ésta se ha afirmado por esos medios*".

MEDIOS JURÍDICOS PARA LA INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL DERECHO

*Juan Vallet de Goytisolo**

SUMARIO

Introducción.– I. Idea general de las posiciones metódicas.– II. Intento de clasificación de los métodos jurídicos.– 1. Métodos legalistas que se desenvuelven partiendo de la equiparación de norma legislada y Derecho: a) El método exegético; b) El método conceptualista o de inversión; c) La jurisprudencia de

* **Nació en Barcelona el 21 de febrero de 1917. Obtuvo el título de licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona, y el de doctorado en la misma especialidad por la Universidad de Madrid. Fue Presidente de la *Unión Internacional del Notariado Latino*, Secretario General de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y Canciller del Instituto de España. Entre los títulos más sobresalientes de su vasta obra escrita se encuentran: *Panorama de Derecho Civil*, *El Derecho Natural Hispánico* y *Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico*.**

intereses.– 2. Métodos desarrollados en torno a la equiparación del Derecho con su realización fáctica.– 3. Métodos que parten de situar el derecho en la convicción popular o en el espíritu del pueblo.– 4. Métodos que arrancan de la existencia objetiva de un Derecho natural o de unos principios supralegales de justicia que deben ser aplicados.

Introducción

En la práctica, observamos frecuentemente que nuestro interlocutor razona jurídicamente en una forma completamente distinta de la forma como razonamos nosotros. Llega un momento en que pensamos que estamos hablando en idiomas distintos y ocurre que jurídicamente razonamos por métodos diversos.

Tal vez, al estudiar la carrera de Derecho, no se percata uno de modo suficiente, del gran valor práctico que tienen estos problemas de interpretación e integración del Derecho. Es decir, para aprender qué proceso mental debemos seguir a fin de hallar, en cada caso, el Derecho que debe aplicarse. Por eso me ha parecido esencial, en este panorama rápido del Derecho Civil, dedicar un tema –que no es sólo de Derecho Civil sino de Derecho en general, lo mismo que el anterior– a los métodos de interpretar e integrar el Derecho.

I. Idea general de las posiciones metódicas

En materia metódica, no sólo jurídica sino en general, tenemos planteado un dilema irreductible. La cuestión

en materia filosófica fue revivida en los pasados años con el renacimiento de la metodología realista que ha contado entre sus más brillantes defensores con el que fue profesor de la Universidad de Toronto, Etienne Gilson.

Hay fundamentalmente dos clases de métodos, los idealistas y los realistas. Aunque tenemos en Grecia antecedentes de todo, o casi absolutamente de todo, se señala en los tiempos modernos el origen de los métodos idealistas en una noche de invierno del año 1619 en la que Descartes, junto a su estufa, ideó un método general aplicable a todas las ciencias. Descartes quiso extender el método matemático a la filosofía, pensando que podía aplicarse absolutamente a todos los objetos del saber humano.

El método matemático se basa fundamentalmente en la idea de cantidad y actúa a través de determinadas figuras ideales que en la realidad prácticamente no se observan, como los de punto, línea, círculo, triángulo, etc. Esos conceptos han servido de base a una serie de deducciones que han facilitado a su vez una serie muy fructífera de hallazgos, significando un avance realmente notable de las matemáticas. Descartes pensó que podía aplicarse este mismo método a la filosofía y a las demás ciencias. Para ello habría que razonar partiendo de la idea, del concepto, no de las cosas, según la regla *ab nosse ad esse valet consequentia.*

Frente a este método, pervivía el que seguían los escolásticos, desde que Santo Tomás hizo aplicación del método aristotélico basado en la realidad de las cosas.

Aristóteles partía de la regla *ab esse ad nosse valet consequentia,* es decir, de la cosa a la idea. Lo contrario de lo que en los albores de la Edad Moderna proclamó el método cartesiano.

Es de notar, que en las Ciencias del espíritu los métodos idealistas suelen desembocar en un positivismo materialista porque llevan al relativismo, y como consecuencia a dudar de todo. Es una observación previa que creo conveniente hacer, que los métodos realistas muchas veces comportan posiciones espiritualistas en los fines, mientras que los métodos idealistas llevan frecuentemente añejas doctrinas positivistas y materialistas. Es una paradoja que la experiencia histórica nos ha demostrado que es una realidad evidente.

La razón es obvia. Los métodos idealistas parten de la idea, de conceptos y a través de estas ideas y conceptos, más o menos simples, van desarrollando sus consecuencias. Naturalmente, si en un raciocinio partimos de un determinado concepto llegaremos a una serie de consecuencias, totalmente distintas –si somos perfectamente lógicos a las que llegaríamos igualmente con una lógica perfecta–, si partiéramos de otro concepto, por poco que varíe del anterior. Así, evidentemente se concluye con una sensación de relativismo, como ha ocurrido en la crisis sufrida por la filosofía en estos últimos tiempos, que ha llevado a pensar que la verdad es una cosa inasequible o que ni existe permanentemente.

Ante el escepticismo a que llega la filosofía, como ante el escepticismo a que puede llegar el Derecho, aquélla en

el conocimiento de la verdad y éste en la formulación de la justicia, se impone el positivismo. Hace falta un orden en la vida social, y puesto que se niega que preexista en la ley Divina o en la natural, bien porque se estime que no existe o bien porque de existir se desespera de que las podamos captar y se cree que todo es relativo, y que lo mismo es opinable que doctrina, o una norma que otra, ese orden ha de imponerlo, como ley, el Estado, bien por el voto de la mayoría, por el interés del grupo dominante, o bien por la conveniencia política de quien mande. Así como el fascista neohegeliano Gentile afirmó que el Estado es el que ha de dar una filosofía a la sociedad; en materia de Derecho se viene sosteniendo lo mismo por muchísimos juristas desde la época de la revolución francesa, que entienden que el Derecho lo crea el Estado, que no hay más Derecho que el positivo, ni más justicia que la aplicación exacta y matemática de ese derecho positivo.

"El positivismo, con arreglo a la teoría del conocimiento, es un escepticismo metafísico, sólo reconoce la existencia de lo dado, en este caso, determinado derecho positivo. Nada hay más allá". Son frases de los alemanes Hessen y Sayer.

II. Intento de clasificación de los métodos jurídicos

Para estudiar los métodos jurídicos, se nos presenta la dificultad de que se nos entrecruzan planos distintos, lo que nos dificulta la labor ordenadora de la exposición.

De una parte tenemos la distinción metódica dada por la teoría filosófica del conocimiento. Notemos que si en el

tema anterior el trasfondo filosófico nos lo daba la controversia de los universales, en éste lo constituye el problema metódico de la teoría del conocimiento, en aquélla se contraponen el nominalismo y el realismo; en ésta, como posiciones contrarias, hay un idealismo y un realismo metódicos, y ambos dualismos se entrecruzan entre sí al confluir en el problema del método la cuestión de si cabe utilizar o no los universales.

Relacionada con estas dos posiciones metódicas, tenemos otra distinción fundamental ofrecida al contrastar el sistema romano clásico y el Derecho inglés con la posición del conceptualismo dogmático, entre jurisprudencia dogmático-sistemática y jurisprudencia empírico-casuística (según la terminología de Coing). La primera postura se integra en el idealismo metódico; mientras la segunda, sin duda realista, puede corresponder a un realismo-realista o bien contrariamente a un realismo metódico nominalista.

De otra parte, la cuestión que acabamos de estudiar de las fuentes del Derecho se entrecruza a la de los métodos de interpretación e integración. Tanto el positivismo legalista, como las tendencias jurisprudenciales o las posiciones que admiten principios supralegales de justicia, han sido desarrollados respectivamente con diversidad de métodos, incluso contradictorios.

Hemos visto que se ha pretendido concretar el Derecho –según las principales posiciones que esquemáticamente hemos trazado– ya sea en la norma, bien en su aplicación viva –especialmente por los Tribunales–, bien en la con-

ciencia jurídica o, por último, objetivamente en la justicia, estimando que ésta es dimanante, sea de unos principios extralegales, sea de unos valores objetivos o bien del orden natural ínsito en la naturaleza de las cosas. De estas posturas, unas no admiten más que un solo método adecuado, otras por el contrario pueden ser desarrolladas diversamente por distintos métodos, incluso contrapuestos, y algunas requieren dualismos metódicos, es decir, la combinación convergente de métodos distintos en uno solo pero dual.

Con el fin puramente de ordenar ideas, clasificaremos los métodos jurídicos con un criterio mixto, atendiendo en primer término al lugar donde respectivamente sitúan –según hemos observado en el párrafo anterior– el concepto del Derecho (dato que para muchos es apriorístico, aunque para otros dimana del mismo método). Así tenemos:

1. Métodos legalistas que se desenvuelven partiendo de la equiparación de norma legislada y Derecho

a) El método exegético

La exégesis tiene antecedentes en la glosa, que fueron superados por los comentaristas, y aún más lejanos precedentes en determinadas escuelas romanas y griegas, que no llegaron a prevalecer. Pero en el período en que ese método priva y llega a tener un predominio universal es a partir del Código de Napoleón. Es hijo naturalmente, por una parte, de las ideas cartesianas y, por otra, del voluntarismo, a través de la extraordinaria influencia de Rousseau. Si el

Derecho ha de definirse por la razón, a través de ideas, y si la voluntad general, por el contrato social, es la voluntad del Estado, ésta es la que ha de determinar lo justo, dictando un derecho racional a través de su órgano legislativo, del Parlamento o las Cámaras representativas, formulado en normas generales y abstractas. Y este Derecho, que será por ende perfecto y completo: es la Ley, que el juez no tiene más que aplicar, porque –según frase de Dantón– "*el juez es el siervo de la ley*".

El método exegético tiene como postulado fundamental el llamado principio de la plenitud del ordenamiento jurídico positivo. Éste lo prevé todo. La norma abarca todos los casos que teóricamente puedan ser comprendidos en su letra abstracta. Laurent afirmó, por eso, que el Derecho ya estaba hecho. El Derecho –dijo– es la ley escrita. El jurista es un puro geómetra. La educación jurídica es una educación puramente dialéctica. A través de este postulado de la plenitud del ordenamiento jurídico positivo y de la plenitud de la norma, sólo ha de razonar con lógica formal, con mera dialéctica.

La exégesis parte pues, de la letra de la ley, para establecer una serie de raciocinios o silogismos basados en los tres principios fundamentales de la lógica formal: el de identidad, el de contradicción y el *tertium non datur*.

Creemos, que es falso su postulado básico y que es errónea también su aplicación de la lógica formal. No sólo por la falsedad del principio de que parte, en este caso el de plenitud de la norma, sino también porque la lógica formal no puede resultar suficiente para resolver los pro-

blemas jurídicos, del mismo modo como en la Edad Media (con el fracaso del intento de Abelardo) ya se demostró que era insuficiente para resolver los problemas filosóficos. Porque la lógica ha de partir siempre de determinados datos que le están previamente dados, que son metalógicos, porque ella nada puede describir. Es decir, la lógica se cierra en sí misma, no puede dar más de lo que previamente se le ha dado. Puede ordenar y comprobar, pero no es creadora.

Empecemos nuestra crítica del método exegético por la falsedad de su postulado: es falso, sencillamente por una razón que ya dio Aristóteles, al señalar que la ley, por muy detallista que sea, ni el legislador, por mucho que prevea, no pueden tener en cuenta toda la mutabilidad de la vida, toda la enorme variedad de sus casos. Siempre habrá una serie de supuestos que, aun cuando parezcan comprendidos en la letra de la ley, no están en su espíritu, porque el legislador ni los previó ni los pudo prever. Y de haberles podido prever seguramente los hubiese previsto en forma distinta como en realidad suceden. Por lo tanto, razonar sobre la base de que el texto de la ley lo abarca todo y de que la ley está hecha absolutamente para todos los casos, es ya una inexactitud; y toda la lógica que se construya sobre este dato equivocado ha de dar resultados falsos.

Clásicamente los juristas se habían expresado contra la interpretación literal. Celso había dicho: "*Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*". Las Partidas lo habían traducido galanamente al castellano, diciendo que "*el saber de las leyes no está solamen-*

te en aprender a decorar las letras dellas mas en el verdadero entendimiento dellas". A lo que Gregorio López glosó: *"Sciencia consistit in medulla rationis, non in cortice scripturarum"*. Es decir, el conocimiento se halla en la médula de la razón no en la corteza de lo escrito. Cicerón había dicho que las palabras se inventaron para dar a conocer nuestra voluntad, no para que le sirvan de obstáculo. Y Santo Tomás de Aquino dijo: "*Apegarse al texto de las leyes en lo que no conviene es vicioso*"; y que "*obra contra la ley el que aferrado a sus palabras va contra la voluntad del legislador*".

A fines del siglo XVI, Juan Gutiérrez comparó: "*Así como el cuerpo humano es regulado por el alma, la ley es regulada por la razón*". Fray Domingo de Soto, había aconsejado que: "*Es más prudente atenerse a la causa que movió a los legisladores que a las palabras de la ley*". El Padre Francisco Suárez, afirmó que cuando las palabras de la ley no son adecuadas a la razón, a ésta se han de restringir y no se ha de entender según toda la generalidad de las palabras. Y, Vázquez de Menchaca: "*Se defrauda la ley cuando seguimos sus palabras o escritos apartándonos de su espíritu*".

Mucho antes, ya San Pablo había sentenciado que la letra mata y el espíritu vivifica.

Por otra parte, la lógica formal, llamada también lógica matemática, es sólo una pequeñísima parte de la lógica entera, que abarca –como ha recordado Recaséns Siches– todo el *logos* de lo humano y de lo razonable y que comprende la lógica de la razón vital, de la razón histórica, la

lógica estimativa, la lógica de la finalidad, la lógica de la acción, la lógica experimental. La lógica pura no contiene puntos de vista axiológicos, es decir finalistas, ni armazones adecuados para la conexión entre fines, medios, ni cuadros en los que se dé la experiencia vital o histórica.

Por eso, había dicho ya Santo Tomás, qué bueno es seguir lo que exige la razón de justicia y la utilidad común, dejando a un lado el tenor literal de la ley. Cicerón definió la ley como la razón de lo justo.

Biondi, nos recordaba que, cuando se pretende resolver un problema jurídico no se trata de formular un silogismo a fin de llegar en forma mecánica a un resultado lógico, sino de alcanzar un resultado que parezca justo; pues lo absurdo jurídico no es lo absurdo lógico sino lo injusto. Recientemente el alemán Coing ha dicho que no son las leyes de la lógica lo que da unidad al Derecho sino las leyes de las relaciones morales de valor y la síntesis histórica que en cada caso se presenten.

Este método exegético ha pasado totalmente de moda para la doctrina jurídica; pero desgraciadamente el cúmulo de leyes especiales, elaboradas fuera de toda técnica de Derecho, hoy lo ha vuelto a poner en práctica entre muchos funcionarios, incluso pertenecientes –para mayor escarnio– a profesiones jurídicas. En Derecho administrativo y Derecho fiscal hay que vigilar especialmente contra esa regresión.

b) El método conceptualista o de inversión

El dogmatismo conceptualista es el método que ha preponderado en el Derecho privado desde hace más de un

siglo hasta fechas muy recientes. Es la más pura aplicación al Derecho del idealismo metódico. Si en geometría las bases de todo el razonamiento matemático son conceptos y figuras ideales como los de punto, triángulo, círculo, etc., en Derecho las bases del razonamiento deben ser los conceptos de derecho subjetivo, persona jurídica, etc., y una serie de conceptos derivados, como los de derecho real, derecho de crédito, etc., en un sistema lógico cerrado de conceptos, mediante los cuales se ha de razonar para obtener soluciones lógicamente adecuadas a dichos conceptos. Ha sido un método que ha gustado a los juristas estudiosos, tal vez por el empaque científico que lleva en sí la formación de los conceptos y el discutir sobre la naturaleza jurídica, y porque sin duda resultaba mucho más elevado que la pura exégesis literal que era el método predominante al surgir el conceptualismo.

Pero hay que hacer una primera objeción a la aplicación de un método, ideado para las matemáticas, a materias mucho más complejas, como son la Filosofía o el Derecho. Su principal defecto consiste en que sustituye la complejidad de la realidad concreta de las cosas, por un cierto número limitado de ideas concebidas en sí mismas como verdadera realidad. Es mucho más difícil abstraer en ideas definidas todo cuanto constituye vida jurídica, vida social o materia filosófica, porque comprenden diversidades de esencia, mientras en las matemáticas no hay más que problemas de cantidad y número. En Derecho, junto a los problemas de cantidad, los más básicos son de calidad que un método matemático no puede captar ni, menos aún, valorar. Hay tal gama de variaciones, según

las circunstancias, que es imposible su subsunción en un concepto preelaborado, pues no cabe abstraer, recogiendo todo lo que hay en ellas sin perder alguna parte sustancial necesaria para que el juicio pueda ser exacto.

Por eso Ihering ironizó:

> Los conceptos no soportan el contacto con lo real. Donde ellos viven y deben dominar, ese mundo con todo lo que le pertenece debe quedar aparte. Es el mundo de los conceptos. No existe en él más que el imperio de los pensamientos y concepciones abstractas que independientemente del mundo real se han formado por el camino lógico de la *generatio equivoca*. Y repudian todo contacto con el mundo terrenal.

Pero precisamente el Derecho se ha hecho para resolver problemas de la vida real; problemas cotidianos, que se nos presentan en contacto con esa realidad que el conceptualismo repudia, porque teme que la pureza de sus conceptos se deforme.

Es muy interesante la comparación que hace Roscoe Pound de los conceptos con un herbario. Dice este autor que para formar un herbario, el botánico ha escogido las plantas, ha cortado pedazos de ellas, los ha prensado, los ha secado, los ha colocado en él y debajo les ha puesto un nombre. Si uno mira luego esas colecciones verá estos pedazos de plantas resecos y el nombre respectivo puesto debajo. En esos nombres posiblemente se podrá leer la denominación de toda la flora de una región, pero una mirada bastará para comprender que esta flora ha sido

completamente despedazada. Las plantas disecadas no son ya las mismas plantas y, fundamentalmente, no están vivas.

Por eso sólo debe darse a los conceptos un valor de gramática jurídica y de ordenación. Los necesitamos para entendernos, como en el leguaje ordinario hace falta dar un determinado valor a las palabras. Y necesitamos también las clasificaciones. Como en toda biblioteca es necesario tener estantes donde colocar los libros en un orden determinado; pero sin empeñarnos en que tal libro, porque está colocado en aquel estante, trate solamente de la misma materia de los demás libros colocados en el mismo estante. Es decir: las clasificaciones han de servirnos para ordenar las ideas; y los conceptos, como gramática jurídica, para entendernos.

Ahora bien, lo que no podemos es utilizar el valor de estas palabras o el valor de estas clasificaciones para sacar deducciones de ellas e imponerlas a la vida real. Esa imposición del concepto a la vida real, que hacen los métodos idealistas, ha de rechazarse en una disciplina, como el Derecho, hecha para la vida real y al servicio de la finalidad práctica de hacer justicia.

Además, la dogmática conceptual usa el llamado método de inversión, método que parte de la calificación dada a la situación jurídica para deducir de aquélla las consecuencias a ésta pertinentes. Así, en el ejemplo del herbario, se actúa determinando si tal planta corresponde a esa o aquella especie disecada, para deducir, que por lo tanto sus raíces han de coincidir con aquéllas que, según

la Botánica, son las correspondientes a la especie de la disecada. En lo jurídico se razona de modo parecido: primero se clasifica "este derecho es un derecho real", luego se razona "si es un derecho real debe ser, por lo tanto, oponible a terceros".

Ello contiene, naturalmente, un error lógico, porque o bien se deduce lo que ya está inducido (*v. gr*. si al examinar aquella relación jurídica en todos sus aspectos, plenamente comprobamos por ley, por costumbre, por la naturaleza de las cosas, tiene fuerza respecto a terceros), y entonces no vale la pena que nos elevemos a formular un concepto (en nuestro ejemplo, de derecho real) para deducir lo que ya sabemos (que aquella relación es eficaz respecto a terceros). O, de lo contrario, si en una relación jurídica hemos visto las características A, B, C y D, pero no la característica E, y luego nos elevamos al concepto para deducir que también tiene esa otra característica E, que no hemos tenido en cuenta para clasificar la relación en el concepto que incluye esa característica, entonces sacamos una deducción que no se puede apoyar en la base que hemos tomado (pues, falta ese dato, precisamente, para poder subsumir la relación en el concepto general); es decir, cometemos uno de los errores lógicos más elementales en contra de las reglas del silogismo.

La regla tercera dice así: "El término medio tiene que ser universal por lo menos en una de las premisas y no puede ser ambiguo". El término medio se halla en ambas premisas, como sujeto de la mayor y como predicado de la menor, y permite el enlace lógico entre ellas. Si no hay

término medio no puede haber silogismo; y si el término medio no es universal en la premisa mayor, la conclusión no es lógica porque resultará posible que la menor no se halle comprendida en la mayor.

"Ningún término puede tener más extensión en la conclusión que en las premisas", dice la cuarta regla de los silogismos. Y, naturalmente, cometemos esa falta cuando es recogido –*v. gr.*– un concepto ideal de derecho real que abarca todas sus características teóricas –afirmando en la premisa mayor que todo derecho real es absoluto–, y, en cambio, en la premisa menor, ese término medio no lo empleamos con igual extensión al afirmar, *v. gr.* que la prenda sin desplazamiento es derecho real, sin saber al afirmarlo si tiene dicha característica de la absolutividad. Porque si ya lo sabíamos no era necesario el silogismo y si lo ignorábamos, será ilógica esa conclusión de que es absoluta la prenda sin desplazar; pues al concepto de derecho real le damos más extensión en la premisa mayor y en la conclusión que en la premisa menor, que califica la prenda sin desplazamiento de derecho real ignorando aún –puesto que tratamos de saberlo a través del propio silogismo– si reúne esa característica de la absolutividad incluida en el concepto de derecho real en la premisa mayor y mantenido en la conclusión.

Por otra parte, al partir de conceptos y no de la realidad para razonar jurídicamente, olvidamos algo que con mucha certeza ha observado el filósofo neotomista Noel: "*De un gancho pintado en una pared no se puede colgar más que una cadena igualmente pintada en la pared*".

En esta frase hemos pensado muchas veces a la vista de determinadas concepciones jurídicas, como, *v. gr.* la construcción de los derechos sobre derechos. Acosados por la crítica puramente dogmática, algunos autores han pretendido escapar diciendo: que los derechos sobre derechos se explican porque el derecho es una relación puramente inmaterial, y, por lo tanto, sus elementos son también puramente inmateriales. Esto es, como si dijésemos una relación jurídica pintada en una pizarra. "Cómo, entonces, podremos tomarla como la base para sacar consecuencias reales". Si nos contentamos con dejar este concepto, en lo puramente teórico, de nada nos servirá, aunque por él podamos llegar a absurdos meramente conceptuales, como el de determinado título de un artículo de revista jurídica: "*El usufructo de la nuda propiedad*", que me hizo recordar aquel viejo refrán: "*Quien come nísperos, bebe cerveza, chupa espárragos, y besa a una vieja, ni come, ni bebe, ni chupa, ni besa*"..., y menos aún usufructúa quien usufructúa nudas propiedades. Pero, si además, queremos llegar a sacar consecuencias reales de ese concepto, entonces nuestras conclusiones estarán tan poco sólidamente asentadas como aquella cadena que pretendemos colgar en el clavo pintado en la pared. A pesar del límite del usufructo, "*salva rerum substantia",* devoraremos la sustancia si al pretendido usufructurario de la nuda propiedad le concedemos la parte del mineral que corresponda al nudo propietario de la misma o el ejercicio de derechos correspondientes al nudo propietario de acciones de una sociedad anónima.

Gény, por otra parte, señala que el método dogmático impide el progreso del Derecho, porque hace "residir *a*

priori todo el sistema de derecho positivo en un número determinado de categorías lógicas predeterminadas por esencia, inmutables en sus fundamentos, regidas por dogmas inflexibles, impropias, por tanto, para acomodarse a las mudables y varias exigencias de la vida". De ese modo, actúa como una coraza, un corsé que presiona e impide el progreso del Derecho.

Conviene que meditemos si muchas de las ramas desgajadas del Derecho Civil, se han desprendido porque el Derecho Civil resultaba insuficiente para resolver sus nuevos problemas por haberse anquilosado principalmente a consecuencia del predominio, en nuestros últimos tiempos, del método dogmático. Se habían formado unos conceptos que impedían satisfacer necesidades, que atendidas unas por el Derecho del Trabajo, otras muchas por el Derecho Administrativo o por las ramas que se pretenden llamar Derecho Social y Derecho Agrario, en gran parte, se han escapado del Derecho Civil, porque los conceptos dogmáticos acuñados en éste no podían remediar tales necesidades, que si bien a veces son, tal vez, artificiales, creadas por motivos meramente políticos, sin embargo, en otras, evidentemente son reales.

c) La jurisprudencia de intereses

Una tercera posición ha sido la que fue adoptada por la jurisprudencia de intereses. Nació ésta de la crítica de Ihering al conceptualismo, y fue desarrollada por Heck y la Escuela de Tubinga. Su característica peculiar –explica Philipp Heck– "consiste en que utiliza como conceptos metódicos auxiliares el concepto de interés y la serie de

nociones que están en conexión con él; estimación de intereses, situación de intereses, contenido de intereses, etc". Esa palabra, interés, es utilizada "para designar cualquier disposición" reivindicativa en el ámbito de la cultura y sin tener en cuenta la naturaleza especial del objeto deseado; hablamos hoy no sólo de intereses materiales, sino también de intereses ideales, religiosos, nacionales, éticos. La objetiva especificidad de la jurisprudencia de intereses consiste en el esfuerzo del principio por reducir las nociones normativas que constituyen el Derecho a la imbricación de esas disposiciones reivindicativas, y para colmar las lagunas de la ley teniendo en consideración todas las disposiciones imbricativas afectadas en cada caso". Para ello, "la valoración personal del juez no interviene más que de un modo totalmente subsidiario", pues "está vinculada por los juicios de valor que resultan de la ley, y eventualmente también por aquéllos que dominan en la comunidad de Derecho". Pero sin que, al hablar de los intereses valorados y protegidos por la ley, se confundan éstos con la finalidad de ésta en el sentido psicológico de la palabra.

Hay que agradecer a la jurisprudencia de intereses su crítica del método conceptualista y su revalorización de la *ratio legis*. No obstante deben hacérsele importantes objeciones.

En primer lugar –como observa Federico de Castro– incurre en materialismo al "colocar en igual plano y atribuir igual origen (positivista) y naturaleza a los intereses morales y religiosos que a los materiales (como tantos otros apetitos)"; e incide en individualismo y escepticismo "al estimar a todas las concepciones religiosas, morales y políticas igualmente válidas".

En segundo lugar –según, expresión del mismo de Castro– convierte la lucha de encontrados deseos y apetitos en la única causa y contenido de la norma. No se trata de hallar el lugar que conforme al orden natural, corresponde a cada cosa armónicamente, sino de determinar el interés que debe predominar con arreglo al Derecho positivo.

Por todo eso, finalmente, resulta que la jurisprudencia de intereses no supera el positivismo y acepta la jerarquía que el legislador quiera imponer por absurda o arbitraria que sea. "El Derecho y la función de los juristas –subraya de Castro– quedan así reducidos a la más mezquina técnica, a la de la máquina registradora de las pesadas de intereses hechas por el legislador; la actividad legislativa queda fuera de su objeto..."

2. Métodos desarrollados en torno a la equiparación del Derecho con su realización fáctica

En el siglo XIX Augusto Comte pensó que la sociología debía relevar totalmente a la metafísica. Naturalmente esta posición tuvo que significar una revolución en la manera de concebir y ver el Derecho. La sociología estudia los hechos humanos como las cosas, suponiéndolos sometidos al mismo determinismo que los hechos naturales, no como creación libre del hombre. El jurista adscrito a esta orientación, se dedica al mundo de los hechos jurídicos, que trata de estudiar tal como son, no como deben ser. Busca las causas sociales de los fenómenos jurídicos, quiere conocer el hecho objetivo social, al que da prioridad sobre lo individual.

Entre estas tendencias podemos hallar algunas que concretan totalmente el Derecho a su expresión jurispru-

dencial. Lambert –atreviéndose a deducir consecuencias a las que Gény no osó llegar– realizó un vigoroso esfuerzo contra la primacía de la ley como fuente jurídica y para pasar su cetro a la jurisprudencia, a la que consideró como verdadero cauce generador de la costumbre.

La primacía de la autoridad judicial en la creación del Derecho es también una de las premisas del llamado realismo jurídico norteamericano. O. W. Holmes llegó a decir que Derecho es profetizar lo que realmente harán los jueces y tribunales en un caso dado. Y Benjamin N. Cardozo que la "lógica jurídica" es lógica de probabilidades y el Derecho se refiere también a su predicción.

Separándose de la asimilación del Derecho a las ciencias naturales, también tenemos en el realismo americano una postura romántica, la de Jerome Frank, para quien la decisión judicial no es un silogismo, sino que es emocional e irracional, pues se basa en una intuición para la que es decisiva la personalidad del juez, sus prejuicios y su modo de reaccionar. La seguridad jurídica –según él– es una ilusión.

Estas orientaciones han alumbrado certeramente aspectos que habían pasado desapercibidos para la ciencia jurídica, haciendo destacar el papel creador de jueces y notarios, así como la importancia de ciertos factores fácticos en el Derecho.

Pero –como observa Villey– querer tratar el Derecho como un hecho al modo de las ciencias físicas es un error filosófico. Es error de las corrientes cientifistas o fisicalistas. El arte del Derecho es algo muy diferente de la historia o de

la Sociología del Derecho. Para quienes buscamos la mejor solución a los problemas jurídicos el Derecho no es aún hecho. Al menos, en parte, debemos situarlo en el mundo del deber ser. La ciencia fascinada por el modelo de la física se ha equivocado sobre el verdadero objeto del Derecho. Fue un acierto estudiar sus manifestaciones externas, pero un error confundirlas con el Derecho mismo. Así, ha llegado a la paradoja de llamar derecho a la injusticia efectiva, a las sentencias contradictorias, la rebelión de los jueces respecto tal o cual norma positiva. Esa idea realista moderna es la dimisión del jurista, ante esos desórdenes e injusticias.

Bajo nuestro punto de vista ante la justicia, atenerse a la mera experiencia de los hechos, equivale –según frase conocida– al intento del Barón de Münchausen de salir del pantano tirando de su propia coleta.

3. Métodos que parten de situar el Derecho en la convicción popular o en el espíritu del pueblo

La norma o la vida real del Derecho pueden despertar un sentimiento general que las considere justas o injustas. Algunas posiciones han identificado con el Derecho ese sentimiento o espíritu del pueblo, prescindiendo de que objetivamente pueda existir una realidad justa por encima de esta opinión o sentimiento.

Muy interesante al respecto es el epígrafe que Federico de Castro dedica a la relación del espíritu del pueblo con las fuentes del Derecho.

Es cierto que fue Montesquieu quien primero empleó la expresión de un espíritu general determinador de las leyes y que con otra terminología, Rousseau habló de *"la*

volonté gènérale", que ha de reflejarse en las leyes justas, pero, que con ellas concluye en el positivismo. Sin embargo, la escuela histórica fue la que como dogma central afirmó la existencia del espíritu del pueblo como "fuente legítima" de todo el Derecho.

Apoyada en la filosofía del espíritu de Schelling, a que antes hemos aludido, la concepción que la escuela histórica tuvo del espíritu del pueblo *(Volksgeis)* resulta totalmente opuesta a la doctrina de Rousseau. Precisamente lo consideró como una situación espontánea, de lenta evolución, que –según subraya de Castro– se opone cual "firme muralla defensiva frente a la invasión de las ideas revolucionarias francesas, como vacuna contra el peligro de *la volonté gènérale,* que se había mostrado un instrumento tan fecundo de subversión". Savigny en su discusión con Gonner, si bien admitió que el legislador puede alterar el Derecho, afirmó que no debe hacerlo y que su creación arbitraria, rompiendo los hilos de la historia es despotismo o favorece en alto grado al despotismo.

Notemos que si bien la costumbre es la fuente primordial del Derecho para la escuela histórica, ésta la descompone en dos elementos: el *consensus* –o elemento espiritual que corresponde al espíritu del pueblo– y el *usus* –o elemento material o fáctico–, centrando en aquél el valor de la costumbre. Y es de resaltar que, según Besseler, ese *consensus* se produce a través del trámite de los jueces y de los juristas.

El sentimiento o la conciencia del pueblo –ahogada por el estatismo– renació por obra de la escuela del Derecho

libre. Isay declara que el sentimiento jurídico de la masa es superior al Derecho del Estado. En Francia, Gény habla de conciencia jurídica del pueblo. El juez actúa como representante del pueblo al crear las normas, según Isay y Kantorowicz (*Gneus Flavius*). Así, la actividad judicial fue considerada productora del Derecho consuetudinario y colocada en lugar primero entre las fuentes del Derecho. Según esta doctrina la ley no es perfecta, ni completa, ni puede autocompletarse, sino que es necesario salir de ella para satisfacer las necesidades sociales. No obstante, la falta de unidad de los autores de esta dirección, da lugar a criterios distintos en torno a la posición del juez ante la ley, aunque todos le concedan amplia libertad. Rumpf, Cosack-Mitteis, Isay, entre otros, admitieron que el juez pudiera decidir contra el texto de la ley; en cambio, Kantorowicz y Fuchs, sólo aceptaron la posibilidad de la libre decisión judicial fuera de texto expreso de la ley.

Como nos dice de Castro, la expresión espíritu del pueblo tuvo la utilidad de ser "un recuerdo del valor de lo histórico en el Derecho y una llamada de atención frente a las tendencias materialistas y apátridas en las ciencias jurídicas. El Derecho de una nación, que merezca el nombre de tal, no está determinado por la mera conveniencia, ni sus caracteres peculiares se originan por razones geográficas o sociológicas; sus normas son reflejo del vivir del pueblo, expresión de su peculiaridad y, es éste, intransferible e infungible".

Pero, esa misma expresión, –como también nos dice de Castro– ha sido utilizada "tanto por espiritualistas como

por materialistas, como medio para desconocer y prescindir del Derecho natural, elevando el espíritu del pueblo a base exclusiva del Derecho. Es un error estimar el espíritu del pueblo como fuente del Derecho y un grave error creer que pueda sustituir al Derecho natural. No se puede equiparar la fuerza de la norma afirmada en un principio universal y eterno, con aquélla otra cuya única justificación está en el egoísmo de un pueblo. Será difícil defender ante la propia conciencia un Derecho desconectado de la ética, y será bien escasa la energía moral de un precepto cuyos mismos autores reconocen que puede ser estimado, y con razón, como mentira y crimen más allá de sus fronteras".

4. Métodos que arrancan de la existencia objetiva de un Derecho natural o de unos principios supralegales de justicia que deben ser aplicados

También este punto de partida ha dado lugar a métodos dispares: idealistas, realistas o combinadamente idealistas y realistas. Podemos traer a colación aquí, lo que hemos expuesto antes con referencia a las escuelas clásica y moderna del Derecho natural y a la reciente jurisprudencia valorativa alemana. Por eso, sólo añadiremos ligeras precisiones.

a) Es de recordar –ante todo– que la escuela moderna del Derecho natural, remotamente deriva del nominalismo de Duns Scotto y Guillermo d´Ockam, y más próximamente del idealista metódico cartesiano. Parece que fue Hobbes –según opina Villey– el primero en aplicar ese método al Derecho. Para ello, siguió el camino inver-

so al que habían seguido Platón, Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. Partió de ideas simples y claras, fruto de su trabajo de análisis y en especial, de la noción primera del individuo y de su libertad natural, o derecho subjetivo natural. Sobre esa base se construyó en derecho objetivo, producto artificial del hombre, puesto por el hombre, de conformidad con las exigencias lógicas del espíritu humano sistemático axiomático, y elaborado en forma de construcción geométrica. Así, enunció este método Spinoza, en el título de una de sus obras *"Ethica more geometrico demostrata"*. Sin embargo, hombres de talla inferior a éstos, como Grocio, Pufendorf, fueron los que difundieron ese método en el campo jurídico, con el que se tendió a crear una especie de reglamentación modelo, que podía ser igual para todos los países y todos los tiempos y que inspiró la idea de realizar las codificaciones. Pero que, a través del trámite de la voluntad popular –no olvidemos esta línea voluntarista– encarnada en la asamblea legislativa y poseedora de la razón –según Rousseau–, desembocó en el legalismo y el normativismo más positivista.

Ese final, de una parte, y los decisivos ataques de Savigny y su escuela histórica, remontados por Bergbohm, acabaron con el llamado Derecho natural moderno, sin que por el contrario, ninguno de sus argumentos alcanzaran vitalmente a la escuela clásica del Derecho natural.

b) La escuela clásica del Derecho Natural –a diferencia de la escuela moderna– no es idealista sino realista, no es subjetivista sino objetiva; no proclama ningún conjunto

de normas inmutables supralegales, sino fundamentalmente un método.

Parte de la existencia de un orden natural donde debe hallarse lo justo, según la naturaleza de las cosas. Se trata de un método que racionalmente intenta hallar o descubrir lo justo natural, no de crearlo, ni deducirlo axiomáticamente. Es un método tópico, no axiomático como el de las matemáticas.

El orden natural exige que exista una autoridad, que defienda a la sociedad del desorden y de la injusticia. Ha de haber leyes que dispongan normas generales, y han de existir jueces, preparados debidamente, que determinen en los casos concretos cuál es el Derecho.

A veces la naturaleza no predetermina cuál debe ser el contenido de la ley, pero sí reclama su existencia para determinar lo justo. Así, –repetimos de nuevo– ninguna ley natural dispone que los vehículos circulen por la derecha o por la izquierda, ni que los peatones caminen por dentro o fuera de las líneas marcadas para indicar dónde han de cruzar la calzada; pero, en cambio, el orden de las cosas exige que haya una autoridad que lo determine, y su determinación es, por eso, acorde al Derecho natural. Son éstas las leyes positivas determinativas.

Otras veces, que son las más, las leyes rozan el contenido del orden natural que tratan o deben tratar de expresar. Entonces han de hallarse conformes a éste. Como ha dicho Santo Tomás, la ley debe ser ordenación racional al bien común. Estas leyes son conclusiones provisionales, para los casos generales y comunes. Pero no

para todos los casos comprendidos en la letra de su texto, pues como ya observó Aristóteles, son tantas las contingencias de las cosas y tal su mutabilidad, que ningún legislador puede preverlas. Esas leyes sólo son un instrumento del Derecho. El juez debe hallarlo en cada caso, sin poderlo deducir mecánicamente del texto legal, ni ser esclavo de su enunciado. Se le ha comparado al director de orquesta que interpreta activamente la música del compositor. Sin el mecanicismo de la exégesis ni la libertad de la escuela del derecho libre. Cada uno en su función, el juez es, igual que el legislador, un servidor de la justicia; no es un agente ejecutivo del legislador, sino –como dice Villey– más bien su continuador.

Según ha dicho Alfonso G. Valdecasas, toda ley debe interpretarse, porque la ley en sus palabras no es nunca el Derecho. No es más que la versión que dio del Derecho en su lenguaje –Ley viene de *legere,* de leer lo que es el Derecho– aquel legislador a quien en el momento se le reveló el Derecho. Ley, "tanto quiere decir como leyenda", rezaron las Partidas. En su sentido originario es Ley porque lee lo que es el Derecho. Pero la versión del legislador pudo ser más o menos feliz.

Para interpretar cada norma hay que buscar su fin: por qué se ha elaborado la norma; qué Derecho quiso leer o quiso determinar ésta según su especie. Si la norma es una ley, la norma no se confunde totalmente con voluntad del legislador, voluntad que realmente muchas veces es imposible de determinar y más hoy día en que las leyes pasan por el tamiz de varias comisiones y que muchas veces son el resultado de una verdadera fórmula de com-

promiso. El fin de la ley o de la costumbre hay que buscarlo teniendo fundamentalmente en cuenta la razón histórica que la motivó, su proyección como acción o como reacción respecto aquélla, y la naturaleza de las cosas y situaciones vividas a que se quisieron aplicar. Para interpretar una ley hay que partir de saber si aquella determinada situación entra dentro de la *ratio legis* y, en especial, en las razones de Derecho de la ley. Aunque la letra de la ley sea más amplia, no debe aplicarse en aquellos casos que contradigan su *ratio,* ni en aquellos en que el resultado concreto a que nos llevaría repugnase jurídicamente o no fuera adecuado a la verdadera finalidad que concretamente la motivó.

Veremos así que, en contra del criterio de su plenitud, pretendido por la exégesis, las leyes tienen muchas lagunas, mucho espacio vacío no comprendido en su norma. Pero además, la naturaleza de las cosas, ha de ser base incluso para limitar o enervar la juridicidad de la ley o costumbre que la desconozcan.

c) La reciente dirección alemana, orientada hacia la jurisprudencia valorativa, coincide en algunos aspectos con el realismo de la escuela clásica del Derecho natural, pues admite una justicia supralegal objetiva que debe ser hallada y no inventada y vuelve a la naturaleza de las cosas. Pero presenta notables diferencias con ella, tanto en el modo de hallar los principios supralegales como en el ámbito que asigna a la naturaleza de las cosas. Se trata de un método dualista, pues es idealista al razonar partiendo de los principios supralegales hallados por intuición, y es realista en el ámbito inferior a dichos prin-

cipios donde la respuesta debe darla la naturaleza de las cosas. En cambio, el método del Derecho natural clásico es único, aunque tenga una proyección dualista, al atender a la vez a lo universal y lo particular, a lo permanente y lo circunstancial, pero deduciéndolo todo del orden de la naturaleza, desde la existencia de un Dios creador y ordenador, de un alma humana inmortal de la que deriva la suprema dignidad del hombre, de la verdad y la justicia, etc., hasta las más mínimas particularidades, peculiaridades y circunstancias que, en cada caso, influyen en la determinación concreta de lo justo.

La jurisprudencia valorativa alemana presenta múltiples matices entre los autores que siguen esta reciente orientación. Sin embargo, para no hacer demasiado larga ni complicada esa elemental exposición, nos limitaremos a exponer la posición metódica de Coing.

Este autor, después de contraponer la jurisprudencia dogmático-sistemática y la empírico-casuística, afirma que:

> Una unidad lógico-formal, según el modelo de la matemática, en la que se deducen de unos pocos axiomas todas las demás proposiciones por vía silogista, no puede obtenerse de la materia jurídica. El Derecho no es un producto de la deducción lógica; se basa en decisiones valorativas. Pero esto no significa sin más que no pueda darse al Derecho una unidad natural derivada de la cosa misma, ni que el Derecho sea necesariamente un conglomerado informe de decisio-

> nes particulares sobre litigios sociales, como puede parecer desde el punto de vista de la jurisprudencia de intereses o de la casuística extrema.

A su juicio, el Derecho posee una unidad natural que descansa en dos momentos:

1o. En "ciertas ideas valorativas que constituyen una conexión histórica en sí mismas y que, como el espíritu de una nación o de una época, como concepción de la idea del Derecho forman una totalidad histórica concreta". Pero, "tras esta unidad histórica de las ideas valorativas se encuentra la conexión sistemática de los valores éticos mismos a los que está esencialmente vinculado todo orden jurídico... Conceptos como lealtad y confianza, buenas costumbres, equidad, arbitrariedad, sin los cuales no hay Derecho que pueda funcionar, nos recuerdan precisamente esa conexión".

2o. En una conexión vital que en sí misma muestra "cierta articulación natural en ámbito y fenómenos vitales, con cierta legalidad propia". En el seno de cada uno de sus ámbitos vitales "tropezamos con determinados fenómenos sociológicos, comunidades, relaciones contractuales, etc., que tienen un contenido investigable, aunque no necesariamente constante desde el punto de vista histórico. Tampoco estos datos pueden ser pasados por alto por la Ciencia del Derecho"... tiene que exponer cómo surgen las regulaciones positivas concretas por la aplicación de las valoraciones fundamentales a los diversos ámbitos de la vida. Así se hace con los fundamentos de un sistema

natural, esto es un sistema prefigurado en la naturaleza de la cosa".

Para establecer y exponer ese sistema, según Coing, el jurista ha de trabajar con conceptos. Pero, es preciso distinguir:

Conceptos generales empíricos, que se basan "en la forma fenoménica común a muchos objetos, no contemplada en su esencia" (Brugger), "que no tienen más que una función preparatoria, mientras que la verdadera decisión depende de la esencia del hecho mentado por la ley y efectivamente dado"; por lo cual "una decisión no puede nunca basarse meramente en la posibilidad o imposibilidad de subsunción bajo un concepto general", sino que se debe averiguar "si la situación pensada se ha dado o no".

Pueden ser: conceptos empírico generales de objetos y hechos importantes de la vida social (*v. gr.* predio, casa, árbol, etc.) y conceptos empírico generales de tipo técnico jurídico o conceptos de ordenación (como sujeto de derecho, objeto jurídico, derecho real, etc.). De estos últimos tampoco es posible deducir decisiones, sino que es necesario recurrir a puntos de vista valorativos.

Conceptos esenciales de valores, basados en valores morales (*v. gr.* lealtad, confianza, buena fe, seguridad jurídica, etc.), que tienen en sí un contenido normativo y pueden constituir el fundamento de decisiones, pero sin recurrir a la subsunción lógica sino casuísticamente a través de una descripción de valores preguntándose por el comportamiento que exige una situación dada.

Conceptos esenciales fenoménicos, basados en la esencia de los fenómenos típicos de la vida social penetrados por elementos valorativos (esencia del matrimonio, propiedad privada, persona, posesión) detrás de los cuales obra la "supratemporal naturaleza de la cosa". De ellos también pueden y deben obtenerse consecuencias capaces de fundamentar decisiones, pero sin que se trate de una mera deducción y exclusión lógicas, sino de una aclaración de la esencia.

A su juicio, el error de la jurisprudencia de conceptos consistió en tratarlos todos sin distinción como conceptos normativos, "considerando la esencia de la obligación un fundamento decisorio tan pleno como la esencia del matrimonio". Por eso Schonfeld al intentar crear una nueva sistemática y una nueva dogmática parte de conceptos de esencia y no de conceptos de orden. La jurisprudencia conceptual confundió "el sometimiento a decisiones valorativas con la subsunción lógica".

Es decir, "la aplicación del Derecho tiene que partir siempre de puntos de vista valorativos y de utilidad subyacentes al orden jurídico y tiene que juzgar la relación según sus rasgos esenciales, y no según su estructura formal".

"La jurisprudencia –concluye– tiene que elaborar y destacar todos estos conceptos esenciales, precisando su relevancia. Pero no puede hacerlo sino partiendo de la unidad del orden de los valores y de la conexión vital, es decir, del sistema. Por ello es el sistema el fundamento necesario de la dogmática como expresión de los concep-

tos jurídicos esenciales y fundamentales. Una dogmática así entendida es –junto con el análisis de los casos, desde el punto de vista de los intereses– el fundamento de una decisión jurídica científica que, como signo de nuestra perfeccionada ciencia, debe ocupar el lugar de la jurisprudencia casuística meramente intuitiva".

El objetivo de la ciencia jurídica, según Heck, es preparar la formación de la norma en el caso particular. Para alcanzar ese objetivo, cree Coing, que debe realizar dos tareas: entender el orden jurídico positivo, y descubrir su contenido normativo, es decir, su relevancia para la decisión de litigios. La primera la considera –según luego veremos– como tarea de naturaleza histórica. La segunda, sólo puede conseguirse –una vez comprendida la primera tarea– considerando a la luz del orden jurídico casos de conflicto (reales o imaginarios) y decidiéndolos según aquél. En este sentido, estima que el comentario integrado de "casos" –como hicieron los grandes jurisconsultos romanos– es la necesaria conclusión del trabajo jurídico-científico del cual es mera preparación la comprensión de la norma.

Toda la metodología de la aplicación del dato tiene –según el mismo– una decisión volitiva vinculada a una norma.

"Decidir jurídicamente no significa sin más subsumir, pero tampoco significa decidir libremente, sino decidir según las ideas y objetivos morales del Derecho. Así ha procedido siempre la jurisprudencia con diferencias de grado". De ese modo explica los fenómenos de la interpre-

tación extensiva o restrictiva. "La distinción no sería posible si todo se redujera a la subsunción lógica. Aquellas dos formas de interpretar son en realidad correcciones o rectificaciones de los resultados a que lleva la subsunción puramente lógica y sus rectificaciones se basan en puntos de vista valorativos y utilitarios".

> El sentido del hecho en el marco de la norma jurídica no puede ser la creación –con la ayuda de conceptos generales empíricos– de una premisa mayor lógica de la cual pueda deducirse la consecuencia jurídica para el caso concreto por medio de un simple silogismo; ese sentido tiene que ser más bien la descripción de una situación social típica según su esencia..." "el criterio es la igualdad de esencia, y no la subsunción formal. La diferencia entre este método y la subsunción lógica, es clara: mientras que en ésta se trata de subsumir concretos fenómenos vitales bajo conceptos empíricos generales, en aquél se comparan entre sí situaciones de conflicto, y esa comparación se toma como punto de partida de la decisión; el primer método se basa en notas de los fenómenos externos; el segundo en la esencia del acaecer social.

SOBRE LA UTILIDAD DEL ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA

*Rudolf Stammler**

SUMARIO

I. El objeto propio de la jurisprudencia.- II. De las conexiones entre la ciencia de la legislación y la jurisprudencia.- III. Valor del estudio del derecho romano.- Utilidad del estudio de la jurisprudencia.- V. Sistema adoptado en Prusia.- VI. La formación del jurista.- VII. Necesidad de una Facultad de Derecho.

* **Juez alemán que nació en Alsfeld, Alemania, el 19 de febrero 1856 y murió el 25 de abril de 1938 en Wernigerode, Alemania. Stammler procuró conciliar, en su obra *Derecho y Economía* (1896), la filosofía que afirma la dependencia lógica de la experiencia de formas *a priori* establecidas por el sujeto trascendental (Kant) con la filosofía materialista que sostiene que la "superestructura" ideológica está determinada por la "estructura" económica o sea que la "materia" determina la forma, esto fue presentado en forma sintética en su *Manual de Filosofía del Derecho* (1922).**

I. El objeto propio de la jurisprudencia

Objeto propio de la jurisprudencia en cualquiera de sus diferentes ramas es el Derecho positivo; entendiendo por Derecho positivo, o Derecho estrictamente así llamado, el Derecho establecido o *positum* en una comunidad política independiente por la voluntad expresa o tácita de su soberano o gobierno supremo.

Consideradas como una totalidad y como relacionadas y conexas las unas con las otras, las leyes y normas positivas de una comunidad particular o específica constituyen un sistema o cuerpo de Derecho. Y en tanto que limitada a uno cualquiera de tales sistemas o a alguna de sus partes, la jurisprudencia es particular o nacional.

Pero aun cuando cada sistema de Derecho tiene sus diferencias específicas y peculiares, hay principios, nociones y distinciones comunes a varios sistemas, las cuales forman analogías o semejanzas que los hacen afines.

Muchos de estos principios comunes lo son a todos los sistemas, lo mismo a los sistemas toscos y rudimentarios de las sociedades primitivas, que a los sistemas más amplios y perfectos de las comunidades civilizadas. Ahora bien, los sistemas más amplios y perfectos de las comunidades civilizadas son afines, tanto por las numerosas analogías que se dan entre todos los sistemas, cuanto por numerosas analogías que se dan exclusivamente entre ellos mismos. En consecuencia, los diversos principios comunes a sistemas más perfectos –o bien las numerosas analogías que se dan entre ellos– constituyen el objeto de una amplia ciencia, la cual, en contraposi-

ción, de un lado, a la jurisprudencia nacional o particular, y de otro, a la ciencia de la legislación, ha sido llamada jurisprudencia general o comparada, o bien filosofía –o principios generales– del Derecho positivo.

Así como los principios abstraídos de los sistemas positivos constituyen el objeto de la jurisprudencia general, así también su cometido peculiar y exclusivo es la exposición de dichos principios. La jurisprudencia general no se ocupa directamente de la conveniencia o inconveniencia de las leyes, tal como ésta se nos revela a la luz del criterio de utilidad o de cualquier otro de los diversos criterios que dividen el parecer de la humanidad. Si, en relación con alguno de los principios que constituyen su objeto propio hace referencia a consideraciones de utilidad, lo hace sólo con el fin de definir tales principios, no con el fin de determinar su valor. Y esto es lo que distingue la ciencia en cuestión de la ciencia de la legislación: que esta última trata de establecer el criterio o medida –a la vez que los principios subordinados o concordes con tal criterio– de acuerdo con el cual debe producirse el Derecho positivo, o al cual éste debe ajustarse.

Si la posibilidad de la jurisprudencia general parece dudosa, ello se debe a que los principios y distinciones que los sistemas particulares tienen de común con otros, aparecen en cada uno de ellos mezclados con sus peculiaridades individuales, y se hallan expresados en un idioma técnico propio de cada sistema.

No quiere afirmarse con ello, que estos principios y distinciones son concebidos con igual exactitud y precisión

en cada uno de los sistemas particulares. En este respecto, los diferentes sistemas difieren entre sí. Pero, en términos generales, dichos principios y distinciones se encuentran siempre más o menos concebidos, tanto en las toscas nociones de los bárbaros como en los exactos conceptos de los juristas romanos o de los cultos juristas romanos o de los cultos juristas modernos.[1]

Entiendo, pues, por jurisprudencia general la ciencia que expone los principios, nociones y distinciones comunes a los sistemas de Derecho; comprendiendo por sistemas de Derecho aquellos sistemas más amplios y perfectos que, por razón de su perfección y amplitud, mayor doctrina poseen.

1 Jurisprudencia universal es la ciencia del *ius gentium* de los juristas romanos, tal como ha sido expuesto por Gayo.

Mr. Bentham opina que esta jurisprudencia debe encerrarse dentro de límites muy angostos. Esto es cierto, si por jurisprudencia universal entiende la jurisprudencia que expone aquello que se haya en vigor universalmente como Derecho.

Pues, en efecto: *a)* Aun suponiendo que los sistemas de todas las naciones, bien totalmente o bien en parte, se asemeje exactamente los unos a los otros (es decir, que todos o muchos de los preceptos de los varios sistemas sean exactamente iguales), ni así, podríamos decir de ellos con propiedad que formaban un Derecho universal, ya que la sanción es aplicada por el Gobierno de cada comunidad y no por un superior común a toda la humanidad. Y esto como veremos más adelante –clasifica al Derecho internacional con la moral, más bien que con el Derecho–. *b)* Como observa Mr. Bentham, los preceptos de los diferentes sistemas no son nunca absolutamente iguales; siendo la única parte en que coinciden exactamente aquellas expresiones fundamentales que designan las partes necesarias de cada sistema de Derecho. Así, por ejemplo, los derechos del marido, de la mujer, etc., la regulación de las servidumbres en Inglaterra y en Francia, todo ello guarda analogías, pero, sin embargo, no es absolutamente igual ni en la materia ni en la forma, y, por ello, no puede ser designado por idénticas palabras.

De los principios, nociones y distinciones que constituyen el objeto de la jurisprudencia general, algunos pueden ser considerados necesarios, ya que no podemos imaginarnos coherentemente un sistema de Derecho –es decir, un sistema de Derecho desarrollado en una comunidad civilizada– sin pensarlos como partes constitutivas de él.

Indicaré brevemente unos pocos ejemplos de estos principios, nociones y distinciones necesarios:

1º Las nociones del deber, derecho, libertad, delito, pena, resarcimiento, así como sus diversas relaciones entre sí y con las nociones de Derecho, soberanía y sociedad política independiente.

2º La distinción entre Derecho escrito o promulgado y Derecho no escrito o no promulgado, con cuya última expresión se denominan en sentido judicial o impropio las más distintas manifestaciones; en otras palabras, entre el Derecho que procede directamente de un soberano o legislador superior, y el Derecho que procede directamente de un súbdito o de un creador de Derecho subordinado, al que presta autoridad un legislador soberano o supremo.

3º La distinción entre derechos que pueden hacerse valer contra todos, como, por ejemplo, la propiedad o dominio, y derechos que pueden hacerse valer sólo contra personas específicamente determinadas, como, por ejemplo, los derechos derivados de un contrato.

4º La distinción, dentro de los derechos que pueden hacerse valer contra todos, entre propiedad o dominio y

los diversos derechos restringidos, desmembrados de la propiedad o dominio.

5º La distinción de las obligaciones –es decir, de deberes correspondientes a derechos contra personas específicamente determinadas– en obligaciones que nacen de contratos, obligaciones que nacen de delitos, y obligaciones que nacen de hechos que no son ni contratos ni delitos, pero a las cuales se les denomina por analogía obligaciones *quasi ex–contractu*.

6º La distinción de los delitos en delitos civiles o privados y delitos de Derecho penal o públicos; con la distinción de los delitos civiles o privados en trasgresiones o delitos en la estricta acepción del término, e incumplimiento de obligaciones nacidas de contrato o de obligaciones *quasi ex–contractu*.

A poco que se examine y reflexione se verá, creo yo, que todo sistema de Derecho –es decir, todo sistema de Derecho desarrollado en una comunidad civilizada– implica las nociones y distinciones que he citado como ejemplo; y junto con ellas, un gran número de conclusiones dadas con dichas nociones y distinciones y extraídas de ellas por los constructores del sistema a través de deducciones casi inevitables.

De los principios, nociones y distinciones que son objeto de la jurisprudencia general, otros no son necesarios, en el sentido que he dado a esta expresión. Es decir, podemos imaginarnos coherentemente un sistema de Derecho evolucionado sin concebirlos como formando parte constitutiva de él. Como, sin embargo, descansan en razones de

utilidad que tienen vigencia para todas las comunidades, y que son palpables o evidentes en todas las comunidades civilizadas, dichos principios, nociones y distinciones se dan, de hecho, con gran generalidad en sistemas de Derecho avanzados, pudiéndose, por ello, situarlos en el mismo plano que los principios generales que constituyen el objeto de la jurisprudencia general.

De este orden es, por ejemplo, la distinción del Derecho en *ius personarum* y *ius rerum,* sobre la que se basa la sistematización dada al Derecho romano por los autores de los tratados elementales de que fueron copiadas y compiladas las "Instituciones" de Justiniano. La distinción, a mi entender, es un supuesto adoptado arbitrariamente para la sistematización de un cuerpo de Derecho. No obstante, como constituye un principio cómodo para tal fin, ha sido adoptado casi generalmente por aquellos que han intentado la sistematización jurídica en las modernas naciones europeas: tanto por los compiladores de los códigos legales que se hallan en vigor en algunas de éstas, como por autores de tratados sobre la totalidad de un Derecho. Más aún, algunos que no han comprendido la importancia de dicha distinción, rechazándola desdeñosamente en el sentido expresado por la obscura antítesis de *ius personarum et rerum,* la han adoptado, sin embargo, bajo otro nombre –más adecuado, sin duda– como base de un sistema "natural". Entendiendo, me imagino, por un sistema "natural", un sistema tan apropiado, tan alta y evidentemente apropiado, que todo tratadista inteligente de un cuerpo de Derecho lo ha de adoptar naturalmente o de por sí.

Será empero, empresa imposible o inútil intentar una exposición de estos principios, nociones y distinciones hasta tanto que, por medio de un análisis cuidadoso, no hayamos determinado con precisión el sentido de ciertos términos fundamentales que tenemos que emplear necesariamente; términos que surgen incesantemente en cada rama de la ciencia, de tal suerte, que dondequiera volvamos la vista, estamos seguros de encontrarlos. Tales son, por ejemplo, los siguientes: Derecho en sentido objetivo y subjetivo, obligación, delito, sanción, persona, cosa, acto, omisión. A menos que se determine desde un principio la significación de estos términos, las especulaciones subsiguientes no serán más que un conjunto de palabras imprecisas.

No es raro en escritores que se llaman y se piensan a sí mismos "tratadistas", dar por supuesto que conocen la significación de estos términos, y que ésta tiene también que ser conocida por aquellos a quienes se dirigen. Seducidos por un criterio falaz, se imaginan que porque las expresiones son familiares, la significación es sencilla y cierta. Y así, no parándose a preguntar cuál es su sentido ni sospechando que éste necesita ser indagado, presentan estos términos ante el lector sin intentar siquiera explicarlos, procediendo lisa y llanamente a hablar sobre ellos.

Estos términos, empero, se hallan preñados de ambigüedades; su sentido, en lugar de ser simple, es extremadamente complejo, de suerte que toda reflexión que versa sobre el Derecho como una totalidad, debería señalar distintamente dichas ambigüedades y desintegrar aquel sentido complejo en las nociones más simples que lo componen.

Muchos de los que han escrito sobre Derecho han definido estas expresiones. La mayoría de sus definiciones, empero, están construidas de tal manera que, en lugar de arrojar luz sobre la cosa definida, la envuelven en una oscuridad más profunda. En la mayor parte de los ensayos para definir los términos en cuestión hay toda la pedantería y nada de la realidad de la lógica, la forma y la cáscara sin la sustancia. Las pretendidas definiciones son puros círculos viciosos que descansan sobre las mismas expresiones que aparentan elucidar, o bien sobre expresiones que son exactamente equivalentes.

En realidad, algunos de estos términos no admiten definición en la forma tradicional y corriente. Y por lo demás, definirlos de aquella manera es absolutamente inútil, ya que los términos que entran en una definición concisa y abreviada necesitan tanta aclaración como la misma expresión que se define.

El sentido de los términos en cuestión es de gran complejidad. Se trata de breves signos que representan largas series de proposiciones. Y lo que agrava la dificultad de exponer claramente su significación es la conexión íntima e indisoluble que existe entre ellos. Determinar la significación de cada uno y mostrar la relación en que se encuentra con los demás, no es empresa a la que pueda darse cima con definiciones breves e inconexas, sino algo que requiere una investigación amplia, complicada y coherente.

Hay, por ejemplo, varias clases de leyes o normas. Ahora bien, todas estas clases deben ser distinguidas cui-

dadosamente, ya que su confusión bajo un nombre común y la consiguiente tendencia a confundir el Derecho y la Moral, es una de las fuentes más fecundas de complicación y oscuridad verbal. Un análisis detenido de los términos principales sirve para distinguir el Derecho de la Moral, y la atención del estudiante de jurisprudencia queda así limitada a las distinciones y divisiones que se refieren exclusivamente al campo jurídico.

Para poder distinguir, empero, las diversas clases de leyes, es preciso, en primer lugar, mostrar la semejanza entre ellas y, después, su diferencia específica: exponer *por qué* se hallan unidas bajo una denominación común, y determinar después los caracteres *por los cuales* se distinguen unas y otras. Hasta que esto no se ha llevado a cabo, no es posible discernir con precisión el objeto propio de la jurisprudencia. No resalta, no se destaca suficientemente de los objetos semejantes o análogos con los que es susceptible de ser confundido.

Así, por ejemplo, para establecer la distinción entre Derecho escrito y no escrito, tenemos que indagar la naturaleza de este último: una cuestión llena de dificultades y que apenas si ha sido examinada con la requerida precisión por la mayoría de los autores que han hecho a este problema objeto de su atención. Veo que ha sido muy censurado y que ha sido también muy ensalzado, pero apenas si encuentro un intento para determinar *lo que es*. Y sin embargo, si este humilde problema fuera adecuadamente estudiado, es seguro que se calmarían la mayor parte de las controversias sobre sus ventajas.

Se echaría de ver la inutilidad de comparar generalmen-

te, es decir, en abstracto los méritos de las dos clases de Derecho, y la conveniencia del proceso que se ha denominado codificación se reduciría por sí misma a una cuestión de tiempo, lugar y circunstancias.

La misma palabra jurisprudencia no está tampoco libre de ambigüedad, y ha sido utilizada para designar lo siguiente:

El conocimiento del Derecho como una ciencia, junto con el arte, el hábito práctico o la destreza de aplicarlo;

La ciencia de la legislación, es decir, la ciencia de lo que *se debe hacer* para producir buenas leyes, junto con el arte de hacerlas.

Así como el conocimiento de lo que debe ser presupone el conocimiento de lo que es, así también la ciencia de la legislación presupone la jurisprudencia, mientras que, al contrario, la jurisprudencia no presupone la ciencia de la legislación. Lo que las leyes han sido y son puede llegarse a conocer sin saber lo que ellas debieran ser. En cuanto que todo conocimiento de lo que debe ser descansa en un conocimiento de antecedentes *cognato genere,* la ciencia de la legislación supone la jurisprudencia.

Para nosotros, la jurisprudencia es la ciencia de lo que es esencial al Derecho, a la vez que la ciencia de lo que el Derecho debe ser.[2] La jurisprudencia es particular o universal. Jurisprudencia particular es la ciencia de un sistema vigente de Derecho o de alguna parte de él. La jurisprudencia exclusivamente práctica es particular.

2 Sobre su significación en el sentido francés, *cfr*. Blondeau, Dupin, y otros.

El objeto propio de la jurisprudencia general o universal –a diferencia de la ciencia universal de la legislación– es la descripción de aquellos objetos y fines del Derecho que son comunes a todos los sistemas, así como de aquellas semejanzas entre diferentes sistemas que descansan en la común naturaleza del hombre, o responden a peculiaridades semejantes en sus diversas posiciones.

Estas semejanzas, muy estrechas y que cubren una gran parte del terreno a tratar, están confinadas necesariamente a las que existen entre los sistemas de unas pocas naciones, ya que son sólo unos pocos los sistemas que es posible conocer, siquiera imperfectamente. El conocimiento de éstos, sin embargo, permite suponer los demás. Son sólo los sistemas de dos o tres naciones los que merecen atención: los escritos de los juristas romanos, las decisiones de los jueces ingleses en la época moderna, y los preceptos de los códigos franceses y prusiano en cuanto a la sistemática. Aun cuando puede decirse que son pocos los puntos en que coinciden los Derechos de las diversas naciones, es decir, los puntos en que son exactamente iguales, hay, sin embargo, amplio espacio para la ciencia universal de la legislación; es decir, las circunstancias no exactamente iguales pueden ser tratadas, no obstante, conjuntamente bajo el punto de vista de lo que tienen de común, añadiendo observaciones referentes a sus diferencias. Si los principios descubiertos merecen o no el nombre de universales, es de poca importancia. La jurisprudencia puede ser universal con respecto a su objeto: no menos que la ciencia de la legislación.

II. De las conexiones entre la ciencia de la legislación y la jurisprudencia

Es imposible considerar la jurisprudencia completamente separada de la ciencia de la legislación, ya que las experiencias y consideraciones prácticas que llevan al establecimiento de leyes tienen que ser tenidas en cuenta al exponer el origen y mecanismo de estas últimas. Si no se exponen las causas de las leyes y de los derechos y obligaciones que crean, las leyes mismas resultan ininteligibles.

Allí donde el objeto es el mismo y diferentes los preceptos que le regulan en los distintos sistemas, es preciso explicar las causas de la diferencia: si se hallan en una necesaria diversidad de circunstancias, o bien en el distinto modo de considerar la finalidad del Derecho por parte de los respectivos autores de las leyes. Así, por ejemplo, la prohibición o la aceptación restringida de los mayorazgos en un sistema, y su amplia recepción en otro, puede deberse, en parte, a las diferentes circunstancias en que se encuentran situadas las comunidades en cuestión, y en parte, también, a las diferentes concepciones, aristocráticas o democráticas, de los legisladores.

En la medida en que estas diferencias son inevitables, es decir, están impuestas sobre los diversos países, no hay posibilidad ni de alabanza ni de censura. Sólo la hay, cuando son fruto de una decisión humana; no obstante, yo no las consideraré bajo este aspecto, sino *causalmente,* explicando su existencia. Así, por ejemplo, en lo relativo a la admisión o prohibición del divorcio, a la posibilidad de contraer matrimonio dentro de ciertos grados, etc.

Siempre que se exprese una opinión sobre el valor de un Derecho, deberá procederse también a exponer imparcialmente las opiniones en conflicto. El promesor de jurisprudencia puede tener y tiene probablemente opiniones propias muy decididas; no obstante, hay que preguntarse si la pasión no es aun menos favorable a la imparcialidad que la indiferencia. Por ello, el que enseña no debe dejar que, so pretexto de explicar las causas, se trasluzca su juicio valorativo. En ciertos casos que no afectan las pasiones –como la rescisión del contrato por *inadequacy of consideration*– puede, sin embargo, formular un juicio de valor. Estas incursiones ocasionales en el territorio de la ciencia de la legislación pueden servir como ejemplo de la manera en que tales cuestiones deben ser tratadas. Esto tiene aplicación, sobre todo, al problema de la codificación, el cual puede ser discutido sin peligro, ya que todo el mundo tiene que admitir que el Derecho debe ser conocido, piense lo que piense del contenido que deba tener.

Al exponer los principios que constituyen el objeto de la ciencia de la jurisprudencia –es decir, al exponer los que le permita la limitación de un curso– el docente tratará, no sólo de formularlos por medio de expresiones generales o abstractas, sino que procurará también ilustrarlos con ejemplos tomados de sistemas particulares, especialmente con ejemplos del Derecho inglés o del Derecho romano o civil.

III. Valor del estudio del Derecho Romano

La razón que a continuación se expone –a más de otras que podrían añadirse– es suficiente para probar que, a

excepción del Derecho inglés, el Derecho romano o civil es entre todos los sistemas jurídicos particulares la mejor cantera de la que pueden extraerse tales ilustraciones.

En algunas naciones de la moderna Europa continental, como, por ejemplo, en Francia, el actual sistema de Derecho es esencialmente de origen romano, mientras que en otras, como en los diversos Estados de Alemania, el sistema de Derecho vigente, aun cuando no procede del romano, le es muy afín, por haberse asimilado grandes porciones del mismo.

Es decir, que en muchas de las naciones de la moderna Europa continental, gran parte de la sustancia del Derecho vigente y gran parte del lenguaje técnico en que se reviste derivan del Derecho romano, siendo ininteligible dicha terminología sin algún conocimiento de este último. A la vez que, de otra parte, el orden o articulación que se da de ordinario al sistema imita el paradigma de ordenación científica que nos sale al paso en las "Instituciones" de Justiniano. Incluso en nuestro propio país, una gran parte del Derecho eclesiástico y de la *Equity* y alguna parte, aunque menor, del *Common Law,* proceden del Derecho romano, bien directamente, bien a través del Derecho canónico.

Y no sólo al Derecho positivo de las naciones europeas modernas se ha limitado la influencia del Derecho romano. El lenguaje técnico de este Derecho universal ha teñido, en efecto, profundamente el lenguaje del Derecho internacional o moralidad que dichas naciones pretenden observar. Al tomar, pues, con amplitud, ejemplos del Derecho romano o civil, el expositor de la jurisprudencia

general a la vez que ilustra su objeto propio, da idea de un sistema que es la clave de la moralidad internacional, de la diplomacia y de gran parte del Derecho positivo de las modernas comunidades civilizadas.

Es muy de lamentar que en nuestro país esté abandonado el estudio del Derecho romano, y que sean tan poco comprendidos los méritos reales de sus fundadores y expositores.

Mucho se ha hablado de la filosofía de los autores romanos de "Instituciones". En sus escritos hay pocas huellas de familiaridad con la filosofía griega, y lo poco que han tomado de esta fuente es puro desatino: por ejemplo, su definición del *ius naturale,* en la cual confunden el Derecho con los instintos animales y con todos aquellos apetitos y necesidades de la humanidad que son causas de su establecimiento.

El Derecho romano, empero, no debe utilizarse como un almacén de sabiduría legislativa. Los grandes juristas romanos son, en realidad, expositores de un sistema positivo, y ni siquiera Lord Coke mismo es más estrictamente práctico. Su verdadero mérito se encuentra en el dominio absoluto de aquel sistema, en el conocimiento perfecto de sus principios, en la expedición con que los tienen presentes, y en la facilidad y seguridad con que los aplican.

En apoyo de mi propia opinión sobre estos grandes escritores, aduciré la autoridad de dos de los más eminentes juristas de la época moderna.

"El valor permanente del *Corpus iuris civilis* –dice Falck– no se halla en los decretos de los emperadores, sino

en los residuos de literatura jurídica que se nos han conservado en las Pandectas. Ni es tampoco la materia de estos escritos jurídicos, sino el método científico empleado en ellos por sus autores al interpretar las nociones y máximas que manejan, lo que les ha convertido en modelos de todas las épocas siguientes, y eminentemente adecuados para producir y desarrollar aquellas aptitudes mentales que son el requisito de la formación del jurista".[3]

Y Savigny dice por su parte:

> Anteriormente se ha puesto de manifiesto que en nuestra ciencia todo el éxito descansa en la posesión de los principios rectores, y justamente esta posesión es la que fundamenta la grandeza de los juristas romanos. Los conceptos y proposiciones de su ciencia no les aparecen como creados por ellos, sino como verdaderos seres, cuya existencia y cuya genealogía se les han hecho conocidas por un trato largo e íntimo. De aquí que todo su método reviste una seguridad como no se encuentra fuera de las matemáticas, y que se pueda decir sin exageración que calculan con sus conceptos... Si tienen que emitir juicio sobre un caso jurídico, parten de la intuición viva del mismo, y podemos ver ante nuestros ojos cómo la relación entera surge y se modifica paso a paso. Es como si este caso fuera el punto inicial desde el que habría que inventar la ciencia entera. La teoría y la práctica no son, por eso, para ellos dos cosas realmen-

3 *Juristische Encyclopädie*, cap. II, § 109. [Kiel, 1825. *N. del T.*]

> te distintas; su teoría está perfectamente elaborada hasta hacer posible la más directa aplicación, y su práctica está siempre ennoblecida por la consideración científica. En cada principio ven, a la vez, un caso de aplicación, en cada caso jurídico, a la vez, la regla según la cual es determinado, y su maestría es indisputable en la facilidad con la que pasan de lo general a lo particular y de lo particular a lo general.[4]

Como consecuencia de esta maestría en los principios, de su perfecta correspondencia o *elegantia,* y de la claridez del método con el que se hallan ordenados, puede decirse que no hay sistema de Derecho positivo que sea tan fácil de aprender como un todo. Al mismo fin contribuye también su escaso volumen.

Los principios mismos, procedentes muchos de ellos de épocas bárbaras, son, en efecto, poco adecuados a los fines del Derecho, y las conclusiones a que llegan, siendo consecuencias lógicas de sus imperfectos principios, participan necesariamente del mismo defecto.[5]

Un mérito incidental de los juristas romanos es su estilo, siempre simple y claro, de ordinario, conciso y enérgico, y totalmente libre de *nitor*. Sus méritos son adecuados a su objeto, y estéticamente de gran elevación. Puede decirse que se encuentra en la misma relación con el de Blackstone

4 *Von Beruf*, cap. IV, pág. 30 [Austin cita por la primera edición. Heidelberg, 1814. Este y los demás textos de Savigny han sido traducidos del origen alemán; no de la versión inglesa. *N. del T.*]

5 "*Quamquam non ideo conclusiones semper probem, quae saepe ducuntur ex quibusdam veteris persuasionis apicibus opinion consecratis*". Leibniz, *Epist. ad Kestnerum*.

y Gravina, que la que media entre una estatua griega y el maniquí de una sombrera adornado con la moda de la estación.

No se trata de ningún modo, de equiparar en importancia el estudio del Derecho romano con el de la lógica aristotélica, pues el Derecho romano no es *necesario,* pero bajo el punto de vista que ahora consideramos, se encuentra en la misma relación con el Derecho que la lógica de las escuelas con la filosofía.

No hay por qué extrañarse del número de analogías que existen entre el Derecho romano y muchos de los sistemas continentales, así como entre el Derecho romano y el Derecho inglés; dichos sistemas continentales y también nuestro Derecho inglés se han constituido, en efecto, más o menos ampliamente sobre la pauta del Derecho romano, muy especialmente a través del Derecho canónico. El Derecho inglés, empero, análogamente al Derecho romano es en su mayor parte autóctono, o poco, al menos, se ha apropiado del Derecho romano. Las coincidencias muestran cuán numerosos son los principios y distinciones que tienen en común todos los sistemas jurídicos. La amplia coincidencia entre sistemas jurídicos particulares puede echarse de ver prácticamente comparando las exposiciones de dos sistemas de Derecho cualquiera. La coincidencia es singularmente notable entre el Derecho romano y el *Common Law* de Inglaterra.

IV. Utilidad del estudio de la jurisprudencia

Habiendo descrito en términos generales la naturaleza de la ciencia de la jurisprudencia y también el modo

en que, a mi entender, debe ser expuesta, voy a indicar brevemente algo sobre su posible utilidad.

Haré constar, en primer término, que un estudio fundamental de los principios que constituyen el objeto de dicha ciencia, es un preparativo muy conveniente para el estudio del derecho inglés.

Al estudiante que comienza el estudio del Derecho inglés sin ningún conocimiento previo del elemento racional en el Derecho, considerando éste en general, aquél tiene que parecerle inevitablemente un conglomerado de normas arbitrarias e inconexas. Si se aproxima a él, en cambio, con un conocimiento profundo de los principios generales de la jurisprudencia, y con el esquema de un sistema de Derecho claramente impreso en la mente, podrá obtener una concepción clara de él –como un sistema o totalidad orgánica–, con relativa facilidad y rapidez.

Con relativa facilidad y rapidez percibirá las distintas relaciones entre sus diversas partes, la dependencia de sus normas más insignificantes con sus principios generales, así como la subordinación de aquellos principios menos generales o comprensivos con los más generales que penetran toda la estructura del sistema.

En una palabra, el estudio preliminar de los principios generales de la jurisprudencia y los hábitos mentales que este estudio tiende a engendrar, facultarán al estudiante para adquirir los principios de la jurisprudencia inglesa en particular, mucho más rápida y precisamente que hubiera podido hacerlo, si hubiera comenzado su estudio sin aquella disciplina preparatoria.

Es opinión muy extendida que el estudio de la ciencia cuya utilidad estoy tratando de demostrar puede descalificar al estudiante para la práctica del Derecho o inspirarle aversión por ella. Es probablemente un hecho que algunos que han estudiado esta ciencia se han revelado como incapaces para la práctica jurídica o bien han concebido aversión por ella. Pero pese a esta espaciosa apariencia en favor de la opinión que discutimos, niego que el estudio en sí mismo tenga la influencia que tal opinión le imputa.

Un conocimiento fundamental de los principios generales de la jurisprudencia ayuda, como he dicho, a un conocimiento fundamental de los principios de la jurisprudencia inglesa, y un conocimiento profundo previo de los principios de la jurisprudencia inglesa es difícil que incapacite al estudiante para la adquisición de conocimientos prácticos en los despachos de un notario, de un abogado o de un procurador.

Provisto de aquel conocimiento previo, puede aprender con relativa facilidad y rapidez el elemento racional de la práctica que él presencia, y en la que él interviene aquí; y su adquisición de conocimiento, destreza y disposición prácticos será mucho menos enojosa que lo sería en el caso de que fuera meramente empírica. De suerte, que el estudio de los principios generales de la jurisprudencia, en lugar de tener en absoluto la influencia que le achaca la opinión que consideramos, califica, en último término, para la práctica y sirve para disminuir la natural repugnancia con que ésta es mirada por los principiantes.

V. Sistema adoptado en Prusia

Las ventajas del estudio de los principios y distinciones comunes, así como de la historia, considerando como una preparación para el estudio del propio sistema particular, son plenamente apreciadas en Prusia, un país cuyos gobernantes pueden medirse en genio práctico con los de cualquier otro país de Europa.

En las universidades prusianas poca o ninguna atención se paga dentro de la Facultad de Derecho al Derecho vigente en el país. El estudio en ellas está total o casi totalmente limitado a los principios del Derecho, y al Derecho romano, canónico y feudal en tanto que son fuentes del sistema en vigor. El gobierno, en efecto, cree que los que conocen aquellos principios generales y la base histórica del sistema vigente podrán apropiarse éste más fácil y, a la vez más fundamentalmente, que si se entregaran directamente a su estudio o trataran de aprenderlo empíricamente.

"En los Estados prusianos –dice Savigny– nunca, ni siquiera después de la introducción del Derecho territorial *(Landrecht),* se ha prescrito un plan de enseñanza, y esta libertad, sancionada por una antigua experiencia en las universidades alemanas, se ha reducido tampoco el número de los docentes que hacía preciso anteriormente el Derecho común *(gemeines Recht),* y los cancilleres de las universidades nunca han despertado ni en los docentes ni en los estudiantes la impresión de que pudiera ser superflua una parte de las clases antes necesarias. Originariamente se tuvo por conveniente que en toda Universidad

existiera cuando menos una cátedra para el Derecho prusiano, y se señaló un premio considerable para el mejor tratado de la materia. Posteriormente, ni esto siquiera se exigió, y así, por ejemplo, en la Universidad de Berlín no se ha enseñado hasta el día el Derecho prusiano. La misma idea se halla en la base de la reglamentación de los exámenes; el primero, al entrar en la verdadera materia, versa simplemente sobre el Derecho común; el período subsiguiente está destinado a la pura formación práctica del jurista, y sólo los dos exámenes siguientes tienen también por objeto el Derecho territorial, aunque sin excluir por ello el Derecho común. Actualmente, pues, la formación del jurista puede decirse que se compone de dos mitades, de las cuales la primera (la Universidad) tiene sólo como cometido el fundamento científico, mientras que la segunda tiene por objeto el conocimiento del Derecho territorial, el del procedimiento prusiano, y la instrucción práctica".[6]

La opinión sostenida por mí era también la de Hale, Mansfield[7] y otros, como lo demuestra su práctica, y fue recomendada por Sir William Blackstone hace unos ochenta años.[8]

6 Savigny, *Von Beruf*, traducción de Hayward, pág. 165. [En la primera ed. alemana de 1814, páginas 144 y ss. *N. del T.*]

7 "Lord Hale decía a menudo, que los verdaderos fundamentos y razones del Derecho se hallaban también expuestos en los Digestos (romanos), que de ninguna manera mejor que buscándola aquí podría entenderse la ciencia del Derecho; por ello, se lamentaba mucho de que el Derecho romano fuera tan poco estudiado en Inglaterra". *Barnet´s Life*, pág. 7.

8 Blackstone recomienda el estudio del Derecho natural y del Derecho romano en conexión con el estudio de los fundamentos peculiares del nuestro. Por Derecho natural, etc., parece entender el mismo estudio que yo recomiendo.

Apoyado en tales autoridades, creo poder concluir que la ciencia en cuestión, si es enseñada y aprendida experta y efectivamente y con la minuciosidad requerida, constituiría una ayuda nada despreciable para adquirir el conocimiento del Derecho inglés.

Igualmente, creo poder subrayar la utilidad que representa el poder aprender o conjeturar prontamente y a través del obstáculo de una terminología extraña los principios y preceptos de otros sistemas de Derecho; y ello aunque sólo sea bajo un punto de vista meramente práctico:

l. En consideración a la práctica o la administración de justicia en aquellos de nuestros territorios fuera de la metrópoli en los que se hallan más o menos en vigor sistemas de Derecho extraños. 2. En consideración a los sistemas de Derecho fundados en el Derecho romano, bien directamente, bien a través del Derecho canónico, los cuales se aplican también en Inglaterra a ciertas categorías de objetos. 3. En consideración a cuestiones que surgen incidentalmente, incluso ante los tribunales que administran Derecho autóctono. 4. En consideración a las cuestiones que llegan en apelación ante el Consejo Privado, un Tribunal que está obligado a decidir asuntos procedentes de numerosos sistemas, sin la posibilidad por parte de jueces y abogados de tener un conocimiento específico de ellos; un inconveniente cuyo único remedio es el conocimiento de los principios generales del Derecho por parte del Tribunal y de los abogados.

Es evidente, en efecto, que un hombre familiarizado con tales principios, independientes como lo son de todo sis-

tema particular, y acostumbrado a captar analogías, se verá menos confundido al tratar de instituciones mahometanas e hindúes, que si sólo las conoce *in concreto,* tal como se dan en sus propios sistemas, y se sentirá también mucho menos inclinado a forzar las instituciones hindúes dentro del molde de las de su patria.

Y en segundo lugar, sin algún conocimiento de sistemas extraños, ningún jurista podrá apreciar debidamente los defectos o ventajas del suyo propio.

Y de igual manera que un conocimiento profundo de la ciencia cuya utilidad estoy tratando de demostrar, facilitará al estudiante el conocimiento del Derecho inglés, de igual manera también le capacitará para apropiarse con relativa facilidad y rapidez casi todos los sistemas extraños a los que pueda dirigir su atención. Son tan numerosos –como ya he dicho– los principios comunes a todos los sistemas de Derecho, que un jurista que ha dominado el Derecho que está vigente en su patria ha dominado ya implícitamente mucha de la materia jurídica que se halla vigente en otras comunidades. De tal suerte que la dificultad con que un jurista versado en el Derecho de su país tropieza para aprender el Derecho de otro, procede más bien de diferencias entre los términos de los sistemas, que de diferencias reales y sustanciales entre sus máximas y preceptos.

Ahora bien, el obstáculo que alza el lenguaje técnico para la comprensión de sistemas extraños podría, en parte, suprimirse o paliarse para el estudiante de la jurisprudencia general, si esta ciencia le fuera competen-

temente expuesta en la forma en que yo trataré de hacerlo. Si la exposición de esta ciencia fuera realizada de acuerdo con dicho método, se explicarían incidentalmente, tanto los términos más importantes como los principios fundamentales del Derecho romano o civil. Y una vez que el estudiante se hubiera apropiado estos términos y conociera también perfectamente el Derecho de su país, dominaría con poca dificultad la materia del sistema romano y de cualquiera de los demás sistemas que derivan en lo esencial del romano.

Entiendo que por personas entendidas y relevantes se ha sostenido la opinión de que debería extenderse la competencia de los tribunales eclesiásticos, a fin de que no se extinga esta jurisdicción, así como para asegurar al país un número suficiente de juristas especializados en el Derecho romano.

Nadie puede discutir la importancia que tiene el asegurar la existencia de un cuerpo de juristas con un amplio conocimiento del Derecho romano. En todos nuestros tribunales surgen incidentalmente cuestiones sobre sistemas de Derecho extranjero, los cuales descansan principalmente en el Derecho romano. El derecho vigente en algunas de nuestras colonias procede también esencialmente del mismo modelo, y ante el Consejo Privado se presentan en apelación cuestiones que puedan ser decididas en justicia y a fin de que el derecho de estas colonias pueda ser debidamente administrado, se requiere evidentemente que exista un cuerpo de juristas ingleses con cierto conocimiento amplio del Derecho romano.

Pienso, sin embargo, que toda persona versada en el Derecho civil se preguntará si un estudio profundo de los principios del Derecho en Inglaterra, del elemento racional en el Derecho en general y de los principios y términos fundamentales del mismo sistema romano, no será un camino más seguro para la adquisición de aquel conocimiento que el estudio del Derecho eclesiástico o la práctica en la jurisdicción eclesiástica.

VI. La formación del jurista

Antes de seguir adelante, me parece conveniente exponer cuál es en mi opinión respecto a la educación necesaria para formar un jurista.

Para llegar a la formación de un jurista teórico-práctico, ampliamente versado tanto en la ciencia jurídica como en las ciencias relacionadas con el Derecho –es decir, de la clase de los que son capaces de hacer avanzar la jurisprudencia y de concebir reformas legislativas provechosas–, es preciso que se comience tempranamente con estos estudios y hay que contentarse con una atención limitada a las otras ciencias.

Las lenguas de la antigüedad clásica son una ayuda casi indispensable para todos los conocimientos fundamentales en política, jurisprudencia y en todas las demás ciencias morales. Son también un requisito para la formación de aquellos elevados sentimientos y para aquella rectitud de juicio y de gusto que se hallan inseparablemente unidos con ellas. Dichas lenguas pueden adquirirse y, de hecho, se adquieren, si se adquieren bien, en la primera juventud.

En cambio, por lo que respecta a las ciencias matemáticas –excepto en lo que se refiere a los métodos de investigación y de prueba, los cuales deben constituir un capítulo en todo curso de lógica bien concebido–, no veo por qué deben estudiarlas las personas dedicadas al Derecho o a la vida pública; ni por qué tampoco deberían estudiarlas los que no tienen una vocación especial por ellas o por alguna de las ciencias o artes en las que tienen amplia aplicación. Para todos los demás, las ventajas derivadas de ellas como gimnasia mental, pueden extraerse asimismo, al menos en gran proporción, de un curso de lógica bien dispuesto, en el cual podría incluirse tanta parte de las matemáticas como fuera necesario para obtener las mencionadas ventajas.

La lógica es una preparación necesaria para el estudio de las ciencias morales, en las cuales la ambigüedad de los términos, especialmente la derivada de su varia extensión, el gran número de nombres colectivos, susceptibles de ser confundidos con existencias, y la forma elíptica en la que se expresa el razonamiento, hacen absolutamente necesario un previo conocimiento de la naturaleza de los términos y del proceso del razonamiento. En las matemáticas puras y en las ciencias en las que ellas encuentran aplicación, puede no ser tan necesario un conocimiento previo de la naturaleza de la inducción, generalización y razonamiento, porque en ellas los términos son definidos, las premisas pocas y establecidas formalmente, y las consecuencias deducidas en su mayor parte. Aquellos, empero, que no tienen tiempo para disciplinar sus mentes con esta ejemplificación casi perfecta

del mencionado proceso, se encuentra en la absoluta necesidad de adquirir un conocimiento previo de la lógica. Considerando, en efecto, la clase de dificultades que salpican las disquisiciones morales, la lógica es una preparación mejor que las matemáticas o las ciencias físicas, las cuales no son la teoría de estos procesos mentales, sino simplemente su ejemplificación.

Con respecto a los juristas en particular, hay que señalar que el estudio del elemento racional en el Derecho es tan adecuado o casi tan adecuado como el de las matemáticas para ejercitar la mente en el mero proceso de deducción desde hipótesis dadas. Esta era la opinión de Leibniz, autoridad de no escaso valor para juzgar de la importancia relativa de las dos ciencias bajo este punto de vista. Hablando de los juristas romanos, dice, en efecto: "*Digestorum opus (vel potius auctorum, unde scerpta sunt, labores) admiror: nec quidan vidi, sive rationum acumen, sive dicendi nervos spectes, quod magis accedat ad mathematicorum laudem. Mira est vis consequentiarum, certatque ponderi subtilitas*".[9]

Y con respecto a una percepción precisa y pronta de analogías y al proceso de inferencia fundado en analogía

9 Leibniz, *Epist. ad Kestnerum*. Y de nuevo en la misma epístola: "*Dixi saepius, post scripta geometrarum, nihil extare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum jurisconsultorum scriptis compari possit, tantum nervi inest, tantum profunditatis... Nec uspiam juris naturalis praeclare exculti uberiora vestigia deprehendas. Et ubi ab eo recessum est, sive ob formularum ductus, sive ex majorum traditis, sivi, ob leges novas, ipsae, consequentiae ex nova hypothesi aeternis rectae rationis dictaminibus addita, mirabili ingenio, nec minore firmitate diducuntur. Nec tan saepe a ratione abitur quam vulgo videtur*".

–"*argumentatio per analogiam*" o "*analogica*"–, que es la base de todas las inferencias exactas en relación con materias de hecho y existencia, el estudio del Derecho, cuando es realizado desde un punto de vista racional, es, a mi entender, más útil que el de las matemáticas o el de cualquiera de las ciencias a las que las matemáticas tienen aplicación. Pensemos, por ejemplo, en el proceso de inferencia analógica en la aplicación del derecho, en el proceso de consecuencia analógica por el que tan a menudo se lleva a cabo un desarrollo del Derecho existente, las inferencias analógicas relativas a la *consideration of expediency,* los principios de la prueba judicial, así como los juicios basados en la prueba; todo ello muestra que no hay estudio que pueda formar la mente para razonar exacta y prontamente por analogía, como lo hace el estudio del Derecho. Y de acuerdo con ello, es observación general que los juristas son los mejores jueces en materia de prueba cuando se trata de cuestiones de hecho o de existencia.

Y aun admitiendo que, como gimnasia mental, las matemáticas sean en cierto modo superiores al Derecho, es más conveniente, sin embargo, que los juristas y jóvenes destinados a la vida pública no se esfuercen en conocerlas extensamente, sino que, después de haber estudiado los clásicos y de haber pasado por un curso de lógica, dirijan su atención lo más pronto posible, con toda energía y casi exclusivamente, al estudio de la jurisprudencia general, de la ciencia de la legislación y de todas aquellas ciencias relacionadas con ellas que de manera más inmediata pueden prepararles para su profesión o para la política práctica.

Con las matemáticas, y por lo que a su profesión afecta, lo único que hacen es ejercitar sus facultades mentales. Con las otras ciencias ejercitan simultáneamente sus facultades mentales y adquieren además aquellos conocimientos sin los cuales no pueden desempeñar su profesión. Si tengo la intención de ir a pie a *York*, puedo adquirir la necesaria rapidez y resistencia realizando marchas preparatorias por la carretera de *Exeter*. Pero si, desde un principio, comienzo a entrenarme por el camino de *York*, no sólo adquiriré rapidez y resistencia, sino que, a la vez, iré avanzando hacia el punto al que trato de llegar.

Estas observaciones no se refieren a aquellas personas dotadas de tales facultades y de tal capacidad de aprehensión que pueden aspirar sin peligro a la universalidad. Se refieren sólo a aquéllas otras que adquieren sus conocimientos por un trabajo constante, y tratan de indicar el único camino que, a mi entender, conduce hacia este fin. Estas personas tienen que contentarse con conocimientos limitados fuera del dominio de las ciencias propias de su profesión –lo suficiente para evitar la unilateralidad del especialista– y tienen que comenzar pronto a estudiar dichas ciencias. Lamento que tenga que ser así. Nada, en efecto, me causaría mayor placer que un conocimiento extenso, especialmente de las ciencias exactas; pero, en términos generales, el que quiere conocer algo bien, tiene que ser un ignorante respecto a muchas otras cosas.

VII. Necesidad de una Facultad de Derecho

Y aquí he de añadir que para dotar a los jóvenes que se preparan para la profesión de una base sólida, tanto para

adquirir –en el despacho de un jurista– la destreza práctica necesaria como para ejercer más tarde con éxito la carrera, es indispensable una institución semejante a la Facultad de Derecho que existe en las mejores de las universidades extranjeras: una institución en la que puedan enseñarse por profesores competentes los principios generales de la jurisprudencia y de la ciencia de la legislación, incluida la ética general, el Derecho internacional y la historia del Derecho inglés con rudimentos de sus tres fuentes principales: el Derecho romano, el canónico y el feudal y, finalmente, el Derecho inglés vigente.

En una institución de esta especie, los jóvenes que no van a dedicarse a la práctica de la profesión, sino a la vida pública –"*ad res gerenda nati*"– pueden recibir instrucción en las ciencias necesarias al legislador. Los jóvenes destinados a la administración deberían asistir a la Facultad de Derecho, así como, de otro lado, las personas destinadas al ejercicio del Derecho deberían asistir a los cursos de las diversas ciencias políticas, tales como economía política, etc. Pues por muy grande que sea la utilidad del estudio de la jurisprudencia general para los juristas, y por muy absoluta que sea su necesidad para aquellos que tienen en sus manos las tareas de la codificación, no menos importante es su estudio para las personas destinadas a intervenir en los asuntos públicos del país.

Es extremadamente importante que una gran parte de la aristocracia, la cual, por su posición y talento, se halla destinada a la elevada profesión de la política práctica, trabe conocimiento, al menos, con los *generalia* del

Derecho y con algunas ideas fundamentales de la ciencia de la legislación; es preciso que penetre en lo posible en la teoría e incluso que pase algunos años en la práctica profesional.

Si las Cámaras del Parlamento contaran con un número suficiente de miembros así formados, la exigencia de una reforma legal tendría un carácter menos discriminador y también menos imperativo, se evitarían muchas leyes injustas e imperfectas, y la oposición a proyectos plausibles no vendría de un sector interesado. Todo ello es de no escasa importancia en la época de innovaciones que se extiende ante nosotros. Y aun cuando como juristas con un perfecto conocimiento del sistema son en sí buenos legisladores, quizás les sea necesario rozarse con los prejuicios profesionales e incluso con intereses bastardos.

Este roce y este incentivo para buenos juristas podría encontrarse entre personas versadas en los principios del Derecho, no, en cambio, en personas ignorantes de la teoría y de la práctica.

A mi entender, Londres posee especiales condiciones para una Facultad de Derecho de esta especie. Los profesionales, aun no practicando la profesión, enseñarían bajo la mirada y el control de juristas prácticos, y ello haría que se evitasen muchos de los errores en los cuales caen necesariamente, siendo excelentes como lo son, los profesores de Derecho alemanes, por no tener bastante contacto con personas que practican la profesión. Las realidades con las que estas últimas tienen que enfren-

tarse son el mejor contrapeso de esas tendencias a la pura erudición o a las fantasías filosóficas que pueden tentar a los hombres de ciencia. En Inglaterra la teoría se adaptaría a la práctica.

Además de las ventajas directas que aportaría tal institución, muchas otras se derivarían de ella incidentalmente.

En primer lugar, una literatura jurídica digna del foro inglés.

Buenos tratados de Derecho –y especialmente el más importante de todos, un buen tratado de instituciones, filosófico, histórico y dogmático sobre la totalidad del Derecho inglés– sólo podrían ser escritos por hombres o por equipos de hombres dotados de profundos conocimientos y con mucha y muy escogida lectura. Tales libros pueden ser producidos por hombres que, por los deberes de su cargo poseen un conocimiento adecuado del objeto, pero apenas si pueden salir de la pluma de los que ahora escriben, los cuales no son juristas con grandes conocimientos –pues aun cuando éstos serían los más idóneos para ello, el ejercicio de la profesión apenas si les deja tiempo para esta labor–, sino jóvenes que tratan de hacerse un nombre y que, a menudo, carecen de los conocimientos que tratan de difundir.

Los hombres que compondrían la Facultad de Derecho, tal como yo me la imagino, estando acostumbrados por su cargo a la exposición, producirían libros bien articulados, bien escritos y conteniendo además la necesaria información. A pesar de su vida retirada, los profesores alemanes

producen excelentes libros, muchos de los cuales constituyen una pauta para los juristas prácticos o gozan de gran estima entre ellos, como, por ejemplo, los del Profesor Thibaut.

En Inglaterra mejores libros podrían esperarse, por la razón ya expuesta, a saber: por la constante consideración de la práctica que el roce con los juristas prácticos impondría sobre los autores.

Otro efecto, en segundo lugar, del establecimiento de una Facultad de Derecho sería el progreso de la ciencia del Derecho y de la ciencia de la legislación por obra de un grupo de personas dedicadas especialmente a su enseñanza como tales ciencias y capaces de ofrecer sugestiones útiles para el mejoramiento –por su sistematización o por medios legislativos– del Derecho vigente. Pues aunque juristas prácticos ilustrados son los mejores legisladores, no son quizás tan buenos creadores –por falta de tiempo para la abstracción– como un grupo tal como yo lo imagino. Y los esfuerzos de tales personas, tanto par el progreso de la jurisprudencia y de la ciencia de la legislación, como sugiriendo reformas en el Derecho vigente, podrían participar del buen sentido y de la serenidad que les imprimirían necesariamente la presencia y el contrapeso de los juristas prácticos.

Hasta qué punto sería factible una institución así, es cosa que no tenga elementos de juicio para determinar.

Habría, en primer lugar, una dificultad: la de reunir el número suficiente de profesores para probar la utilidad del estudio de las ciencias enseñadas por ellos, es decir,

de conocedores profundos de sus respectivas ciencias –hasta el punto que puede hacerlos el estudio continuado y asiduo– que fueran, además, maestros en el difícil arte de la exposición lúcida, sustanciosa e interesante, un arte muy diferente del de la oratoria, lo mismo de la del parlamento que de la del foro. Quizás no hay en Inglaterra un solo hombre que se aproxime al ideal de un buen profesor de alguna de estas ciencias. Esta dificultad se salvaría, empero, en unos pocos años por la demanda misma de tales profesores; de igual manera que ha ocurrido en otros países en los que tales instituciones han sido fundadas por el Gobierno.

Otra dificultad es la general indiferencia en nuestro país por tales instituciones, así como la incredulidad también general en su utilidad. Esta indiferencia y esta incredulidad, empero, están desapareciendo, aunque lentamente, y estoy convencido de que antes de muchos años se sentirá y reconocerá por todo el mundo la importancia de dichas instituciones, lo mismo en relación con la influencia y el honor de la profesión legal que en relación con el bien del país, que en tan gran medida depende del carácter de aquella profesión.

Síntomas alentadores han aparecido ya, y hay razón para esperar de estos comienzos, aunque débiles, que el Gobierno de nuestro país o que las *Inns of Court* proveerán finalmente a los estudiantes de Derecho o a los jóvenes destinados a la vida pública de aquellos elementos necesarios para que gocen de una formación adecuada a su alta e importante vocación.

Habiendo tratado de determinar o sugerir el objeto de la jurisprudencia general a la vez que el modo en que este objeto debe ser expuesto y ejemplificado, y habiendo tratado de demostrar la utilidad que puede revestir el estudio de dicha ciencia, he de observar tan sólo que dicha utilidad puede esperarse cuando los estudiantes de Derecho –bien los profesionales, bien los que piensan dedicarse a la vida pública– la aprenden con la requerida intensidad y precisión: una cosa que no puede lograrse con la mera asistencia a un curso de lecciones, por muy completa y correctamente que esté concebido y por muy clara que sea su exposición. No podría adquirirse dicha ciencia de la manera requerida, aun cuando el profesor aportara a la tarea el conocimiento exacto y extenso, la facultad de concepción propia y ordenada y el raro talento de exposición clara y adecuada ilustración, que exige la realización satisfactoria de aquel cometido. El profesor, en efecto, sólo podría explicar adecuadamente algunas partes del plan de estudios total, llenando las lagunas con meras referencias a aquellos eslabones que, aun siendo necesarios, había sido preciso omitir.

ÍNDICE

I. LA JUSTICIA

¿Qué es la Justicia? 3
Hans Kelsen

¿Qué es Justicia? 45
Roscoe Pound

Significado de Justicia 83
Frank H. Knight

La Ley y los Jueces
(Valores positivos y negativos
del Positivismo) 119
Eberhard Schmidt

II. FILOSOFÍA Y FUNCIÓN JUDICIAL

La naturaleza de la función judicial 161
Benjamín N. Cardozo

Ley, Justicia y las aspiraciones del pueblo 291
Clarence Morris

El Juez 323
Rudolf Stammler

El Abogado 463
Manuel Ossorio y Florit

Medios jurídicos para la interpretación e integración del Derecho 481
Juan Vallet de Goytisolo

Sobre la utilidad de la Jurisprudencia 517
Rudolf Stammler

Lecturas de Filosofía del Derecho, Volumen II, se terminó de imprimir en diciembre del 2001. La edición consta de 1000 ejemplares, y la revisión y supervisión editorial estuvo al cuidado de los licenciados Antonio Muñozcano Eternod y Juan Carlos Gómez Martínez.

Diseño
Ismael González Reyes

DIRECCIÓN GENERAL DE ANALES DE JURISPRUDENCIA Y BOLETÍN JUDICIAL



Sexta Época. Segunda Etapa



Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial

Colección "Doctrina"