

SETENTA Y CINCO AÑOS DE EVOLUCIÓN EN FILOSOFÍA DEL DERECHO

Por EDGAR BODENHEIMER *

La tarea consistente en preparar un informe sobre el tema identificado con este título, presenta algunas hesitantes dificultades. El problema surge por el hecho de que el objetivo de este informe es una revisión de los desarrollos significativos en la filosofía del derecho a escala internacional, más que nacional o regional. Si el reporte se encontrara limitado a la órbita angloamericana o latinoamericana, o a los países de Europa de habla alemana, muchas horas podrían fácilmente ocuparse en describir importantes desarrollos sobre filosofía del derecho desde el principio del presente siglo en estas áreas del mundo. Sobrepasar tales límites y extender la investigación a todas las principales órbitas jurídicas convierte la tarea en excesivamente difícil.

Hubo un tiempo en la historia en que los intentos de construir sistemas jurídicos de gran escala, comprensivos y detallados se encontraban, casi exclusivamente, centrados en Europa Occidental. Pero, esto ya no es verdad en el siglo xx. Los esfuerzos por emprender un examen más profundo de las instituciones jurídicas e investigar su naturaleza y funciones han sido hechos en los cinco continentes y desde muy divergentes puntos de vista tanto políticos, económicos, como sociales. Aun en el sector socialista de la comunidad internacional, el cual en un tiempo mostraba una clara y amplia uniformidad de planteamiento, han aparecido fisuras durante las últimas décadas las cuales han puesto a la Unión Soviética aparte de China, a Rumania a cierta distancia de Alemania Oriental.

Un ulterior problema se presenta por el hecho de que la persona que trate de analizar los principales desarrollos de la filosofía jurídica en la comunidad mundial debe de dominar un amplio número de lenguas diferentes. Este autor no tiene tal calificación.

Existe sin embargo, un factor que, en tal situación, alivia en cierta forma, los predicamentos referidos. No existen tantas filosofías jurídicas como existen países en este planeta; y también es verdad, que el número de filosofías jurídicas no iguala el número de jusfilósofos. La cantidad de planteamientos básicos sobre las instituciones jurídicas es, de hecho, muy limitada además de que existen ciertos temas siempre recurrentes y claves (*leit motive*), para usar

* Professor Emeritus, School of Law, University of California, Davis.

el lenguaje musical de Wagner, los cuales han aparecido, con ciertas variaciones y modificaciones, constantemente a través de la historia de la civilización. En este reporte me propongo hacer hincapié, mayormente, en estos temas recurrentes, dejando a un lado las cuestiones de detalle, así como las fluctuaciones en el énfasis y los métodos de presentación.

Son cuatro los temas fundamentales sobre los cuales me gustaría concentrar principalmente, mi exposición: (1) La cuestión de si los juicios de valor éticos importan a la validez del derecho positivo; (2) La cuestión de si las relaciones jurídicas son primordialmente verticales, expresables en términos de mandatos gubernamentales y obediencia, o si tales relaciones son predominantemente horizontales, denotando arreglos, disposiciones y avenencias que se producen entre los miembros de la sociedad civil; (3) La cuestión de si el derecho es preponderantemente un sistema de normas generales o si es más realista considerar el orden jurídico como un agregado de decisiones concretas de los tribunales; y (4) La cuestión de si el proceso propio del razonamiento jurídico es primordialmente de carácter analítico o de carácter no analítico.

Voy a referirme, principalmente, a los desarrollos del siglo xx en estas cuatro áreas de la filosofía jurídica. Será necesario, sin embargo, tomar en cuenta la herencia, del pasado sobre la cual el siglo xx, inevitablemente, tuvo que construirse. En la última parte del reporte intentaré señalar ciertas enseñanzas las cuales pueden ser obtenidas de la más reciente evolución de la filosofía jurídica e intentaré asimismo considerar, contemplando en una bola de cristal, el presunto impacto que estas enseñanzas producirán sobre los desarrollos del futuro.

I

Permitásenos, primeramente considerar la fascinante cuestión de si los juicios de valor ético importan a la validez de un orden jurídico o a una norma particular que pertenece a un sistema jurídico. En la historia de la filosofía jurídica se han alternado dos planteamientos sobre el derecho los cuales, como brevemente explicaré, coinciden en una considerable medida, pero que pueden bifurcar sus caminos cuando nos movemos del centro hacia la periferia del orden jurídico.

El primero de estos dos puntos de vista sostiene que el derecho representa un orden razonable de la sociedad, el cual es aceptado y observado por una amplia mayoría de los individuos en virtud de que corresponde a sus intereses y necesidades básicos. De acuerdo con este punto de vista, el carácter esencial del derecho está determinado por su *contenido*: no todo aquello que es impuesto por las autoridades gubernamentales para controlar el comportamiento humano se identifica con el derecho, sino, únicamente aquella parte

de la estructura normativa que no suscita en los individuos un sentimiento de completa aversión y aborrecimiento y al cual, por esta razón, tales individuos están prestos y dispuestos a obedecer.

La segunda dirección básica se encuentra contenida en la famosa sentencia de Thomas Hobbes: “no es la rectitud (*rightness*) sino la autoridad la que crea el derecho”.¹ De acuerdo con este punto de vista, el derecho es un acto de voluntad más que emanación de la razón. Más concretamente: el derecho es un mandato autoritario emitido por los detentadores del poder en una sociedad. Toda vez que un mandato establecido por el gobierno haya sido producido de conformidad con los procedimientos y formalidades descritos para la creación del derecho, tendrá el carácter de derecho, independientemente de su contenido.

Parece así que de acuerdo con el primer punto de vista, el criterio de validez del derecho consiste en la conformidad con, al menos, un *modicum* de justicia sustantiva. De acuerdo con el segundo punto de vista, la piedra de toque reside en la conformidad con ciertas exigencias técnicas. Podría parecer, a primera vista, que estas dos tesis, son recíprocamente inconsistentes y mutuamente excluyentes. Esto, sin embargo, no es el caso. Órdenes jurídicos que totalmente considerados sean inválidos bajo el criterio sustantivo, pero válidos de conformidad al criterio formal, simplemente no se producen en la realidad empírica y, si ellos, ocasionalmente, aparecen, son aptos sólo para una corta duración.

Aun un orden dictatorial o despótico usualmente, contiene claramente un gran núcleo de normas las cuales son promulgadas de manera regular, y las cuales no son sentidas como repulsivas por la población. Este núcleo de normas es válido tanto de conformidad con el criterio sustantivo como con el criterio formal. Este núcleo de normas, sin embargo, puede ser rodeado de un halo de normas altamente opresivas, impuestas a los individuos como un todo, sobre una minoría desfavorecida o sobre grupos o individuos inconformes.

Estas normas altamente opresivas pueden, ciertamente, ser válidas de acuerdo con el criterio formal e inválidas de conformidad con el criterio sustancial.

El punto de vista que considera las virtudes éticas fundamentales como un ingrediente indispensable de una norma o de un sistema de normas, es usualmente considerado como la filosofía del derecho natural. El punto de vista que elimina consideraciones de justicia sustantiva en la determinación del concepto de derecho es denominada “positivismo jurídico”. ¿Cuál fue el *status* de estos dos planteamientos sobre el derecho en el umbral del siglo xx? En 1892, el jurista alemán Karl Bergbohm había denunciado a la doctrina del derecho natural como una monstruosidad de filosofía jurídica. Bergbohm basó su conclusión en el argumento de que los juicios de valor éticos eran

¹ T. Hobbes, *Leviathan* (1670), Pt. II, ch. 26.

producto de contingencias históricas o de creencias cambiantes, y como tales, se encontraban desprovistos de cualquier cualidad intrínseca de verdad o rectitud (*rightness*). Para Bergbohm, por tanto, los juicios de valor éticos están del todo inadecuados como instrumentos para medir la validez de las normas promulgadas por un gobierno legítimo. Bergbohm estaba completamente convencido de que el derecho natural era una reliquia del pasado que no debería ser revivido jamás.² Sesenta años antes, en Inglaterra, Austin había llegado a la misma conclusión. Al igual que Thomas Hobbes, Austin consideró que la autoridad, y no la *rectitud* (*rightness*), crea el derecho. Austin se representó el derecho como un sistema de mandatos gubernamentales.³ Aunque Austin fue un utilitarista que creyó que el derecho debía promover la mayor felicidad para el mayor número, no pensó que las desviaciones legislativas de estos estándares importaran para la validez de las normas jurídicas.

En el curso del siglo xx, la corriente positivista del derecho recibió su más consistente e influyente elaboración en la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen.⁴ Cualquier prueba axiológica de validez jurídica, tal como criterios basados en la moralidad o en la justicia, fueron rigurosamente amputados por Kelsen de la ciencia jurídica, tal y como él la entendía.

Kelsen concibió el derecho como un orden coactivo mantenido por la fuerza pública.⁵ De acuerdo con Kelsen, una norma jurídica es válida si su creación es el resultado de una autorización por parte de una norma superior (y como agregara más tarde, si no es totalmente ignorada en la realidad jurídica). La razón última de validez de un orden jurídico considerado en su totalidad es la norma fundamental, norma hipotética no positiva, la cual ordena obediencia a la constitución y a las normas jurídicas creadas de conformidad con ella.⁶

Mientras que el siglo xix mostraba un creciente abandono del pensamiento del derecho natural en favor del encumbramiento del positivismo jurídico, tal tendencia fue invertida en el siglo xx. Inmediatamente al comienzo de este siglo, un nuevo y muy cauteloso intento para superar las limitaciones del positivismo surgió en los escritos de Rudolf Stammler, representante de la escuela neokantiana de filosofía del derecho. Contrariamente a los positivistas, Stammler marcó una distinción entre *el concepto del derecho y la idea del derecho*. Su concepto de derecho fue esencialmente positivista, axiológicamente neutral, y concebido para abarcar todas las formas del derecho que hayan podido existir en la historia de la humanidad.

Stammler creyó que había encontrado una definición omnicomprendiva en

² K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (1892).

³ . Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture V (1832).

⁴ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (2d. ed., 1960). An English translation was published in 1967 under the title *Pure Theory of Law*.

⁵ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 34-35.

⁶ H. Kelsen, "On the Basic Norm", 47, *California Law Review*, 107 (1959).

la fórmula. “El derecho es la voluntad entrelazante, autárquica e inviolable” (N. T.: *Economía y Derecho*, pp. 93-116 y 466). La voluntad entrelazante es dada por el gobierno soberano, todas las expresiones autorizadas por esta voluntad son estrictamente obligatorias para los ciudadanos. Esta es, por supuesto, una concepción formal y técnica del derecho, la cual no hace referencia a la noción de justicia.

La idea del derecho de Stammler por el otro lado, es un criterio o patrón (*measuring rod*) que nos permite distinguir entre derecho justo e injusto, y contiene una cierta, aunque vaga noción de justicia.

De acuerdo con Stammler, el contenido de una norma jurídica es justa, si conduce a armonizar los fines del individuo con aquellos de la sociedad. Una “comunidad de hombres libres volentes” es la fórmula Stammleriana de justicia. Una violación de este ideal se produce cuando la voluntad de una persona se encuentra sometida al poder ilimitado de otra o cuando algunas personas son arbitrariamente, excluidas de la comunidad jurídica.⁷

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la desviación de la idea del derecho de acuerdo con Stammler? ¿Existe un derecho de resistencia privada o judicial contra el derecho injusto? Stammler negó tal derecho porque consideró que todas las expresiones formalmente autorizadas de la voluntad soberana tenían que ser inviolables. Su idea del derecho no era una prueba de la validez del derecho; era, meramente, una herramienta cognoscitiva para separar el derecho bueno del malo.

Otros representantes de la escuela neokantiana dieron un paso más allá de Stammler. Ellos estaban dispuestos a reconocer un derecho de resistencia contra los mandatos del poder del Estado en los casos extremos en que tales mandatos entraran en irreconciliable conflicto con los requerimientos primordiales y elementales de la justicia. Esta posición fue adoptada por Giorgio del Vecchio⁸ y por Gustav Radbruch en el último periodo de su vida, después de que pasó por las experiencias del terror nazi. La solución de Radbruch en lo que respecta a la relación entre derecho positivo y justicia, se encuentra contenida en la siguiente formulación: “Debe darse preferencia a la norma del derecho positivo, mantenida como lo es por una promulgación regular y por el poder estatal, aun cuando la norma sea injusta y contraria al bienestar general, salvo cuando la violación de la justicia alcance un grado tan intolerable que la norma se convierta, de hecho, en ‘derecho intijurídico’ y tenga, por tanto, ceder a la justicia”.⁹

⁷ R. Stammler, *Die Lehre vom Richtigen Recht* (1902), translated into English under the title *Theory of Justice* (1925). See also *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (3rd ed., 1928).

⁸ G. del Vecchio, *Philosophy of Law*, 456 (Martin transl., 1953) and *Justice*, 157, 158 (Campbell ed., 1953).

⁹ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 353 (4th ed., 1950). The text follows Fuller's translation of the formula in 6, *Journal of Legal Education*, 484 (1954).

Esta posición fue adoptada por la Suprema Corte de Alemania Occidental así como por su Corte Constitucional en el periodo que siguió al colapso de el Tercer Reich, en casos concernientes a la validez y obligatoriedad de ciertos decretos del gobierno nazi.¹⁰

Estas decisiones judiciales de las Cortes alemanas, así como la opinión de Radbruch, después de su conversión al derecho natural, dio origen a la crítica del jusfilósofo británico, de gran influencia, Hebert Hart.

En un muy discutido artículo Hart sostuvo que debe mantenerse una rígida distinción entre el derecho y la moralidad. El derecho, afirma, debe ser considerado de forma a comprender todas las reglas que son válidas en virtud de las pruebas constitucionales o legales establecidas por el sistema jurídico positivo, independientemente de la intrínseca justicia de tales reglas.

Hart sostuvo, en consonancia con Kelsen, que nada se podía ganar adoptando un concepto más estrecho de derecho que excluyera a las reglas ultrajantes, aun si el grado de inmoralidad pudiera haber alcanzado proporciones extremas.¹¹ Sin embargo, Hart no declaró, que las normas jurídicas que fueran absolutamente repugnantes a la justicia o al sentido moral de la comunidad debieran, necesariamente y en todas circunstancias, ser observadas. Hart apuntó que, aunque tales reglas son derecho, puede haber un derecho moral a desobedecerlas. La opinión de que la validez del derecho puede ser condicionada por su referencia a preceptos fundamentales de la moralidad, ha encontrado, siempre, fuertes defensores en la filosofía jurídica católico romana.

Santo Tomás de Aquino mantuvo la tesis de que el derecho injusto no es derecho, Santo Tomás defendió, por otra parte, que en beneficio de la paz y del orden público los individuos y grupos de individuos deberían, usualmente, cambiar su derecho e impugnar los mandatos perniciosos de la autoridad, por actos de resistencia activa o pasiva. Por otro lado, el derecho que viole preceptos divinos elementales, tales como los Diez Mandamientos, no requiere, y no debe, ser obedecido.¹²

En el siglo xx la teoría jurídica neotomista ha reiterado este dogma de fe en varias y diversas formulaciones. Heinrich Romenn sostuvo que las normas que ordenan el asesinato o el perjurio, evidentemente, no serían obligatorias.¹³

Johannes Messner declaró que las normas que plantean una grave amenaza al bienestar común, especialmente las normas que despojan a los individuos de los más fundamentales derechos humanos, no pueden ser consideradas válidas.

¹⁰ See E. Bodenheimer, "Significant Developments in German Legal Philosophy since 1945", 3 *American Journal of Comparative Law*, 379, at 387-391 (1954); H. Rommen, "Natural Law in the Decisions of the Federal Supreme Court and the Constitutional Courts of Germany", 4 *Natural Law Forum*, 1 (1959).

¹¹ H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *Harvard Law Review*, 593, at 616-620 (1958).

¹² St. Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, Pt. II, 1st pt., qu. 96, art. 4.

¹³ H. Rommen, *The Natural Law*, 256 (Hanley transl., 1948).

das.¹⁴ Este punto de vista encuentra, también un extenso articulado en la *Encyclica Pacem in Terris* del Papa Juan XXIII, la cual contiene las siguientes afirmaciones: “si cualquier gobierno no reconoce los derechos del hombre, o los viola, no solamente incumple su obligación, sino sus órdenes carecen, completamente, de fuerza jurídica”.¹⁵ Al advenimiento del último cuarto de siglo xx podemos preguntar si es posible discernir alguna definida tendencia, ya sea en favor o en contra de una teoría jurídica orientada por valores que insista en una estrecha vinculación entre la moralidad social y el derecho?

Por un lado ha surgido, en la segunda mitad del siglo xx un movimiento neoanalítico y lingüístico en la teoría jurídica que ha exhibido particular fuerza en el ámbito angloamericano aunque, también, ha extendido su influencia a otras partes del mundo. Este movimiento ha hecho gran uso de la moderna lógica simbólica, de la ciencia de la computación, así como de refinadas formas del análisis semántico.¹⁶ En los Estados Unidos, por ejemplo, Walter Probert ha elevado “el conocimiento de la palabra” (“*word-consciousness*”) al rango de la virtud profesional fundamental de los abogados, y ha definido a justicia en términos semánticos como la “búsqueda de alguna guía verbal para ayudar a la selección entre premisas contradictorias”.¹⁷

Por otro lado, varios libros que recientemente han aparecido en los Estados Unidos han abordado las instituciones jurídicas desde el punto de vista de alguna concepción sustantiva de justicia.

La teoría de la justicia de John Rawls es, a este respecto, el ejemplo más conspicuo. Rawls vincula el concepto de justicia con dos valores esenciales del orden social: libertad e igualdad.

Cada persona, dice Rawls, tiene igual derecho a la salvaguarda de sus libertades fundamentales. Los individuos tienen, también, un derecho a que las desigualdades sociales y económicas sean de tal manera arregladas que sirvan para beneficio de todos, incluyendo a los miembros menos privilegiados de la sociedad.¹⁸ El primer principio es, básicamente, un replanteamiento de la fórmula de justicia de Kant; el segundo, es un reconocimiento del empuje por una mayor igualdad social y económica, el cual es una característica de la actualidad. La más significativa faceta de la teoría de Rawls es, sin embargo, su propósito de revivir el liberalismo clásico en el derecho. Este propósito es confirmado por el hecho de que la preservación de las libertades funda-

14 J. Messner, *Das Naturrecht*, 796-800 (5th ed., 1966).

15 *The Papal Encyclicals*, 404 (Freemantle ed., 1963).

16 E. Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, 104-109 (Rev. ed., 1974).

17 W. Probert, “World Consciousness: Law and the Control of Language”, 23 *Case Western Reserve Law Review*, 374 (1972) y “Law and Persuasion: The Language-Behavior of Lawyers”, 108 *University of Pennsylvania Law Review*, 35, at 57 (1959).

18 J. Rawls, *A Theory of Justice*, 302 (1971).

mentales recibe, por parte de Rawls, prioridad sobre las demandas por una igualdad económica y social.¹⁹

Más recientemente, Robert Nozick, colega de Rawls en el Departamento de Filosofía de la Universidad de Harvard, ha abogado por el retorno al liberalismo tradicional tanto en teoría política como en teoría jurídica incluso en mayor medida que Rawls. En su libro *Anarchy, State and Utopia* sostiene su tesis fundamental de la manera siguiente: "nuestras principales conclusiones sobre el Estado son que un mínimo Estado limitado a la estricta función de protección contra la fuerza, robo, fraude, así como de vigilancia en el cumplimiento de los contratos, etc., se encuentra justificada; que cualquier Estado más extenso violará el derecho de los individuos a no ser forzados a realizar ciertas cosas, por tanto no se justifica; y, por último, que el mínimo Estado inspira tanto bien como justicia".²⁰ Desde una perspectiva enteramente diferente, Filmer Northrop ha sostenido un criterio orientado en valores para juzgar el derecho positivo. De acuerdo con Northrop, un derecho que se encuentra en contraste con los datos primarios, científicamente demostrables de la experiencia humana, tiene que ser marcado como derecho malo. Por ejemplo, las normas raciales de Hitler fueron consecuencia de ciertas creencias sobre la superioridad e inferioridad genética, la cual el método científico ha demostrado ser falsas.²¹

Jerome Hall ha atacado al positivismo en base a que el componente valorativo no puede ser eliminado de cualquier bien fundado análisis sobre la naturaleza del derecho.²² En Alemania Occidental y en muchos países latinoamericanos, investigaciones axiológicas inspiradas por el método fenomenológico de Max Scheler y Nicolai Hartmann han fertilizado y enriquecido la filosofía del derecho. Entre otros sobresalientes pensadores, hombres como Helmut Coing, Henrich Henkel, Reinhold Zippelius, Miguel Reale, Luis Recaséns Siches y Eduardo García Máynez, han hecho importantes contribuciones a la ciencia y a la metodología del derecho.²³

Es importante hacer notar que la tendencia que se aleja de una concepción positivista del derecho, concepción que considera al derecho como un instrumento de coacción, y que se dirige hacia una más favorable actitud respecto del derecho puede ser observado, también, en la reciente filosofía del derecho soviética. En un trabajo del profesor Tchkhikvadze intitulado *The State, Democracy and Legality in the USSR* existen afirmaciones que difícilmente po-

¹⁹ *Id.* at 204, 207, 302.

²⁰ R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, ix (1974).

²¹ F. S. C. Northrop, *The Complexity of Legal and Ethical Experience*, 244-246 (1959).

²² J. Hall, *Foundation of Jurisprudence*, 54-77 (1973).

²³ Para referencias sobre doctrina alemana, véase: E. Bodenheimer, *supra* n. 16, at 159-160. Un detallado reporte del desarrollo latinoamericano es dado por L. Recaséns Siches, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX* (1963), Vol. I.

drían haber encontrado un lugar en la teoría jurídica soviética anterior. Un enunciado es una reminiscencia de Kant, Rousseau y Rawls: “la libertad del hombre no debe interferir sobre la voluntad de los otros ni dañar a la sociedad como un todo”. En otro lugar dice que “el derecho funciona no sólo a través de la conciencia y la voluntad, sino a través de fuerzas motivadoras de la psicología social, tales como fines, ideas, principios, sentimientos, deseos, e inclinaciones”. Mas aún, el autor expresa la opinión de que el Estado no establece el derecho simplemente como resultado de la voluntad arbitraria de la clase dominante, el derecho se encuentra, llamado a proteger, también los derechos e intereses individuales. Por el otro lado Tchkhikvadze señala que el Estado no puede renunciar al uso de medidas coercitivas contra aquellos que violan el orden público y la disciplina, aun menos contra los criminales.²⁴

Tales afirmaciones se encuentran más que distantes del espíritu de la antigua ley soviética que definía el derecho como “un sistema de relaciones sociales que corresponde a los intereses de la clase dominante y que está salvaguardado por la fuerza organizada de dicha clase”.²⁵ Los teóricos de la doctrina maoísta han denunciado este reciente cambio en la doctrina jurídica soviética como una forma de “revisiónismo”. En la actualidad no están preparados para abandonar o mitigar la teoría jurídica de la norma de clase; ellos, aún, se adhieren a la creencia (la cual parece haber sido desvanecida, o reducida, a una versión muy restringida en la Unión Soviética) de que el derecho desaparecerá en una sociedad comunista.²⁶

II

El problema que ahora deseo abordar es la dicotomía y la tensión que existe entre la corriente imperativa y la corriente sociológica del derecho. La cuestión puede ser planteada en los siguientes términos: ¿Las relaciones jurídicas son primordialmente verticales, expresables en términos de mandatos gubernamentales y de conformidad con ellos o bien son primordialmente horizontales, denotando convenios, disposiciones y ajustes producidos entre los miembros de la sociedad civil? Ambas corrientes han encontrado cabida en la teoría jurídica del siglo xx y ambas pueden remontarse a algunos antecedentes importantes del siglo xix.

En Inglaterra, Bentham y Austin habían concebido el derecho, primordialmente, en términos de actos deliberados de creación jurídica por parte de los

²⁴ V. Chkhikvadze, *The State, Democracy and Legality in the USSR*, 219, 266-267, 283 (Ogden transl., 1972).

²⁵ *Laws of the Russian Soviet Socialist Republic*, 1919, Sec. 590.

²⁶ A este respecto véase: E. Bodenheimer, *supra* n. 16, at 82.

cuerpos legislativos o, para usar las palabras de Austin, como “mandatos del soberano”.²⁷ En Alemania, Jhering y Bergbohn adoptaron una posición similar.

La escuela sociológica también tiene sus precursores en el pensamiento jurídico del siglo XIX, especialmente, en la teoría de la escuela histórica. Savigny había adelantado la tesis de que el derecho era, en gran medida, un producto de fuerzas inconscientes que operan silenciosamente en las entrañas de la sociedad. Sus fuentes verdaderas, creía Savigny, eran la fe popular, la costumbre, y la conciencia común del pueblo.

En toda sociedad, decía Savigny, se han producido ciertas tradiciones y costumbres que, por su continuo ejercicio, evolucionan en normas jurídicas las cuales son reconocidas (más que establecidas) por los órganos del Estado. Este punto de vista, evidentemente, identifica al derecho, al menos a las instituciones fundamentales, con el sentimiento del pueblo respecto del bien y del mal (*right and wrong*).²⁸

En Inglaterra, Sir Henry Maine recibió la influencia de las enseñanzas de Savigny. Maine intentó demostrar que la historia jurídica de diferentes naciones exhibe ciertos patrones uniformes de evolución, los cuales reflejan fuerzas sociales que operan en el movimiento de la propia sociedad. Así, las normas de la sociedad primitiva, las de la sociedad feudal, las de la sociedad comercial moderna, no pueden ser entendidas adecuadamente si son interpretadas parcialmente como mandatos de los poderes gobernantes.²⁹

Una completa elaboración tanto de la corriente imperativa como de la corriente evolucionista del derecho, se produjo en el siglo XX. Muchos tratados sobre teoría del derecho, publicados en este siglo, analizan el derecho en términos de mandatos gubernamentales, esto es de mandatos emitidos por cuerpos legislativos o por tribunales. *La Teoría Pura del Derecho* de Kelsen, puede ser considerado como una variación de la corriente imperativa. Kelsen identificó en gran medida el derecho nacional con las actividades del Estado, aunque consideró, ciertamente, que los contratos realizados por los particulares proporcionan una fuente adicional del derecho. El tremendo énfasis que Kelsen pone en los procedimientos de ejecución de los sistemas jurídicos son, posiblemente, la más contundente evidencia de su actitud, esencialmente imperativa, del derecho. Una de las más prominentes exposiciones de la corriente sociológica del derecho fue realizada por Eugene Ehrlich.³⁰ Para Ehrlich el núcleo del derecho lo constituye lo que él denomina “el derecho vivo del pueblo”, el cual se manifiesta en los matrimonios, en los contratos

²⁷ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 201, 202 (Hart ed., 1954).

²⁸ F. C. von Savigny, *Zum Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814).

²⁹ H. J. S. Maine, *Ancient Society* (1861).

³⁰ E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913).

de compraventa, en los contratos de arrendamiento, en los testamentos, en los estatutos de las sociedades.

El impacto en la sociedad del derecho positivo aplicado por los tribunales, ha sido, sostiene Ehrlich, sobreestimado; la gran mayoría de los ciudadanos nunca experimenta un proceso judicial en el curso de sus vidas. En claro contraste con Kelsen, Ehrlich quita el énfasis dado al factor compulsivo en la administración de justicia. La mayoría de las personas, dice Ehrlich, cumplen sus obligaciones para no perder su reputación de individuos honestos y leales.

En los Estados Unidos, Roscoe Pound aprovechó mucho el pensamiento de Ehrlich para la construcción de su propia teoría, alejándose de Ehrlich en lo tocante a la depreciación del elemento imperativo del derecho. Para Pound el derecho constituye una forma de ingeniería social en la que el gobierno, necesariamente, tiene que realizar una parte activa, pero, en este menester se encuentra condicionado en sus posibilidades y efectividad por la distribución de fuerzas sociales y por el poder relativo de intereses en conflicto que luchan por su reconocimiento.³¹

Más recientemente, H. L. A. Hart, en Inglaterra, buscó alcanzar cierta reconciliación entre los componentes imperativo y social del derecho. La sociedad, dice Hart, sigue ciertos estándares de comportamiento que son considerados obligatorios en virtud de que provienen de las necesidades de la sociedad y garantizan una satisfactoria forma de vida. El origen de la fuerza obligatoria de tales reglas llamadas por Hart: "reglas primarias", reciben su aceptación por la mayoría, la cual para su cumplimiento ejerce enormes presiones sociales sobre aquellos miembros no cooperativos de la comunidad. Sin embargo, de acuerdo con Hart un sistema desarrollado de derecho tiene que tener, también un conjunto de "reglas secundarias", tales reglas establecen un mecanismo oficial para la identificación obligatoria (*autoritativa*) de las reglas primarias válidas del sistema, su procedimiento formal de modificación, así como su aplicación a través de procedimientos de decisión.³²

La faceta de la teoría sociológica, que vincula esta teoría con el pensamiento jusnaturalista es la disposición por parte de los juristas de la corriente sociológica a discutir el problema de la justicia, quizá no en un sentido absoluto, pero como un espejo de los sentimientos que afectan la moralidad social que prevalece en una sociedad.³³ La corriente imperativa se desinteresa de cualquier análisis detallado del problema de la justicia en virtud de que la justicia es considerada como una "ideal irracional", para usar las palabras de Kelsen.³⁴ La justicia fue considerada un valor irracional en virtud de que los enuncia-

³¹ R. Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (Rev. ed., 1954).

³² H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961).

³³ Véase al respecto: P. Selznick, "Sociology and Natural Law", *6 Natural Law Forum*, 84 (1961).

³⁴ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 13 (Wedberg transl., 1949).

dos sobre lo que es justo e injusto no pueden ser verificados con referencia a datos sensibles o bien mediante observaciones empíricas. Dentro de este orden de ideas, la justicia no es un objeto propio de la teoría jurídica, salvo cuando este término es usado como sinónimo de legalidad, esto es, como conformidad con los mandatos del derecho positivo.³⁵

Siempre que el filósofo del derecho limite sus esfuerzos a la elucidación de las fuentes positivas del derecho y a las relaciones lógicas entre ellas, puede evitar una investigación del problema de la justicia.

Pero, cuando son investigadas las raíces del derecho en la conciencia popular (*Volksgeist*), resulta imposible ignorar las reacciones del pueblo o de los individuos sobre lo que debe ser considerado justo e injusto, correcto o incorrecto, equitativo e inicuo. Aún sin ser positivista se podría sostener que este tipo de estudios es dable desde un punto de vista científico, siempre que las consideraciones de los individuos sobre la justicia o la injusticia fueran discutidas en términos puramente históricos y descriptivos, y con una escrupulosa supresión de la filosofía de la justicia propia del autor. Sin embargo, muchos jusfilósofos no han estado dispuestos, y todavía no lo están a restringirse al estrictamente concebido punto de vista de sus funciones. Ellos prefieren exponer una concepción general de la justicia, una teoría de lo que está implícito en tal noción y una demarcación de los límites entre lo justo y lo injusto. Siempre que ellos se embarquen en tal esfuerzo cruzarán los límites entre el hecho y el valor y de acuerdo con el dogma positivista inyectarán irracionalidad en su empresa científica.

Existe un movimiento en la filosofía moderna que ha superado las tendencias reduccionistas del positivismo y ha reabierto las puertas de la filosofía del valor al investigador interesado. Este es el movimiento fenomenológico cuyos fundadores y sumos sacerdotes son Edmund Husserl, Max Sheler, y Nicolai Hartmann. Ellos consideraron los valores como una parte de la realidad del ser, no del ser material sino del ser espiritual. Más aún, ellos estaban convencidos de que la naturaleza de los valores podía ser alcanzada por un proceso de percepción, el cual es parcialmente intuitivo, pero no, como los positivistas suponen, completamente irracional y sin valor cognoscitivo.

Dentro de la contemplación fenomenológica los valores son objetos ideales y tienen una validez que trasciende las reacciones puramente subjetivas y emocionales hacia ellos.³⁶ Una vez que la realidad de las ideas de la vida humana y de la actividad social son reconocidas, se echan las bases para renunciar a una mera explicación física del derecho, la cual se centra en el elemento observable de la coacción. Las concepciones sociales de justicia vuelven a adquirir su papel de fundamentos del derecho.

³⁵ *Id.* at 14.

³⁶ Véase: L. Recaséns Siches, *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, 42 (2d ed., 1945).

Si bien los juristas de la corriente sociológica son, en principio, reticentes a introducir su propio juicio de valor en la sociología jurídica, raramente logran una completa neutralidad con respecto a los valores. La cuestión de cuál debe ser el principio guía en la administración de justicia frecuentemente se infiltra —consciente o subrepticamente— en la descripción de aquello que está supuestamente dado.

Roscoe Pound, por ejemplo, describió el derecho como una ingeniería social eficaz llamada a reducir las fricciones en la sociedad y, al mismo tiempo, satisfacer necesidades, demandas e intereses humanos.³⁷ Es difícil sostener que tal afirmación sea solamente un sumario descriptivo que la historia del derecho ha realizado para los individuos como para las naciones. Es más realista sostener que Pound considera la evolución sociológica a través del prisma de sus ideales jurídicos.

En una actitud similar, Ehrlich fue más allá de una mera interpretación fáctica de su “derecho vivo” en su propia sociología jurídica. Ehrlich se pronunció en contra del uso de la lógica formalista deductiva en la aplicación del derecho, proponiendo, en su lugar, una más amplia libertad en la decisión judicial con objeto de promover la justicia y la equidad como piedra de toque del derecho vivo.³⁸

Luis Recaséns Siches, dentro de un espíritu científico y objetivo, emprendió un análisis fenomenológico de los valores que los órdenes jurídicos se esfuerzan por lograr. Recaséns Siches sostuvo, incorporando elementos de su credo personal, una jerarquía de esos valores, de acuerdo con la cual la seguridad jurídica, más que la justicia, constituye el fin primordial e inmediato del derecho. Recaséns introdujo, inclusive, consideraciones axiológicas dentro de su filosofía del derecho para rechazar la ideología del colectivismo y proclamar la superioridad del individuo y su autonomía sobre el interés de la sociedad.³⁹

Una cuestión que podría ser planteada es si las contrapuestas teorías jurídicas que han sido discutidas en esta parte del reporte poseen implicaciones pragmáticas para la administración de justicia. Cuando la controversia entre positivismo y derecho natural fue tratada en la parte correspondiente de este reporte se llegó a la conclusión de que esa disputa importaba directamente sobre la relevante cuestión práctica de la validez del derecho y de las normas jurídicas. Ahora bien, de la misma forma podríamos preguntar ¿la hendidura entre la corriente imperativa y sociológica del derecho afecta el proceso jurídico tal y como éste opera en la vida efectiva? La contestación debe ser en sentido afirmativo.

³⁷ Pound, *supra* n. 31, at 47.

³⁸ E. Ehrlich, *Die Juristische Logik* (1918).

³⁹ Recaséns Siches, *supra* n. 36, at 211-216, 479-484.

Ante todo, la controversia tiene un impacto sobre la solución del problema de la *desuetudo*. Supongamos una antigua ley que ha dado origen a un nuevo derecho vivo inconsistente con ella y el cual ha encontrado expresión en la costumbre de la comunidad. Un ejemplo podría ser una ley que prohibiera realizar actividades deportivas los domingos; ley promulgada en el tiempo en que tales actividades eran consideradas en cierto Estado como una profanación del Sabbath. Si las condiciones religiosas de la comunidad sufren un cambio notable y las actividades deportivas realizadas los domingos son ampliamente practicadas y generalmente aceptadas, valdría preguntar: ¿la vieja ley pierde su validez si ésta no ha sido aplicada por un periodo sustancial de tiempo? ¿puede el celo de un fiscal o del ministerio público revivirla en cualquier tiempo iniciando una acusación en virtud de su violación?

La corriente imperativa, la cual considera el derecho como un mandato del poder estatal se inclinará hacia el mantenimiento de la validez de la ley, si la ley no ha sido derogada por el órgano legislativo se sostendrá que se mantiene en vigor, de tal manera el fiscal o el ministerio público puede reactivarla en cualquier tiempo. Esta ha sido la tesis de la Suprema Corte de los Estados Unidos.⁴⁰ El derecho alemán, por el contrario, posiblemente bajo la influencia de la teoría del *Volksgeist* de Savigny, ha mantenido la tesis de que un juez tiene la facultad de ignorar una ley en base a su desuso cuando ésta ha sido sustituida por una costumbre en contrario.⁴¹ La premisa filosófica que subyace en este reconocimiento de la *desuetudo* es la convicción de que el mandato formal del soberano debería, bajo ciertas circunstancias, acudir a las firmemente arraigadas concepciones populares de justicia.

Esta misma premisa filosófica mantiene su influencia cuando los cuerpos de legos, como los jurados, se encuentran facultados para no aplicar las normas producidas por los órganos jurídicos cuando ellos las estiman repugnantes en base a consideraciones fundamentales de justicia. Así los jurados en los Estados Unidos han aplicado por largo tiempo, la doctrina de la comparación de la negligencia en casos de responsabilidad civil en que tanto el actor como el demandado incurren en culpa. Esto es, han reducido el monto de los daños que corresponden al actor en proporción al grado de su propia negligencia en la realización del daño. El derecho estatal en vigor en muchos Estados de la Unión establece, sin embargo, que el actor que sea culpable en cualquier grado de negligencia no tiene derecho a ninguna indemnización, no obstante el hecho de que el grado de culpabilidad del demandado sea muy alto. Esta práctica del jurado de desaplicar el derecho positivo es un aspecto del derecho en los Estados Unidos, aunque puede seguramente asumirse que John Austin, ante esto, habría reaccionado de manera poco favorable.

⁴⁰ District of Columbia v. John R. Thompson Co., 346, U.S. 100, at 113-114 (1953).

⁴¹ Véase: L. Enneccerus and H. C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 165 (14th ed., 1952).

Otra área en que el derecho no producido por los órganos estatales desplaza frecuentemente al derecho estatal es la amigable composición. Procedimiento ampliamente utilizado en el oriente, especialmente en China y Japón; pero que empieza a atraer mayor atención en los Estados Unidos como medio de composición de litigios. La amigable composición aparece en escena cuando dos partes en conflicto determinan un tercero imparcial el cual intenta avenir a las partes y encontrar una solución a su problema. La proposición del mediador en el caso de una amigable composición se basará más en el sentido de la equidad y la justicia que en las disposiciones formales del derecho estatal.⁴² En algunos países el órgano mediador —amigable componedor— es un tribunal de carácter popular cuyos miembros son exclusivamente o en inmensa mayoría integrado por legos.

III

Nuestro próximo problema a considerar es el de saber si la generalidad de la regulación normativa es una característica indispensable de la norma jurídica. A través de la historia del derecho en la civilización occidental prominentes filósofos y juristas buscaron limitar el término “derecho” a pronunciamientos de carácter general. “El derecho es siempre una proposición general”, dice Aristóteles en su *Ética Nicomaquea*.⁴³ Muchos siglos después, Rousseau y Kant aceptaron esta tesis.⁴⁴ Varias de las constituciones adoptadas bajo la influencia de la revolución francesa dieron reconocimiento legislativo a esta proposición; la cual es ampliamente considerada como el cabo mayor de la ideología del liberalismo.⁴⁵

Existe, sin embargo, una importante distinción entre la manera en la cual Aristóteles trata el principio de la generalidad y la interpretación dada por los filósofos del comienzo del liberalismo (además de Rousseau y Kant, Montesquieu y Locke). Aristóteles sostenía que siempre ocurren casos en un sistema judicial que no pueden ser resueltos adecuadamente de conformidad con la norma general. Sostenía que en tales casos era siempre necesario alejarse de la letra de la norma general en favor de la equidad y la justicia.

La equidad era para Aristóteles una justificada corrección de la ley en donde entraba en defecto por razones de su generalidad.⁴⁶ Los padres del li-

⁴² Véase: F. S. C. Northrop, “The Mediatl Approval Theory”, 44, *Virginia Law Review*, 347 (1958).

⁴³ Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Bk. V. x, 4. (Loeb Class. Lib. ed., 1947).

⁴⁴ J. J. Rousseau, *The Social Contract*, Bk. II. ch. 6 (Everyman's Lib. ed., 1913); I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, 39-40 (Vorländer ed., 1919).

⁴⁵ Véase: F. Neumann, “Der Funktionswandel des Gesetzes”, 6, *Zeitschrift für Sozialforschung*, 542, at 556-560 (1937); R. M. Unger, *Law in Modern Society*, 176-181 (1976).

⁴⁶ Aristotle, *supra* n. 43, Bk. V. x. 6.

beralismo filosófico, por otro lado, miraban con preocupación el abandono de la norma general en interés de la equidad individualizada. Kant llamó a la equidad “una diosa silenciosa que no debía ser oída”.⁴⁷ Kant pensó que no debía ser oída en virtud de que ninguna infracción al principio de la generalidad puede ser tolerado si se quiere preservar la norma jurídica.

¿Cuál es la conexión entre el principio de generalidad y la idea de liberalismo? La respuesta debe ser buscada en el sistema de valores mantenido por la visión liberal del mundo. Los ciudadanos deben ser libres del dominio de los órganos gubernamentales, y esto significa que la libertad individual debe de ser limitada, únicamente, por normas impersonales, y no por directivos personales caprichosos desde arriba. El dominio de las reglas impersonales debe aplicarse no sólo a los funcionarios ejecutivos y administrativos sino, también, a los judiciales.

Puesto que aunque los jueces son considerados piezas inanimadas que constituyen la boca de la norma general a la cual se encuentran estrictamente vinculados, se podrían convertir en pequeños déspotas y manejar a los individuos a su entera discreción.

Debe de tomarse en cuenta también, que mientras que las normas no sean generales y aplicadas con uniformidad, los ciudadanos no pueden prever las consecuencias futuras de su comportamiento estando así, imposibilitados, para planear sus vidas. El liberalismo, además otorgó gran valor al trato igual de las personas ante la ley, por tal razón, también es antagónico a hacer excepciones en casos individuales.

Franz Neumann ha mostrado que, además de las consideraciones políticas y morales, los factores económicos son responsables del énfasis en la generalidad normativa. El liberalismo clásico encuentra su expresión económica en la noción de la competencia vigorosa entre empresas en un mercado libre del dominio de una o varias firmas. Una sociedad competitiva basada en la libre empresa requiere racionalidad, certeza y calculabilidad, en virtud de que los efectos probables de una decisión económica privada debe ser previsible.

El empresario debe conocer, con anterioridad, qué tipos de contratos serán aplicados por los tribunales y qué tipo de disposiciones relativas a propiedad inmueble o mueble son reconocidas como permitidas jurídicamente. Esta racionalidad, certeza, y calculabilidad puede ser alcanzada solamente si las normas son formuladas en términos generales.⁴⁸

De esta forma la generalidad de la ley es benéfica para la libertad de empresa. Mientras existan varios pequeños productores y mercaderes compitiendo entre sí en el mercado nadie espera el otorgamiento de algún privilegio

⁴⁷ Kant, *supra* n. 44, at 39-40.

⁴⁸ F. Neumann, “The Concept of Political Freedom”, in *The Democratic and Authoritarian State*, 227-229 (1957).

especial. El mercado opera automáticamente, de manera impersonal, sin consideración a las personas, en base, principalmente, a la ley de la oferta y la demanda. La generalidad de la ley es un concomitante lógico de una sociedad que se constituye de productores de aproximadamente del mismo poder aunque, por diferentes razones, pueda ser considerado necesario o deseable en otras formas de sociedad. Neumann señala, por tanto, que un sistema económico que se aleja de la libre competencia hacia la concentración de la industria, al oligopolio o monopolio tiende a atribuir una disminución de importancia a la noción de la generalidad de la ley. En una economía del poder concentrado, puede surgir la necesidad de otorgar un trato privilegiado a una importante corporación en problemas para cuya supervivencia sea esencial, ya sea por la gran cantidad de individuos o bien para las funciones del gobierno. Voy a presentar tres ejemplos que ilustran esta situación uno tomado de Alemania de Weimer y dos recientes acontecimientos en los Estados Unidos. Alemania en 1932 tenía un sistema industrial y bancario altamente concentrado. En ese año cuando el segundo banco en importancia se vio en quiebra, su consejo directivo pudo convencer al gobierno para que se promulgara una ley especial la cual sacaba al banco de sus dificultades económicas. Un número considerable de bancos menos importantes, los cuales se encontraban en un predicamento financiero similar, no recibieron ayuda gubernamental de ningún tipo. Esta medida legislativa individual fue considerada justificada razón porque el banco tenía un gran número de clientes cuyos depósitos hubieran sido desvanecidos (*wiped out*) por un colapso económico.

Hace pocos años, la *Lockheed Corporation*, importante contratista con el gobierno en los Estados, se encontraba al borde de un desastre financiero. Como la existencia de tal compañía fue considerada esencial para la defensa de los Estados Unidos, el gobierno federal la libró de sus problemas otorgándole un cuantioso préstamo.

En 1975, el presidente Ford persuadió al Congreso de los Estados Unidos a aprobar una ley especial destinando doscientos cincuenta millones de dólares a la quiebra del ferrocarril *Penn Central* con objeto de permitirle mantener sus servicios, sobre los cuales, un gran número de abonados dependía en los Estados de la Costa del este.

Sería tendencioso, sin embargo, afirmar que el desarrollo económico es la causa principal de la erosión de la exigencia de generalidad en algunos órdenes jurídicos contemporáneos. Debe enfatizarse, también, que la confianza exclusiva en normas generales estrictamente formuladas y el rechazo de correcciones de equidad a tales reglas, en casos especiales, introduce un elemento de rigidez y de petrificación en el derecho que frecuentemente no conduce al logro de la justicia.

El problema fue determinado con mucha precisión por Platón en el *Político*. El legislador, dice Platón, nunca podrá establecer el deber de cada individuo mediante la promulgación de normas generales. Platón localiza la razón de esta imposibilidad en las diferencias de la personalidad, la variedad de las actividades y la turbulenta inconsistencia de los problemas humanos. Todos estos factores, sostiene Platón, hacen imposible el establecimiento de normas inmodificables que se mantuvieran o para todos los casos que surgieran bajo el imperio de tales reglas.⁴⁹

Algunos de los pensamientos de Platón fueron revividos en el siglo XIX por la escuela del derecho libre en Alemania y en el movimiento del realismo jurídico americano. Los representantes de la escuela del derecho libre, especialmente Hermann Kantorowicz y Ernst Fuchs, no adoptaron la posición extrema de que los jueces deben estar en libertad para modificar el derecho legislado promulgado del país si encuentran que dicho derecho carece de equidad y justicia. Sin embargo, ellos se pronunciaron contra el formalismo jurídico, contra la interpretación literal de las leyes, contra la indebida rigidez en la confección de las normas y contra el razonamiento conceptualista en la aplicación del derecho. En su opinión, la aplicación del derecho debe de ser moldeada por el sentido de justicia del juez. Las lagunas del derecho, por ejemplo, deben de ser llenadas recurriendo a los principios generales de justicia; las ambigüedades deben ser resueltas en el espíritu de una abierta búsqueda por la justicia sustantiva.⁵⁰

El movimiento del realismo jurídico americano va más allá que la escuela del derecho libre alemana reclamando un nominalismo judicial en la individualización de la justicia. Sus seguidores lanzaron una vigorosa campaña contra la noción de que el derecho era una estructura simétrica de proposiciones lógicas y de que la decisión judicial no debería hacer más que acomodar los hechos del litigio dentro del marco conceptual. De manera general los juristas realistas mantuvieron la posición de que una sentencia del juez en un caso dado es, siguiendo las palabras de Gilmore "una respuesta *ad hoc* a un único estado de hechos racionalizada, después del evento".⁵¹ Ellos despreciaron el papel de las normas generales y localizaron el principal impulso de los jueces en su reacción emocional, frecuentemente subconsciente, con respecto a los hechos del caso concreto.

Esta respuesta no racional sería, así, racionalizada *ex post facto* con referencia a varias fuentes del derecho especialmente aquellos precedentes que po-

⁴⁹ Plato, *The Statesman*, 294 b and 295a (Skemp transl., 1957). En diálogos posteriores, en las *Leyes*, Platón tomó una más cordial actitud hacia las normas generales.

⁵⁰ A. Foulkes, "On the German Free Law School", 1969, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 367.

⁵¹ G. Gilmore, "Legal Realism: Its Cause and Cure", 70, *Yale Law Journal*, 1037, at 1038 (1961).

drían darle autoridad a la decisión judicial razonada. Los realistas constantemente señalaron que las fuentes (materiales) usadas para legitimar decisiones judiciales representan una masa caótica de pronunciamientos ambiguos, opuestos y evidentemente contradictorios, de tal manera que los jueces, usualmente, pueden encontrar alguna ley o decisión anterior que confirme su sentencia. En este sentido podría decirse que el realismo jurídico fue una respuesta a la crisis en el derecho norteamericano producido por la proliferación excesiva de precedentes que conducen a diferentes direcciones.⁵²

Mientras todos los juristas realistas americanos, en diferente grado de radicalismo, se adhirieron a la filosofía del nominalismo judicial,⁵³ filosofía que encuentra su más consistente exposición en la obra de Jerome Frank. El magistrado Frank repudiaba, con gran vehemencia la idea de que el derecho fuera un sistema de normas generales. Para Frank, el derecho tiene un aspecto que se orienta hacia el pasado y hacia el futuro. El derecho se constituye de un agregado de decisiones judiciales del pasado, las cuales sirven de base para predecir las decisiones judiciales del futuro.⁵⁴ Al predecir una decisión, las concepciones normativas que operan en la mente de un juez son, únicamente, uno de los factores que son tomados en cuenta; una amplia cabida debe ser hecha a las convicciones políticas e ideológicas del juez, así como también, a sus prejuicios. La concepción del derecho de Frank fue fuertemente influenciada por la teoría jurídica del magistrado Oliver Wendell Holmes quien identifica al derecho con una predicción de lo que, de hecho, un tribunal hará.⁵⁵ No obstante lo anterior sería equívoco, describir las reflexiones sobre el fenómeno jurídico del siglo xx en términos de una clara dicotomía entre la concepción del derecho entendido como conjunto de reglas generales y la concepción del derecho como conjunto de decisiones judiciales.

También surgieron al escenario posiciones intermedias entre esas dos corrientes. La teoría de Roscoe Pound de la decisión judicial es un ejemplo. Rechazando el punto de vista de los realistas como un "culto de la decisión individual",⁵⁶ Roscoe Pound señala que todo sistema jurídico contiene, en diferentes grados de preponderancia, un elemento normativo general y un elemento discrecional individualizado. Ningún sistema jurídico, no obstante lo minucioso y lo detallado que su cuerpo de normas puede ser, es manejado solamente por ellas. La voluntad del juez y su sentido personal de lo que debe ser hecho con objeto de lograr la justicia en el caso sometido a su conocimiento juega siempre algún papel en el proceso de decisión. La historia

⁵² *Id.*, pp. 1041, 1047.

⁵³ Véase: W. E. Rumble, "American Legal Realism" (1968); y "Law as the Decision of Officials", 20, *Journal of Public Law*, 1972, p. 217.

⁵⁴ J. Frank, *Law and the Modern Mind*, 1935, p. 46.

⁵⁵ O. W. Holmes, "The Path of the Law", in *Collected Legal Papers*, 1920, p. 173.

⁵⁶ R. Pound, "How Far Are We Attaining a New Measure of Values in Twentieth-Century Juristic Thought", 42, *West Virginia Law Review*, 1936, pp. 81 y 89.

del derecho, dice Pound, muestra una gran fluctuación entre la amplia discrecionalidad judicial y el estricto sometimiento del magistrado a los estándares generalizados y abstractos.⁵⁷

En Francia una posición, en alguna forma similar, fue sostenida por François Géný. El célebre jurista francés reconoce la importancia de las reglas generales, pero exhorta también al juez, en ausencia de pautas normativas, a decidir el caso en base a lo que él llama una “libre investigación científica” y de acuerdo a los principios que hubiera adoptado como legislador. Al llenar las lagunas de la ley, el juez debe prestar atención tanto a las costumbres pre-valetientes como a las otras fuerzas sociales que operan en su sociedad.⁵⁸ La convicción, sostenida por Pound y Géný, de que no puede haber sistema jurídico alguno sin la existencia de normas generales, es compartido por Recaséns Siches y García Máynez. Recaséns Siches ha señalado que un sistema social desprovisto de normas generales sería un orden de arbitrariedad más que derecho.⁵⁹ García Máynez ha sostenido que “todo acto judicial es la actualización de un precepto general”.⁶⁰ Se debe, seguramente participar de estas conclusiones. Un sistema jurídico sin preceptos generales constituido exclusivamente de disposiciones *ad hoc* no podría garantizar siquiera un mínimo de seguridad, libertad e igualdad a los ciudadanos del Estado y no podría llevar a cabo las funciones más esenciales del derecho.

IV

La filosofía del derecho trata no sólo con la naturaleza, funciones y formas del derecho sino, también con los métodos de razonamiento jurídico. Estos métodos conducen a una división entre dos categorías fundamentales, las cuales pueden ser denominadas “analítica” la una, “no analítica” la otra.

El liberalismo clásico parte de la tesis de que la interpretación y aplicación del derecho es primordialmente un procedimiento analítico en la cual la deducción lógica a partir de premisas fijas y determinadas juega el papel principal. Dos ejemplos pueden ser suficientes para apreciar esta creencia fundamental, el primer ejemplo es un pasaje del espíritu de las leyes de Montesquieu cuya traducción reza como sigue:

⁵⁷ R. Pound, “Justice Without Law”, 14, *Columbia Law Review*, vol. 14, 1914, p. 1.

⁵⁸ F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*, Pt. III, ch. 2 (2d ed., 1954).

⁵⁹ Recaséns Siches, *supra*, nota 23, p. 505, c *Introducción al estudio del derecho*, 1970, p. 109.

⁶⁰ E. García Máynez, “The Philosophical-Juridical Problem of the Validity of Law”, en Kunz, *Latin-American Legal Philosophy*, 467, 1948, p. 467.

Los jueces de la nación no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, meros seres pasivos incapaces de moderar ni su fuerza ni su rigor.⁶¹

La segunda transcripción es de una decisión judicial emitida en 1824 por John Marshall *Chief Justice* de la Suprema Corte de los Estados Unidos en donde aparece el siguiente argumento:

El Poder Judicial, como contrapuesto al poder de las leyes, no tiene existencia. Los tribunales son meros instrumentos de la ley, y no pueden querer nada. Cuando se dice que los tribunales ejercen cierta discrecionalidad, es una mera discrecionalidad jurídica, una discrecionalidad que se ejerce para discernir el curso prescrito por la ley; cuando este curso es discernido, es deber del tribunal seguirlo. El poder judicial nunca se ejerce con el propósito de dar efecto a la voluntad del juez; sino, siempre, con el propósito de dar efecto... a la voluntad de la ley.⁶²

Se sostenía entonces que “la voluntad de la ley” se encontraba contenida en las disposiciones constitucionales, en las disposiciones legales y en los principios del derecho consuetudinario. La tesis de que “el juez crea derecho” era vigorosamente rechazado. Se concedía que el juez, para decidir un caso, en ocasiones tenía que usar una regla que no podía haber sido derivada de una legislación en vigor. Sin embargo, se asumía, sin discusión, que tal regla no era un producto voluntario de la creación judicial, sino, meramente el reconocimiento de una costumbre o de un principio de justicia enraizado en la conciencia popular.⁶³

El proceso de razonamiento que subyace en esta teoría de la función judicial es analítica porque supone una subsumisión de los hechos litigiosos bajo una premisa mayor que existe con anterioridad a la decisión. Esta subsumisión deductiva no es necesariamente automática o autoevidente. Las palabras que aparecen en la premisa mayor o norma general pueden ser ambiguas; de ahí que el juez tenga que aclararla o interpretarla antes de aplicarla a los hechos del caso. Esta aclaración puede hacerse necesaria al juez para rastrear la voluntad del legislador o la política que yace tras la norma general, con objeto de determinar su significado y ámbito propios. Aun más, la norma general o el principio aplicable al caso puede no estar dada al juez en forma acabada. Puede ser que el juez tenga que extraerla, mediante el método de inducción, de una cadena de precedentes o de una comparación de disposiciones legales relacionadas. En algunos casos el juez empleará el método de la analogía para extender una norma a una situación a la cual no es directamente aplicable, pero que cae dentro del principio básico de la política

⁶¹ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Bk. XI, ch. 6.

⁶² Osborn v. United States Bank, 22 U.S. 738, at 866 (1824).

⁶³ El artículo 5 del Código civil francés específicamente prohíbe a los tribunales crear normas generales.

(*public policy*) contenida en la norma. Todos estos variados métodos de análisis tienen en común la disponibilidad de una premisa mayor o estándar que sirve de punto de partida en el proceso de la determinación judicial, si bien puede llegar a ser necesario concretar el contenido y ámbito de la norma antes de aplicarla, mediante deducción, a los hechos del caso.⁶⁴

En el curso del siglo xx muchas dudas han sido señaladas en relación a la tesis de que la administración de justicia por parte de los tribunales sea un procedimiento analítico más o menos exclusivo, basado en los axiomas de la lógica formal. En el campo de la metodología jurídica muchos autores sostuvieron que los jueces, frecuentemente, tienen una opción entre dos o tres diferentes premisas mayores y que la opción que efectivamente habrán de realizar se basa, normalmente, en un acto de voluntad más que en un discernimiento de la “voluntad de la ley” como postulaba John Marshall. También se demostró que todo sistema jurídico posee lagunas y espacios vacíos que tienen que ser llenados por los jueces de manera reminiscente a la actividad legislativa.

En las primeras etapas del desentrañamiento de las creencias profesadas por el liberalismo jurídico clásico, emergió una nueva imagen del proceso judicial, imagen que lo hacía parecer una actividad cargada de componentes irracionales. Herman Isay en Alemania y el juez Hutcheson en los Estados Unidos, consideraron que las intuiciones, los sentimientos y las corazonadas son los agentes principales en la creación de la decisión judicial.⁶⁵ El científico danés Alf Ross sostuvo que las opciones judiciales se encuentran por fuera de los límites de la lógica racional y exhiben características de un tinte “emotivo-volitivo”.⁶⁶ Cuando la deducción, inducción y razonamiento analógico no conducen al juez a la conclusión de un proceso, su resolución —en este orden de ideas— dependerá, necesariamente, de sus valores o predilecciones sociales personales y, así dicha resolución contendrá un elemento de arbitrariedad. Las alternativas ofrecidas de acuerdo a nuestro análisis fueron o bien una imposición lógica o una actitud esencialmente libre en el ejercicio de la función judicial.

En las últimas décadas una nueva y más satisfactoria respuesta al problema del razonamiento no analítico ha sido considerada. El crédito principal por este logro se debe al filósofo belga Chaim Perelman. El fundamento de su sistema de argumentación reside en la extensión del significado de “racionalidad”. En el razonamiento jurídico “racionalidad” no es sinónimo de “ló-

⁶⁴ Para una discusión del razonamiento analítico véase: Bodenheimer, *supra*, nota 16, pp. 385-392.

⁶⁵ H. Isay, “Rechtsnorm und Entscheidung” (1929); J. C. Hutcheson, “The Judgement Intuitive”, 14, *Cornell Law Quarterly*, 1929, p. 278.

⁶⁶ A. Ross, *On Law and Justice*, pp. 140-141.

gica silogística"; se extiende a todo intento elaborado para convencer al prójimo de los méritos y justicia de alguna proposición normativa.⁶⁷

Durante siglos, dice Perelman, los lógicos han pasado por alto el problema de la justificación de axiomas, ya sea por considerar a los axiomas como autoevidentes o por considerarlos arbitrarios. Para Perelman la opción entre axiomas es racional si se explica y justifica por argumentos que presenten todos los ángulos importantes del problema, examine los puntos de vista opuestos y ángulos importantes del problema, y proporcione un equilibrado parte de las razones pro y contra de la proposición defendida.⁶⁸ Este tipo de argumento no posee la certeza y refutabilidad de la verdad matemática o de las leyes verificadas de la física, pero que puede ser tan convincente, a la luz de las pruebas aducidas en su favor, que las personas la aceptarán como una verdad probable. Este es un tipo de argumento que es plausible pero no obligatorio (*compelling*).

Perelman llama a tal razonamiento "dialéctico" cita, como ejemplo típico de su uso, la argumentación empleada en los casos complejos de los tribunales.

En Alemania, Theodor Viehweg llegó a conclusiones similares a las de Perelman.⁶⁹ En México, Luis Recaséns Siches, ha propugnado por recurrir a este modo de manejo de los problemas jurídicos.⁷⁰

Existen tres grupos de situaciones en los cuales el razonamiento dialéctico es de particular utilidad: 1) situaciones nuevas en donde el razonamiento por inducción o analogía es impracticable en virtud de que no hay precedentes para razonar a partir de ellos; 2) situaciones donde existen precedentes que ofrecen posibles analogías, pero que son rechazadas por los tribunales por injustas; y 3) situaciones en donde están disponibles premisas mayores opuestas que conducen a diferentes resultados, pero donde la opción entre ellas no puede ser simplemente resuelta al encontrar mayor semejanza del caso en juicio a un conjunto de analogías que a otro. En estas tres situaciones el tribunal tendrá que encontrar una nueva premisa mayor para decidir el caso, y el razonamiento analítico es una herramienta inadecuada para emprender este tipo de operación mental.

⁶⁷ C. Perelman, *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, 1963, p. 167.

⁶⁸ Perelman, "Justice and Justification", 10, *Natural Law Forum* 1 (1965), p. 5 y "Le Raisonnement Juridique", 1972, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Beiheft núm. 7), 1, p. 6.

⁶⁹ T. Viehweg, "Topik und Jurisprudenz" (2d ed., 1963) y "Historische Perspektiven der Juristischen Argumentation", 1972 en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Beiheft núm. 7), 63, pp. 67-70.

⁷⁰ L. Recaséns Siches, *Introducción al estudio del derecho*, op. cit., pp. 220-236.

V

En la parte final de este reporte deseo hacer resaltar ciertas enseñanzas que, en mi opinión, deben ser obtenidas de la historia de la filosofía jurídica del siglo xx. Voy también a permitirme, contemplando una bola de cristal, pronosticar el impacto que tales enseñanzas tendrán, probablemente, en los futuros desarrollos. Esa tarea será abordada bajo cuatro diferentes tópicos programáticos: 1) la necesidad de una teoría del derecho integrativa; 2) la necesidad de un concepto restrictivo del derecho; 3) la necesidad de una nueva imagen del derecho y, 4) la necesidad de una nueva lógica jurídica.

1) *La necesidad de una filosofía del derecho integrativa.* El siglo xx, como hemos visto, ha procreado gran variedad de teorías sobre la naturaleza y funciones del derecho. Algunas de esas teorías han concebido al derecho de una manera imperativa, como un sistema de normas producidas por el Estado, respaldadas por la fuerza pública. Otros lo han descrito como el resultado de las fuerzas sociales y económicas que operan en la sociedad; otros han visto el derecho, primordialmente, como un instrumento para resolver conflictos en los tribunales. Cada variación individual de estas teorías ha producido alguna faceta especial del problema del cual apunta su atención.

Si esa diversidad de intentos por explicar el fenómeno jurídico es considerado separada o aisladamente, dichos intentos presentarán una imagen de engañosa diversidad y perpleja inconsistencia. Si, por el contrario, tales intentos son interpretados como aclaraciones parciales de la verdad total sobre el derecho, gran parte de la confusión habrá de disiparse. Este comprensivo planteamiento puede ser llevado a cabo por un tipo de teoría del derecho conocido como "teoría integrativa del derecho", expresión, por cuyo uso Jerome Hall ha realizado una defensa particularmente fuerte.⁷¹ Lo que es necesario, en la actualidad, en esta rama de la ciencia jurídica, es, en opinión de Jerome Hall, una síntesis de la jurisprudencia analítica, de las interpretaciones realistas de los hechos sociológicos, sociales y culturales así como de los valiosos ingredientes de la doctrina del derecho natural. Jerome Hall ha corregido "la falacia particularista", esto es, el intento de hipostatizar un elemento, ya sea norma, hecho, o valor, en el absoluto jurídico, en detrimento de los otros factores igualmente importantes. En Alemania, Erich Fechner ha perseguido objetivos similares trazando, señalando la influencia de numerosas fuerzas ideales y materiales en la vida del derecho demostrando sus interconexiones y su interdependencia mutua.⁷² Tales ideas son correctas y constructivas, porque

⁷¹ J. Hall, *Foundations of Jurisprudence*, Ch. VI (1973).

⁷² E. Fechner, *Rechtsphilosophie: Soziologie und Metaphysik des Rechts* (2d ed., 1963).

ahora sabemos que es imposible explicar las instituciones jurídicas de manera unidimensional con referencia a un único y absolutizado factor de determinación.

En un otro sentido también, es necesario abandonar las concepciones unilaterales del derecho en favor del reconocimiento de que la verdad, en un mundo complejo, es una amalgama de muy diversos y heterogéneos componentes. Varios intentos han sido hechos, en el siglo xx y con anterioridad para convertir un valor particular de la vida social en un exclusivo o primordial fin para el logro de la justicia. Para Stammler, la libertad fue el núcleo de la justicia, para Radbruch la igualdad, para Jhering la seguridad; Rawls predicó su teoría de la justicia basado tanto en la libertad como en la igualdad, acordando prioridad, sin embargo, a los requerimiento de la libertad.

Me atrevo a predecir que la filosofía jurídica del futuro se abstendrá de hacer señalamientos *a priori* en favor de cualquiera de los tres valores anteriormente mencionados. Ciertamente, la realidad empírica de un orden social particular puede establecer, muy propiamente, preferencias por cualquiera de estos valores. Esto ocurrió frecuentemente en el pasado, y habrá de ocurrir otra vez en el futuro. El feudalismo, por ejemplo, estaba primordialmente ocupado en proveer seguridad bajo el sistema señorial de protección en un tiempo en que el poder estatal se encontraba no completamente desarrollado. En los países donde el liberalismo llegó a ser la ideología conductora, la libertad, frecuentemente, gozó de mayor protección que la igualdad o la seguridad. Los regímenes socialistas deben su origen al deseo de reducir las excesivamente amplias disparidades en la distribución del ingreso, de ahí que tiendan a enfatizar la noción de igualdad en su filosofía política. La teoría jurídica sería imprudente al contradecir la existencia de un sistema jurídico en base a la afirmación de que el rango de valores fue hecho mediante criterios impropios.

2) *La necesidad por un concepto restrictivo del derecho.* Es deseable, sin embargo, reconocer una limitación al poder que tienen los guardianes de los sistemas jurídicos para crear una jerarquía de valores en la cual se le otorga a un valor supremo una preeminencia especial. Si cualquiera de los tres valores básicos que un sistema jurídico es llamado a promover es desdeñado, al extremo de una extinción virtual, uno se podría legítimamente preguntar si el orden social en cuestión merece ser llamado 'orden jurídico'. Esta concepción restrictiva de lo que constituye el derecho y el orden jurídico traerá consigo una fuerte protesta por parte de los positivistas, pero puede ser defendida con varias buenas razones.

Permítasenos primeramente, asumir que un cierto orden social no garantice, siquiera, un mínimo de libertad a sus ciudadanos. Nadie tiene ningún dere-

cho a hacer lo que desea hacer, todos son súbditos del totalmente ilimitado poder de mando poseído por una pequeña oligarquía. Ahora bien, aun si la protección a la vida y a la integridad física de los súbditos pudiera estar generalmente protegida en tal orden y todos fueran tratados como iguales, creo que el atributo de "derecho" debería ser negado a tal sistema de esclavitud. Los seres humanos sin ninguna esfera de voluntad libre pueden, difícilmente, ser diferenciados de los bienes muebles. A este respecto es muy revelador que todos los órdenes que legitiman la esclavitud han negado el carácter humano a los esclavos. Una relación que se caracteriza por el dominio desencadenado de un individuo o grupo de individuos sobre los demás es una relación de poder más que de derecho y esta opinión puede ser sostenida por numerosas consideraciones semánticas, históricas y axiológicas.⁷³

Un olvido total de la noción de igualdad en un orden social también, se opondrá a que se reconozca a este orden como orden jurídico. Esto no significa que el establecimiento de una jerarquía social sea inconsistente con la idea de derecho. El sistema feudal fue ciertamente un sistema de derecho. Este sistema dividió la población en diferentes *strata* o clases y asignó ciertos derechos y obligaciones a todas las personas que pertenecieran a una clase particular. Este sistema, por tanto, preserva el principio aristotélico de la igualdad proporcional, de acuerdo con el cual, las personas en igualdad de posiciones y circunstancias deben de ser tratados como iguales. Si no se da ningún cuidado a este principio, si no hay estándar para el trato de los miembros del grupo social, si toda decisión relativa a los seres humanos es una decisión *ad hoc*, el resultado será arbitrariedad más que derecho.

En tercer lugar, un sistema social que ignore completamente el valor seguridad no podría, tampoco, ser calificado como sistema jurídico. Esta situación se presentaría si nadie en la sociedad encuentra protegida (por ninguna organización pública o privada), su vida, su integridad física y sus posesiones personales. En tal sociedad la anarquía más que el derecho sería la situación imperante.

Hasta aquí, la discusión sobre el concepto restrictivo del derecho se ha referido al orden jurídico en su totalidad. Pero, el concepto restrictivo del derecho, puede, también ser aplicado a normas particulares dentro del orden jurídico. Hans Kelsen ha dicho que una ley, o cualquier otra norma, en tanto haya sido creada de conformidad con la constitución política del país, puede tener cualquier contenido.⁷⁴ Esto significa que un juez, en virtud de que se encuentra vinculado por su juramento de aplicar fielmente el derecho, no podría cuestionar la validez de una norma que ordenara la exterminación del

⁷³ Véase en este sentido E. Bodenheim, *Power, Law, and Society*, 1973, pp. 134-139.

⁷⁴ Kelsen, *supra*, nota 4, p. 201.

disidente o que forzara a los niños a reportar ante la policía la crítica que sus padres hicieran del gobierno.

No es de sorprender que este punto de vista, que implica una radical separación del derecho y de moralidad social, haya siempre despertado grandes ataques por parte de filósofos y juristas. Hemos observado que la teoría del derecho del siglo xx, ha, en varias ocasiones, restablecido la idea de que el contenido del derecho no es completamente irrelevante para la validez del mismo. Sin embargo, el positivismo se encuentra firmemente arraigado en muchos países y el clima político presente en el mundo no es particularmente hospitalario a la recepción, incluso, de una estrechamente limitada versión del pensamiento del derecho natural. Es muy pronto para decir cuál de las dos corrientes básicas es probable que prevalezca en el próximo siglo.

3) *La necesidad de una nueva imagen del derecho.* Pareciera existir una conexión entre la tesis de que el derecho puede tener cualquier contenido concebible y la definición del derecho en términos de sanciones obligatorias. Si todo orden establecido por el Estado es derecho, aun si es completamente rechazado por la mayoría, o por una sustancial minoría, entonces, la única garantía efectiva para la aplicación del derecho es la amenaza o el uso de la coacción.⁷⁵ Esta concepción del derecho era anatema para todos los seguidores del derecho natural desde la antigüedad, pero ha encontrado fuerte arraigo en las mentes de muchos juristas y legos en el mundo contemporáneo. Este hecho ha producido un cambio en la imagen del derecho.

Existe mucha gente en la actualidad, especialmente entre los jóvenes, que asocian las instituciones jurídicas con la conducta de los funcionarios la cual es desagradable, amenazante y, sobre todo, represiva. El derecho se encuentra estrechamente identificado en la comunidad de particulares con los ministerios públicos, policías, alcaides y alguaciles. Es ampliamente concebido como un método de control social el cual abunda en prohibiciones y órdenes, lleva a los delincuentes a prisión y permite la ejecución en el patrimonio de los deudores. El derecho, en esa perspectiva, es algo que las personas deben evitar, guardarse a buena distancia de él y no entrar en conflicto con él. No puede decirse que esta poco atractiva imagen del derecho sea primordial o exclusivamente la consecuencia de la enseñanza de la teoría jurídica que equipara al derecho con el uso de la fuerza pública. Tampoco puede negarse, que en la actualidad existen países donde esa imagen del derecho llega cerca de la realidad política, en virtud de que el gobierno se encuentra enfrascado en intentos de gran escala a suprimir la disidencia y la oposición. Pero aun en esos países, y más todavía, en países de una saludable estructura social, existen áreas sustanciales del derecho que son más facilitativas que represivas. Son fa-

⁷⁵ A. Verdross, "Zur Klärung des Rechtsbegriffs", 72, *Juristische Blätter*, 1950, p. 97.

cilitativas en el sentido que permiten a los individuos celebrar contratos, hacer testamentos, fundar sociedades y realizar otros objetivos económicos y no económicos con la ayuda del derecho. Ese segmento del derecho se compone más extensamente de autorizaciones y otorgamiento de poder que de mandatos y prohibiciones respaldados por la fuerza.

La parte facilitativa del derecho aumenta la libertad humana de actual, de lograr propósitos, de ajustar intereses por disposiciones convencionales. Una sanción puede asomar en la escena en caso de un rompimiento de la buena fe por parte de uno de los participantes, pero el principal impulso motivador de una conducta conforme a derecho en esta área no es evitar a la policía o al alguacil, sino consumir transacciones recíprocamente ventajosas. La teoría jurídica sociológica de los últimos setenta y cinco años ha enfatizado el papel del derecho en la satisfacción de las necesidades y en el ajuste de intereses.

Uno de los principales defectos de la teoría de la coacción del derecho es que nos proporciona una perspectiva de alguna manera distorsionada, de los fines últimos del derecho. Si la coacción, como Kelsen sostiene, es el criterio fundamental y esencial del derecho, entonces el más desarrollado, el más típico, el orden ideal del derecho se podría casi decir, sería aquel en el cual la fuerza coactiva es usada en grado máximo. Pero esto, obviamente, no es una afirmación correcta. El mejor sistema jurídico sería aquel en el cual exista un máximo de obediencia voluntaria y un mínimo de coacción. Podría, quizá, señalarse que es la amenaza de la coacción más que la de su efectivo uso, la que garantiza la observancia del derecho por parte de la mayoría de los ciudadanos, y que en este específico sentido la teoría de la coacción del derecho podría ofrecer una descripción correcta de la realidad jurídica. Yo podría replicar a ese argumento que si un gran número de personas consideran el orden jurídico, o algunas partes de él completamente injusto, ni la coacción ni la amenaza del orden jurídico serían muy efectivos. Debería, asimismo hacerse hincapié en que hay muchas transacciones autorizadas por el derecho, cantidad de ejercicios de derechos subjetivos salvaguardados por el derecho objetivo, muchos usos de facultades otorgadas por el derecho, los cuales son motivados por un interés propio más que por el miedo. El cumplimiento de las obligaciones, a su vez, se realiza en una sociedad sana por el deseo de mantenerse un respetado miembro de la sociedad con quien las personas están deseosas de tratar. Bronislaw Malinowski ha mostrado que en las sociedades primitivas, donde el sistema de sanciones era muy imperfectamente desarrollado, las personas usualmente cumplían sus mutuos actos en virtud de que era ventajoso para ellos hacerlo.

Aunque nadie puede negar que el derecho puede ser, y ha sido establecido para usos opresivos, el derecho ha sido de acuerdo con la balanza, benéfico para la sociedad y para los individuos que la componen. Personas poco infor-

madras en la actualidad creen que el derecho, entendido como un sistema de normas que facilitan las relaciones entre los seres humanos y que protegen contra el ejercicio antisocial del poder público y de los particulares, va a desaparecer de la arena de la historia. Los romanos estaban, probablemente, en lo cierto cuando dijeron: *ubi societas, ibi ius*. Si concluimos de que la norma jurídica sirve bien a la humanidad, deberíamos, probablemente, regresar a la imagen del derecho que prevalecía durante la supremacía del pensamiento del derecho natural. Esta imagen del derecho lo consideraba como un instrumental llamado a satisfacer las necesidades básicas de los seres humanos y asistirlos en el desarrollo constructivo de sus capacidades. Este punto de vista complementario del derecho no menosprecia la importancia de las sanciones, pero las considera instrumentos secundarios y auxiliares para la ejecución del derecho contra los miembros no cooperadores de la sociedad. La primordial garantía es vista en la aceptación del derecho por los individuos, unidos a un sentido de obligación interna a obedecerlo, en virtud de que es del interés de todos hacerlo.

Huelga decir que una tal imagen del derecho puede ser llevada exitosamente a cabo únicamente en una sociedad en la cual la discrepancia entre la imagen y los hechos de la realidad social sea más bien menor que mayor. Un sistema jurídico cargado de muy malas e injustas normas puede difícilmente hacerse llegar la simpatía y la lealtad de las personas.

4) *La necesidad de una nueva lógica jurídica.* Parece correcto afirmar que la literatura del pasado sobre lógica ha gravitado alrededor de un tipo de lógica la cual bien podría denominarse lógica de antecedentes. Este tipo de lógica, que opera con conceptos de subsumición, deducción, silogismo, inducción y analogía, es indispensable a la ciencia jurídica, en virtud de que es necesaria para comprobar si ciertas conclusiones derivan de ciertas premisas dadas. Después de todo, el razonamiento jurídico usualmente no ocurre en el vacío; se basa en bien arraigadas fuentes creadoras de derecho cuya aplicabilidad en el caso concreto no puede ser determinada sin el auxilio del pensamiento lógico de corte tradicional. El ámbito de esta lógica es enorme puesto que la mayoría de los casos son decididos de acuerdo con una premisa mayor que existe con anterioridad a la ocurrencia de los hechos litigiosos. Es la búsqueda humana por la regularidad y certeza la que yace en la base de la lógica de antecedentes.

El uso de la lógica deductiva garantiza algún grado de objetividad e independencia judicial en la aplicación del derecho.

Hemos visto, por otro lado, que existen muchos casos en los cuales tiene que ser creada una nueva norma, un concepto ambiguo interpretado, o bien se tiene que escoger entre principios igualmente apropiados pero contradic-

torios. En tales casos la lógica de antecedentes puede no ser muy útil en la solución del problema.

En estas situaciones la lógica de antecedentes tiene que capitular en favor de lo que John Dewey ha llamado "la lógica de las consecuencias".⁷⁶ La mirada del juez se encuentra fijada, al menos en alguna medida en el futuro. El juez busca una decisión deseable, aquella que sea consistente con las convicciones de la comunidad o con las nociones básicas de una política correcta y con la justicia. Este tipo de lógica es sustantiva más que formal, busca someter situaciones problemáticas a una búsqueda incisiva llamada a encontrar caminos y medios razonables para resolver un litigio. Como fue señalado anteriormente, una cuidadosa evaluación de todos los argumentos que hablan en favor o en contra de la solución contemplada es una parte importante del proceso. Aristóteles llamó a esta lógica "dialéctica",⁷⁷ Dewey la llama "instrumental",⁷⁸ Recaséns Siches habla de la "lógica de lo razonable" en contraste con la "lógica de lo racional", por lo cual entiende "lógica formal tradicional".⁷⁹

La lógica de las consecuencias debe usarse con cuidado y precaución en el proceso. Si esta restricción no es observada, el proceso se encuentra en peligro de devenir demasiado politizado en el sentido de que los jueces asumirían el papel de creadores de la política legislativa. Esta situación ha sido defendida por algunos politólogos y profesores del derecho en los Estados Unidos, pero la concepción de que el juez debiera ser un actor político es poco probable que encuentre muchos seguidores. Un sano instinto del género humano a través de los tiempos ha insistido que el derecho debe ser inmunizado a las presiones de las corrientes políticas cambiantes y de las luchas por el poder político. Aunque esta inmunización no puede nunca ser completamente realizada, al menos, no en las áreas políticamente sensibles como el derecho constitucional, un cierto grado de independencia y autonomía puede ser asegurado para el derecho a través de recursos institucionales adecuados. La historia jurídica de los últimos setenta y cinco años ha mostrado que en las ocasiones en que una gran confusión entre el derecho y la política ha tenido lugar a raíz de situaciones revolucionarias o de crisis, un fuerte intento para restaurar la independencia judicial en la política fue subsecuentemente hecho.

La independencia judicial de la política no puede, sin embargo, ser equiparada a la independencia judicial de las consideraciones axiológicas. Ocasionalmente, un salto atrevido hacia adelante tendrá que ser hecho por los tribunales en nombre de la justicia, aunque, por todos conceptos, el horizonte

⁷⁶ J. Dewey, "Logical Method in Law", 10, *Cornell Law Quarterly*, 17, 1924, p. 26.

⁷⁷ Aristotle, "Analytica Priora", en *Organon*, vol. Bk. I. ii, 24a (Loeb Class. Lib. ed., 1949).

⁷⁸ J. Dewey, *Logic: The Theory of Inquiry*, 1938, p. 4.

⁷⁹ Recaséns Siches, *supra*, nota 70, pp. 246-250.

judicial se encuentra rodeado con cercas, vallas, y fosos que limitan el grado de la discreción judicial. En el área restringida de la genuina creación judicial la lógica de las consecuencias, como un segundo tipo de lógica racional, puede esperar el reconocimiento de las profesiones jurídicas.⁸⁰

Una de las importantes tareas que enfrenta este tipo de lógica material es la formulación de criterios para distinguir las áreas de la permisible innovación judicial y otras situaciones en las cuales la reforma del derecho debe ser estrictamente reservado al legislativo.⁸¹

CONCLUSIÓN

Nuestro análisis de los desarrollos de la filosofía jurídica en el siglo xx y su probable impacto en el futuro ha terminado. La historia es compleja y frecuentemente confusa. Muchas teorías de derecho positivo, derecho natural sobre la justicia, y la metodología jurídica han aspirado a su reconocimiento en este siglo y cada una de esas teorías ha podido reunir en su favor alguna evidencia plausible y alguna verificación. Esto no debería producir una actitud de desesperación filosófica o escepticismo epistemológico en los estudiosos del fenómeno jurídico. La multilateralidad de las instituciones jurídicas es un reto a la curiosidad intelectual. Para repetir un pensamiento expresado en una parte anterior de este reporte, cada párrafo de la verdad parcial descubierta por cualquier investigador agrega un ladrillo a la mansión de la verdad total. Es probable que el edificio de la filosofía jurídica, al igual que la gran catedral gótica de Strassburgo, nunca se termine pero, sin embargo, es una imponente estructura, un sólido testimonio del hecho de que el espíritu humano que busca la ilustración cognoscitiva no es una quimera, sino una realidad.

Traducción del original en inglés del
DR. ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN

⁸⁰ G. Schubert, *The Political Role of the Courts: Judicial Policy-Making*, 1965, pp. 161-165; M. Shapiro, "Political Jurisprudence", 52, *Kentucky Law Journal*, 1964, p. 294; A. S. Miller and R. F. Howell, "The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication", 27, *University of Chicago Law Review*, 1960, p. 661.

⁸¹ Algunas sugerencias sobre este punto se encuentran en Bodenheimer, *supra*, nota 73, at. 107-114.