

Alf Ross

Sobre el derecho  
y la justicia

Título de la obra original:  
*On Law and Justice*  
Stevens & Sons Limited, London, 1958

Traducida por el doctor  
GENARO R. CARRÍO,  
profesor de la Universidad de Buenos Aires.

La revisión técnica estuvo a cargo del traductor.

© 1963

EDITORIAL UNIVERSITARIA DE BUENOS AIRES — Florida 656  
Fundada por la Universidad de Buenos Aires

Hecho el depósito de ley

IMPRESO EN LA ARGENTINA — PRINTED IN ARGENTINA

## INDICE

PREFACIO DE LA EDICIÓN CASTELLANA	XI
PREFACIO DE LA EDICIÓN INGLESA	XIII
CAPÍTULO I. Problemas de filosofía del derecho	1
I. Terminología y tradición, 1; II. La naturaleza del derecho, 6; III. Análisis preliminar del concepto "derecho vigente", 12; IV. Las ramas del estudio del derecho, 19; V. En lugar de "filosofía del derecho", "problemas jusfilosóficos", 24; VI. Discusión, 27.	
CAPÍTULO II. El concepto "derecho vigente"	29
VII. El contenido del orden jurídico, 29; VIII. La vigencia del orden jurídico, 34; IX. Verificación de proposiciones jurídicas referentes a normas de conducta, 38; X. Verificación de proposiciones jurídicas referentes a normas de competencia, 50; XI. Derecho - fuerza - validez, 51; XII. Derecho, moral y otros fenómenos normativos, 58; XIII. Discusión: idealismo y realismo en la teoría jurídica, 63; XIV. Discusión: realismo psicológico y realismo conductista: su síntesis, 69.	
CAPÍTULO III. Las fuentes del derecho	73
XV. Doctrina y teoría de las fuentes del derecho, 73; XVI. Legislación, 76; XVII. Precedente, 82; XVIII. La costumbre, 88; XIX. La tradición de cultura ("razón"), 95; XX. La relación de las diversas fuentes con el "derecho vigente", 98; XXI. La doctrina de las fuentes del derecho, 100; XXII; Discusión, 101.	
CAPÍTULO IV. El método jurídico (interpretación)	105
XXIII. Doctrina y teoría del método, 105; XXIV. El fundamento semántico, 108; XXV. Problemas de interpretación. I: sintácticos, 119; XXVI. Problemas de interpretación. II: lógicos, 124; XXVII. Problemas de interpretación. III: semánticos, 130; XXVIII. Interpretación y administración de justicia, 131;	

XXXIX. Los factores pragmáticos en la interpretación, 140; XXXX. Los factores pragmáticos y la técnica de argumentación, 146; XXXI. Discusión, 149.

**CAPÍTULO V. Las modalidades jurídicas** 152

XXXII. Terminología del lenguaje jurídico, 152; XXXIII. Una terminología mejorada, 155; XXXIV. Discusión, 182.

**CAPÍTULO VI. El concepto de derecho subjetivo** 164

XXXV. El concepto de derecho subjetivo como una herramienta técnica de presentación, 164; XXXVI. Aplicación del concepto de derecho subjetivo en situaciones típicas, 169; XXXVII. Aplicación del concepto de derecho subjetivo a situaciones atípicas, 172; XXXVIII. La estructura de un derecho subjetivo, 177; XXXIX. Discusión, 180.

**CAPÍTULO VII. Derechos "in rem" y derechos "in personam"** 184

XL. Doctrina y problemas, 184; XLI. Derecho de disposición y derecho de pretensión o facultad, 187; XLII. Protección "in rem" y protección "in personam", 191; XLIII. La conexión entre contenido y protección, 192.

**CAPÍTULO VIII. Las divisiones fundamentales del derecho** 197

XLIV. Derecho público y derecho privado, 197; XLV. El derecho sustantivo y el derecho adjetivo, 202; XLVI. Discusión, 206.

**CAPÍTULO IX. Los hechos operativos** 209

XLVII. Terminología y distinciones, 209; XLVIII. La disposición privada, 212; XLIX. Promesa, cargo y autorización, 217.

**CAPÍTULO X. Algunas características de la historia del derecho natural** 221

L. Creencias populares griegas: Homero y Hesíodo, 221; LI. Los sofistas, 226; LII. Aristóteles, 230; LIII. Los estoicos y el derecho romano, 233; LIV. El derecho natural de los escolásticos (Tomás de Aquino), 236; LV. Racionalismo, 239; LVI. Derecho natural encubierto, 243; LVII. El renacimiento del derecho natural, 247.

**CAPÍTULO XI. Análisis y crítica de la filosofía del derecho natural** 251

LVIII. Puntos de vista epistemológicos, 251; LIX. Puntos de vista psicológicos, 255; LX. Puntos de vista políticos, 256; LXI. Puntos de vista de la teoría jurídica, 258.

**CAPÍTULO XII. La idea de justicia** 261

LXII. La justicia y el derecho natural, 261; LXIII. Análisis de la idea de justicia, 262; LXIV. Algunos ejemplos, 268; LXV. La idea de justicia y el derecho positivo, 272; LXVI. La exigencia de igualdad en el derecho vigente, 277.

**CAPÍTULO XIII. El utilitarismo y la quimera del bienestar social** 281

LXVII. La relación entre el utilitarismo y el derecho natural, 281; LXVIII. El principio de maximización y su discordancia con nuestra elección efectiva, 284; LXIX. La quimera del bienestar social, 288.

**CAPÍTULO XIV. Ciencia y política** 289

LXX. Conocimiento y acción, 289; LXXI. La interacción mutua entre creencia y actitud, 292; LXXII. Desacuerdos prácticos: argumento y persuasión, 297; LXXIII. Ciencia y política, 306; LXXIV. Discusión, 315.

**CAPÍTULO XV. Ámbito y tarea de la política jurídica** 317

LXXV. Delimitación entre la política jurídica y las otras políticas, 317; LXXVI. Política jurídica de "lege ferenda" y de "sententia ferenda", 321; LXXVII. La fundamentación teórica de la política jurídica, 322; LXXVIII. La tarea de la política jurídica: enunciación de las premisas, 323; LXXIX. La tarea de la política jurídica: formulación de conclusiones, 326.

**CAPÍTULO XVI. Posibilidad de la política jurídica: entre el destino y la utopía** 329

LXXX. Los profetas del destino niegan la posibilidad de la política jurídica, 329; LXXXI. La escuela histórica, 334; LXXXII. El historicismo económico de Marx, 336; LXXXIII. Limitaciones a la política y estudio de tendencias, 340.

**CAPÍTULO XVII. El papel de la conciencia jurídica en la política jurídica** 346

LXXXIV. Actitudes basadas en necesidades (intereses), 346; LXXXV. Actitudes morales, 352; LXXXVI. El papel de la conciencia jurídica en la política jurídica: tres postulados fundamentales, 356; LXXXVII. El papel de la conciencia jurídica cuando faltan las consideraciones prácticas, 361.

**BREVE BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA** 365

**BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS DEL AUTOR** 367

**INDICE ALFABÉTICO** 369

## PREFACIO DE LA EDICIÓN CASTELLANA

Cuando hace un par de años tuve el honor de ser invitado a dar conferencias en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, me impresionó mucho el papel que allí desempeña la filosofía jurídica en la enseñanza del derecho. Hallé entre mis colegas en ese campo un conocimiento, un interés y una comprensión mucho mayores que lo que es común encontrar en mi país. Especialmente me impresionó que ese interés por la filosofía del derecho no se limitaba a un estrecho círculo de especialistas en dicho dominio, sino que podía ser advertido también en especialistas de otras ramas del derecho, entre los estudiantes y los abogados, y hasta entre gente culta ajena al estudio y a la práctica del mismo.

¿A qué se debe ese interés? Creo que el estudio de la filosofía debe tener su recompensa en sí mismo, por cuanto satisface una inveterada urgencia de claridad y nos hace gustar los puros placeres del espíritu. Si además de ello ese estudio nos da una comprensión más cabal del mecanismo y de la lógica del derecho, y aumenta nuestra capacidad para cumplir la tarea, teórica o práctica, a que nos dedicamos, tanto mejor.

Entrego este libro a los lectores de habla española animado de un espíritu de gratitud y de humildad. Me siento agradecido porque se me ha dado la oportunidad de propagar los frutos de estudios a los que he dedicado toda mi vida, de difundir ideas que, creo con firmeza, constituyen el fundamento de un análisis realista del derecho positivo y de una discusión inteligente de su reforma. Entrego el libro con humildad, porque advierto plenamente la insuficiencia y la futilidad de mis empeños. Imbuido de ese espíritu puedo suscribir mi obra, como aquel antiguo pintor holandés, con las palabras "De acuerdo con mis posibilidades".

Tengo una deuda con muchos amigos de la Argentina. Sin que ello importe olvidar a los demás, quiero expresar mi reconocimiento a dos de ellos: al Profesor Dr. Ambrosio L. Gioja, a quien, más que a ningún otro, se deben mis contactos con la Universidad de Buenos



## SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA

Aires, y al Profesor Dr. Genaro R. Carrió, que ha tenido a su cargo la traducción de este libro. Mi falta de dominio pleno del idioma español no me permite opinar sobre el mérito de la traducción. A pesar de ello, mi correspondencia con el Dr. Carrió, referente a diversos aspectos lingüísticos conéctados con la traducción, me ha confirmado en el convencimiento de que no podría haber hallado a nadie mejor capacitado para cumplir esa delicada tarea, que tanta pericia requiere. Cordialmente agradezco a ambos su amabilidad y comprensión.

Copenhague, noviembre de 1962.

ALF ROSS

## PREFACIO DE LA EDICIÓN INGLESA

Este libro de autor escandinavo es presentado al público anglo-norteamericano con la esperanza de que contribuirá a fortalecer los lazos que unen a la cultura nórdica con las grandes tradiciones de mundo anglo-sajón. La iniciativa y el generoso patrocinio de los norteamericanos, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, han hecho posible un activo intercambio de personas e ideas entre el Nuevo y el Viejo Mundo; quienes nos hallamos de este lado del Atlántico tenemos una permanente obligación de contribuir al máximo a esa comunicación.

El campo de la teoría del derecho es especialmente propicio para una cooperación fructífera y un estímulo mutuo. A partir de la obra de John Austin y Oliver Wendell Holmes el pensamiento jurídico anglo-norteamericano ha estado dirigido a una interpretación realista del derecho, esto es, una interpretación acorde con los principios de la filosofía empirista. La teoría jurídica escandinava, desde los días de Anders Sandøe Ørsted (1778-1860) y Axel Hägerström (1868-1939), ha estado dominada por un empirismo similar. Las tradiciones del mundo anglo-sajón y de los países escandinavos se han diferenciado así, por esa tendencia común, de las doctrinas jusnaturalistas y de otras ramificaciones de la filosofía jurídica idealista que prevalecen en Europa continental.

La idea principal de este libro es desarrollar los principios empiristas, en el campo del derecho, hasta sus conclusiones últimas. De esta idea surge la exigencia metodológica de que el estudio del derecho siga los tradicionales patrones de observación y verificación que inspiran a toda la ciencia empírica moderna. De ella surge también la exigencia analítica de que las nociones jurídicas fundamentales sean interpretadas exclusivamente como concepciones sobre la realidad social, sobre la conducta del hombre en sociedad. Por esta razón rechazo la idea de una "validez" específica *a priori* que coloca al derecho por encima del mundo de los hechos, y reinterpreto esa idea en términos de hechos sociales; rechazo también la idea de

un principio *a priori* de justicia como guía para la legislación (política jurídica), y examino el problema de la política jurídica con espíritu relativista, esto es, en relación con valores hipotéticos aceptados por grupos influyentes en la sociedad; y por último, rechazo la idea de que el conocimiento jurídico constituye un conocimiento normativo específico, expresado en proposiciones de *deber ser*, e interpreto el pensamiento jurídico en términos de la misma lógica que da fundamento a las otras ciencias empíricas (proposiciones de *ser*).

En mi opinión no hay principios definidos que determinen el dominio de la filosofía del derecho; no hay criterios internos que señalen dónde concluye la ciencia del derecho y dónde comienza la filosofía jurídica. La tradición y las inclinaciones personales deciden en gran medida la cuestión. Por mi parte he considerado importante ocuparme no solo de problemas de un elevado nivel de abstracción, sino también de nociones y problemas con los que el estudioso del derecho está familiarizado por su labor en el aula, en los tribunales o en la legislatura. De esta manera espero demostrar que la filosofía jurídica no solo constituye una hermosa actividad mental *per se*, sino también un instrumento que puede beneficiar a todo jurista que quiera comprender mejor lo que hace y por qué lo hace.

Durante más de tres décadas me he ocupado de estudios filosóficos; en ese lapso he recibido, por supuesto, guía e inspiración de muchas fuentes. Sin su auxilio no hubiera podido escribir este libro. Tales deudas se olvidan fácilmente y no puedo enumerarlas aquí en forma completa. Pero debo mencionar a dos maestros que han significado para mí más que cualquier otra influencia: Hans Kelsen, que me inició en la filosofía del derecho y me enseñó, por sobre todo, la importancia del pensamiento coherente; y Axel Hägerström, que me hizo ver la vacuidad de las especulaciones metafísicas en el campo del derecho y de la moral.

La edición danesa de este libro fue publicada en 1953. El camino que condujo a la traducción y a la publicación de esta edición inglesa ha sido largo y rico en obstáculos. No lo habría podido recorrer sin el infatigable concurso de la traductora, Mrs. Margaret Dutton, de Londres, y del editor, Mr. Max Knight, de la University of California Press. Siempre recordaré con gratitud el interés que ambos pusieron en mi obra y la diligencia y escurpulosidad con que llevaron a cabo su tarea.

Por último, quiero expresar mi agradecimiento a las dos fundaciones danesas que hicieron económicamente posible esta versión inglesa: *Rask-Ørsted Fondet* y *Statens almindelige Videnskabsfond*.

Copenhague, septiembre de 1958.

ALF ROSS

## CAPÍTULO I

### PROBLEMAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

#### I. TERMINOLOGÍA Y TRADICIÓN

En los países de habla inglesa *jurisprudence* designa una rama del conocimiento jurídico que se distingue de otras ramas por sus problemas, objetivos, propósitos y métodos. Dicha palabra es usada en forma imprecisa para designar diversos estudios generales, diferentes del objeto principal de la enseñanza en las facultades de derecho, donde se siguen estudios doctrinarios corrientes dirigidos a exponer las reglas jurídicas en vigencia en una cierta sociedad y en una época determinada.

Estos diversos estudios generales designados como *jurisprudence* no tienen en común elementos suficientes que posibiliten su clasificación como vástagos de la misma rama del saber. Ellos se ocupan de temas muy distintos y reflejan perspectivas filosóficas que difieren ampliamente entre sí.

En Europa continental no se usa, por lo general, la palabra *jurisprudence*. En lugar de ella se emplean expresiones tales como filosofía del derecho, ciencia general del derecho, enciclopedia jurídica y teoría general del derecho.

Dentro de los estudios heterogéneos agrupados bajo estos rótulos se puede distinguir tres áreas para investigar y, consecuentemente, tres líneas o escuelas de investigación. Ellas son:

1) *El problema del concepto o naturaleza del derecho.* Esta esfera incluye otros conceptos fundamentales que se consideran esencialmente comprendidos en el concepto del derecho. Tales como, por ejemplo, las fuentes del derecho, el sujeto del derecho, deber jurídico, norma jurídica, sanción jurídica, etc. Posiblemente incluye también conceptos no necesariamente "esenciales", tales como pro-

piEDAD, derechos *in personam* y derechos *in rem*, pena, intención, culpa, etc.

La línea o escuela de "filosofía del derecho" (expresión que por ahora usaremos como designación general para los trabajos a que nos referimos), que se ocupa principalmente de este grupo de problemas, es conocida como "analítica", porque trata de analizar y definir conceptos del tipo de los mencionados. La escuela analítica fue fundada por el inglés John Austin, quien pronunció una serie de conferencias en el University College de Londres, en 1828-29. Estas fueron publicadas más tarde bajo el título *The Province of Jurisprudence Determined*<sup>1</sup>. Austin no alcanzó mucha fama en vida. Razones económicas lo obligaron a abandonar la enseñanza, y a la época de su muerte era casi desconocido. Poco después las cosas cambiaron fundamentalmente. Entre los años 1861 y 1863 su viuda publicó una nueva y completa edición de las conferencias, la que más tarde fue objeto de sucesivas reimpressiones. El método analítico de Austin ha influido en un número tan elevado de estudiosos ingleses y norteamericanos —v. gr.: W. Markby,<sup>2</sup> S. Amos,<sup>3</sup> I. E. Holland,<sup>4</sup> E. C. Clark,<sup>5</sup> E. E. Hearsh,<sup>6</sup> J. Salmond,<sup>7</sup> J. C. Gray,<sup>8</sup> y G. W. Paton,<sup>9</sup>— que se puede hablar de una escuela analítica.

Solo en nuestro siglo Austin influyó sobre los juristas de Europa continental, particularmente sobre el húngaro Félix Somlo<sup>10</sup> y el suizo Ernest Roguin<sup>11</sup>.

La Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen,<sup>12</sup> que constituye la contribución más importante del siglo a la filosofía jurídica, pertenece también a la escuela analítica. Sin embargo, no hay conexión histórica entre la Teoría pura del Derecho y la escuela de Austin.

Tomada en conjunto, la escuela analítica lleva el sello de un formalismo metódico. El derecho es considerado como un sistema de normas positivas, esto es, efectivamente vigentes. La "ciencia del derecho" sólo busca establecer la existencia de estas normas, sin atender a valores éticos o a consideraciones políticas. La escuela

<sup>1</sup> Para un estudio de Austin, su doctrina e influencia, véase Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen* 1929, cap. IV y apéndice A, en particular págs. 88-87.

<sup>2</sup> *Elements of Law*, 1871, <sup>3</sup> *Science of Jurisprudence*, 1872. <sup>4</sup> *Jurisprudence*, 1880. <sup>5</sup> *Practical Jurisprudence*, 1883. <sup>6</sup> *Theory of Legal Duties and Rights*, 1883. <sup>7</sup> *Jurisprudence*, 1902. <sup>8</sup> *Nature and Sources of Law*, 1909. <sup>9</sup> *Jurisprudence*, 1946.

<sup>10</sup> *Juristische Grundlehre*, 1917.

<sup>11</sup> *La science juridique pure*, 1923.

<sup>12</sup> La última exposición completa de Kelsen se encuentra en su *General Theory of Law and State*, 1946. Para una versión concisa, de lectura fácil, de los principios básicos del sistema kelseniano, véase su *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires, EUDEBA, 3ª ed., 1963).

analítica tampoco se ocupa de las circunstancias sociales que rodean al derecho, es decir, de los factores sociales que determinan su creación y desarrollo y de los efectos sociales que las normas jurídicas producen o que mediante ellas se intenta producir. Este formalismo ha hallado una notable expresión en las obras de Kelsen. El reclamo de "pureza" para la ciencia del derecho tiene un doble objetivo: por una parte, liberar a esa ciencia de toda ideología moral o política; por la otra, liberarla de todo vestigio de sociología, es decir, de consideraciones referentes al curso efectivo de los sucesos. De acuerdo con Kelsen la ciencia del derecho no es filosofía moral ni teoría social, sino una específica teoría dogmática en términos normativos.

② El problema del propósito o idea del derecho. Esta esfera de investigación se ocupa del principio racional que da al derecho su "validez" o "fuerza obligatoria" específicas y que constituye el criterio para la "rectitud" o "corrección" (*rightness*) de una norma jurídica. En general se considera que la justicia es la idea del derecho. De allí surgen cuestiones fundamentales acerca del contenido y tema del principio de justicia; acerca de la relación entre la justicia y el derecho positivo; sobre el papel desempeñado por el principio de justicia en la legislación y en la administración del derecho, etc.

La rama de filosofía del derecho que considera problemas de esta índole es conocida como justifilosofía axiológica o filosofía del derecho natural. En tiempos modernos la expresión "filosofía del derecho" es frecuentemente usada para aludir en forma exclusiva a esta rama particular.

Esta escuela de pensamiento, que está estrechamente ligada al enfoque religioso o metafísico-religioso, tiene una larga historia. La filosofía del derecho natural se extiende desde el tiempo de los primeros filósofos griegos hasta nuestros días. Esta filosofía alcanza su cumbre clásica en los grandes sistemas racionalistas de los siglos XVII y XVIII. Después de la reacción histórica y positivista del siglo XIX, la filosofía del derecho natural ha vuelto a ganar terreno en el presente siglo. Se habla de un renacimiento del derecho natural. Su fundamento filosófico es en medida primera y principal la filosofía escolástica católica expresada en el derecho natural del tomismo; y varios desarrollos de los sistemas de Kant y Hegel que han sido seguidos particularmente en Alemania e Italia. Las teorías del derecho natural también han encontrado apoyo en otras escuelas filosóficas (el utilitarismo, la filosofía de la solidaridad, el intuicionismo de Bergson, la fenomenología de Husserl y otras). La historia del derecho natural será examinada en el capítulo X.

3) El problema de la interacción del derecho y la sociedad. Esta esfera de investigación incluye cuestiones relativas al origen histórico y al desarrollo del derecho; a los factores sociales que en nuestros días determinan el contenido variable del mismo; a su dependencia frente a la economía y a la conciencia jurídica popular y a su influencia sobre ellas; a los efectos sociales de ciertas reglas o instituciones jurídicas; al poder del legislador para dirigir el desarrollo social; a la relación entre el derecho "viviente" (es decir, el derecho tal como se desarrolla efectivamente en la vida de la comunidad) y el derecho teórico o de los libros; y a las fuerzas que de hecho motivan la aplicación del derecho, en contraposición con los fundamentos racionalizados de las decisiones judiciales.

Esta escuela de filosofía del derecho es conocida como histórico-sociológica. Puede a su vez ser dividida en dos ramas, una predominantemente histórica y la otra predominantemente sociológica y psicológica. Al igual que la escuela analítica, es de data relativamente reciente. Siguiendo la senda de unos pocos precursores del siglo XVIII (Vico, Montesquieu), la escuela romántica alemana (Savigny y Puchta), que será examinada más adelante en los parágrafos LVI y LXXXI, aportó un enfoque histórico al campo del derecho.

En Inglaterra, H. Maine<sup>13</sup> fundó una escuela de *historical jurisprudence* que estudió la correlación del derecho y la sociedad en tiempos antiguos. Fue seguido por J. Bryce<sup>14</sup>, D. Vinogradoff<sup>15</sup>, C. K. Allen<sup>16</sup> y otros. El enfoque sociológico, representado por estudiosos tales como Emile Durkheim<sup>17</sup>, León Duguit<sup>18</sup>, Roscoe Pound<sup>19</sup>, N. S. Timasheff<sup>20</sup>, y Karl Llewellyn<sup>21</sup>, ha sido predominante en Francia y en los Estados Unidos. Pueden hallarse interpretaciones psicológicas en los trabajos de Jerome Frank<sup>22</sup>, Edward Robinson<sup>23</sup> y otros.

<sup>13</sup> *Ancient Law, 1861, y Early History of Institutions, 1875.*

<sup>14</sup> *Studies in History and Jurisprudence, 1901.*

<sup>15</sup> *Historical Jurisprudence, 1923.*

<sup>16</sup> *Law in the Making, 1927.*

<sup>17</sup> *De la division du travail social, 1893.*

<sup>18</sup> *Les transformations générales du droit privé, 1912; Les transformations du droit public, 1913.*

<sup>19</sup> Para un resumen de las doctrinas de Pound acerca de las líneas sociales de desarrollo en el moderno derecho inglés y norteamericano (con referencias bibliográficas completas), véase su trabajo *Outlines of Lectures on Jurisprudence*, 5ª ed., 1943, 43-49. Véase también POUND, *Social Control through Law*, 1942; *Interpretations of Legal History*, 1923; "Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence", *Harv. L. Rev.*, t. 24, 1911, 591.

<sup>20</sup> *Introduction to the Sociology of Law, 1939.*

<sup>21</sup> K. N. LLEWELLYN y E. A. HOEBEL, *The Cheyenne Way*, 1942.

<sup>22</sup> *Law and the Modern Mind*, 1930.

<sup>23</sup> *Law and the Lawyers*, 1935.

Hay muchos estudios especiales de sociología del derecho que son de considerable interés, particularmente en el campo de la criminología. Los informes de comisiones y estudios prácticos semejantes constituyen a menudo contribuciones valiosas en pro de una mejor comprensión de los hechos de la vida jurídica y de sus relaciones recíprocas. Los trabajos de carácter general que se publican bajo el nombre de sociología del derecho<sup>24</sup> tienden a veces a quedarse en el mero enunciado de programas generales; otras veces tienden a ser filosofías del derecho natural disfrazadas. Esta última tendencia resulta del hecho de que la sociología es en su origen una filosofía política encubierta (par. LVI). Georges Gurvitch<sup>25</sup> es un ejemplo típico. Su sociología del derecho poco tiene que ver con la ciencia empírica; se aproxima más a una interpretación metafísico-espiritualista de los conceptos del derecho y la justicia basada en el intuicionismo de Bergson y en la fenomenología de Husserl.

Este resumen de los temas y tendencias de la literatura existente sobre filosofía del derecho (o *jurisprudence*, en los países de habla inglesa) conduce al problema de cómo debe ser racionalmente definida dicha rama del estudio del derecho. Parece que esta cuestión solo puede ser elucidada sobre la base de un examen general de los diversos enfoques desde los que cabe intentar un estudio de los fenómenos jurídicos, para seleccionar de entre ellos aquel que, en nuestra opinión, puede ser racionalmente descrito como *justilógico*.

A esta altura, sin embargo, se presenta una dificultad. Por una parte, no es posible formar una opinión fundada acerca de las diversas ramificaciones del estudio del derecho en su integridad mientras no se haya decidido cuál es la naturaleza de los fenómenos jurídicos. Por la otra, el problema del concepto o naturaleza del derecho es indudablemente uno de los problemas principales de la filosofía del derecho. No hay desacuerdo acerca de esto. Tanto aquellos que centran su atención principalmente en la validez ideal del derecho, como aquellos que se ocupan de la existencia de éste en la comunidad, tienen que fundar necesariamente sus teorías en un concepto sobre la naturaleza general del derecho. Parecería, por ende, que no es posible indicar el objeto propio de la filosofía del derecho mientras no se dé solución a uno de sus problemas principales.

Esta dificultad puede ser superada ofreciendo al comienzo un mero intento de orientación sobre la naturaleza de los fenómenos jurídicos; en un capítulo posterior expondré un estudio más completo.

<sup>24</sup> Uno de los más conocidos es *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, de E. Ehrlich. Pueden mencionarse, además, N. S. TIMASHEFF, *Introduction to the Sociology of Law*, 1939; E. HORVATH, *Rechtssoziologie*, 1934; G. GURVITCH, *Sociology of the Law*, 1942; H. CARNS, *Theory of Legal Science*, 1941.

<sup>25</sup> Véase la nota anterior y mi examen crítico de Gurvitch en *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, Cap. II, 8.



II LA NATURALEZA DEL DERECHO

La cuestión de la "naturaleza" del derecho constituye uno de los permanentes problemas principales de cualquier filosofía del derecho. Es bastante extraño que, al parecer, nadie ha considerado digno de atención que tal cuestión se haya planteado y nadie ha meditado sobre la razón de la misma y de su importancia. Sin embargo, cuando nos detenemos a pensar en esto, el problema es más bien peculiar. ¿Quién pensaría en destinar el problema de la "naturaleza de los fenómenos psíquicos" a un tratamiento separado por una ciencia distinta de la psicología? ¿O el problema de la "naturaleza" de la naturaleza a una ciencia distinta de las ciencias naturales? ¿Qué más se podría decir de la "naturaleza" de los fenómenos psíquicos que lo que resulta de la descripción y explicación de ellos hecha en la psicología? ¿O acerca de los fenómenos de la naturaleza, que no esté dicho por las diversas ciencias naturales?

¿Por qué es tan distinta la situación respecto del derecho? ¿Por qué el problema de la naturaleza del derecho se encuentra fuera del ámbito de la ciencia jurídica en sentido estricto? ¿Qué más puede decirse acerca de la naturaleza de los fenómenos jurídicos que lo que resulta de la ciencia del derecho, que tiene como objeto a estos mismos fenómenos? Para contestar estas preguntas será conveniente hacer una breve digresión lingüística.

Por "expresión lingüística" entiendo un arreglo consciente del lenguaje en el uso efectivo, oral o escrito.

Distinto de la expresión misma como fenómeno lingüístico es su significado. Es menester hacer esta distinción, dado que expresiones diferentes pueden tener el mismo significado, así como la misma expresión puede, según las circunstancias, tener una diversidad de significados.

El significado puede ser de dos tipos, a saber: expresivo o sintomático y representativo o semántico.

① Toda expresión lingüística tiene un significado expresivo, es la expresión o el síntoma de algo. Esto quiere decir que como eslabón de un todo psico-físico, la expresión se refiere a aquella experiencia que la ha suscitado. Cualquier cosa que yo diga, mi expresión tiene que haber sido causada por circunstancias emotivo-volitivas que me han movido a expresarme, por una necesidad de comunicar ideas a otros o por una emoción que espontáneamente exige expresión.

② Ciertas expresiones lingüísticas tienen además un significado representativo, es decir, la expresión "indica", "simboliza" o "representa" un estado de cosas. Esta relación no es causal sino lógica. Si digo, por ejemplo, "mi padre ha muerto", esta expresión indica un cierto estado de cosas.

Continuando con estas afirmaciones preliminares podemos formular ahora las distinciones y concepciones siguientes:

a) Expresiones que tienen a la vez significado expresivo y representativo, tales como, por ejemplo, "mi padre ha muerto". Su significado expresivo será normalmente una necesidad de comunicar el hecho a otra persona. En otras palabras: formular la expresión es normalmente la manifestación de esta necesidad. Su significado representativo es una aserción; la aserción de que ése es el estado de cosas, a saber, que mi padre ha muerto. Esta aserción puede ser considerada con independencia de la expresión y del contexto de experiencia asociados a ella. Su verdad o falsedad puede ser verificada.

③ Expresiones que tienen únicamente significado expresivo. Si, por ejemplo, grito "¡Ay!" porque me he quemado, o le digo a alguien "¡Cierre la puerta!", estas expresiones no afirman que tengo un dolor, o que deseo que mi interlocutor cierre la puerta. Estas expresiones no simbolizan nada; no tienen significado representativo, sino que son soportes directos de una "carga" emocional o intencional. Ellas exteriorizan una experiencia, pero no representan nada. Su significado expresivo no puede ser separado de la experiencia.

A veces, como cuando, por ejemplo, grito "¡Ay!", la expresión no es formulada con intención ni está dirigida a influir sobre otros, sino que tiene el carácter de un reflejo automático. Tales expresiones son llamadas exclamaciones. Por otra parte, cuando digo a alguien "¡Cierre la puerta!", la expresión es emitida con la intención (que ella expresa) de influir directamente sobre la otra persona de una manera definida: inducirle a cerrar la puerta. La nota característica de la expresión es que la influencia es directa, es decir, es ejercida por la fuerza sugestiva o por la presión contenida en la expresión misma, y no transmitida por la comunicación de una aserción. Es claro que también es posible provocar impulsos a la acción por el último método; por ejemplo, diciéndole a una persona que su casa se ha incendiado. No hay un término general para las expresiones emotivo-volitivas, portadoras de intención. A esta categoría pertenecen fenómenos tan heterogéneos como el ordenar, dirigir, sugerir, desear, exhortar, solicitar, requerir, etc. Dado que es más práctico trabajar con un término general, propongo para estos fines el término "directiva".

De acuerdo con esto es posible distinguir entre tres tipos de expresiones lingüísticas.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> No creo necesario investigar si puede sostenerse que la clasificación es exhaustiva; si, por ejemplo, las expresiones interrogativas pueden ser reducidas a una combinación de 1) y 2) ó 1) y 3).

*Emilia V*  
*3 tipos de expresiones jurídicas*

1) Expresiones de aserción (o más brevemente aserciones, con lo cual, empero, esta palabra se torna ambigua, pues significa tanto la expresión como su significado representativo), es decir, expresiones con significado representativo;

2) Exclamaciones, esto es, expresiones sin significado representativo y con las que no se pretende ejercer influencia; y

3) Directivas, esto es, expresiones sin significado representativo pero que son usadas con el propósito de ejercer influencia.

En cierto grado estas categorías corresponden a la clasificación gramatical: oraciones indicativas, interjecciones y oraciones imperativas. Debe notarse, sin embargo, que una expresión lingüística con la forma de una oración en indicativo puede muy bien ser una directiva y no una aserción. La oración "Usted llevará esta carta a la oficina de correos mañana" puede ser una aserción, una predicción de lo que va a ocurrir. Pero a pesar de su forma gramaticalmente indicativa, podría ser también comprendida como una directiva (orden).

Ahora bien, teniendo en cuenta estos antecedentes, nos preguntamos a cuál de estas categorías pertenecen las oraciones que se encuentran en las reglas jurídicas? Parece obvio que ellas tienen que ser directivas<sup>27</sup> y no exclamaciones ni aserciones. Las leyes no se sancionan para comunicar verdades teóricas sino para dirigir el comportamiento de los hombres —tanto de los jueces como de los ciudadanos— a fin de que actúen de una cierta manera deseada. Un parlamento no es una oficina de informaciones, sino un órgano central de dirección social. Se hace particularmente claro que las reglas jurídicas, según su contenido lógico, son directivas, cuando contienen expresiones que son usadas comúnmente en estas últimas. Tal es

<sup>27</sup> El análisis precedente da por supuesta la condición simple de que la expresión emana de un autor individual. No hay tal individuo único tras el derecho. Esto, sin embargo, carece de importancia. Lo que importa es que el derecho funciona de la misma manera que las directivas emanadas de un autor individual, y que la legislación lleva una "intención social" que puede ser considerada como análoga a la intención individual. Karl Olivecrona ha expresado esta idea al llamar a las reglas de derecho "imperativos independientes"; véase *Law as Fact*, 1939, 42 y sigs. He preferido el término más general y neutro "directiva", pues la palabra "orden" ("imperativo") está asociada a ideas que no son adecuadas al derecho, en especial en su relación con los jueces y autoridades administrativas, que indudablemente consideran al derecho como una "directiva" y no como una "orden". Ninguno de los términos específicos corrientes, usados para designar expresiones que carecen de significado representativo y son empleadas para influir me parece enteramente adecuado como término descriptivo del contenido del derecho. La terminología que he utilizado aquí evita estas dificultades al crear un término general para expresiones de este tipo. En el fondo no estoy en desacuerdo con Olivecrona.

lo que ocurre, por ejemplo, con las normas penales que expresan que toda persona en ciertas condiciones deberá ser castigada, de una determinada manera; y con las normas civiles que expresan que una persona "debe" o "puede" hacer o no hacer algo. Lo mismo vale, sin embargo, para los casos en que una regla jurídica se presenta gramaticalmente en el modo indicativo y en apariencia contiene una descripción (aserción). Tal es el caso, por ejemplo, cuando se establece que bajo tales o cuales condiciones surge una obligación (un deber o una responsabilidad). Aunque tal enunciado tiene aparentemente la misma estructura que, por ejemplo, la proposición de la química que dice que en ciertas condiciones se genera hidrógeno, no puede haber duda que su significado lógico no es informar acerca de hechos, sino prescribir una conducta. La regla jurídica no es verdadera ni falsa, es una directiva.

Surge aquí la cuestión de si las frases que leemos en un libro de texto de derecho —o en cualquier otra parte donde se expresa cuál es el derecho vigente— son lógicamente directivas. En apariencia lo son, ya que parece no haber diferencias entre las oraciones usadas por los autores de derecho y aquellas que figuran en las normas jurídicas. El lenguaje, por ejemplo, usado en el libro de John Honnold, *Cases and Materials on the Law of Sales and Sales Financing*, es exactamente igual que el que aparece en la Ley Uniforme de Ventas (*Uniform Sales Act*) y en otras leyes. A pesar de la semejanza, empero, tiene que haber una diferencia en el significado lógico de las mismas oraciones en los dos contextos. No puede haber duda de que las proposiciones de un libro de texto de derecho, por lo menos en cierta medida, se proponen describir (no prescribir).<sup>28</sup> En la medida en que la literatura jurídica se propone ser conocimiento de lo que efectivamente es el derecho vigente, tiene que consistir en aserciones, no en directivas. Toda proposición de un libro de texto jurídico tiene que ser comprendida con la salvedad general de que el autor está exponiendo el derecho vigente dentro de un sistema jurídico específico: el derecho de Illinois, de California, el *common law*, etc. Por lo tanto, la proposición de un libro de texto que *prima facie* presenta el carácter de una directiva D, para ser comprendida como una proposición no del derecho sino acerca del derecho, tiene que ser reformulada de la siguiente manera:

D es derecho vigente (de Illinois, de California, etc.)<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Ver *infra*, par. IX y LXXIX

<sup>29</sup> La radical diversidad existente entre las normas jurídicas (esto es, las reglas jurídicas contenidas en las leyes o extraídas de los precedentes o de otras fuentes del derecho) por un lado, y las proposiciones doctrinarias de los libros de texto jurídicos, por el otro, es claramente establecida aquí. Las primeras son directivas (alógicas); las segundas son aserciones (lógicas) que expresan que ciertas directivas son derecho válido. Si no se tiene claramente en cuenta esta diversidad y si se coloca a las normas

Es importante subrayar esto a los estudiosos del derecho ingleses y norteamericanos. En el idioma inglés no existe una distinción clara entre (a) el derecho mismo, en tanto que reglas jurídicas, y (b) el conocimiento acerca del derecho, en tanto que proposiciones referentes a reglas jurídicas. No hay una expresión que corresponda a "ciencia del derecho" (*science du droit*, *Rechtswissenschaft*, etc.) usada en Europa continental. La expresión *legal doctrine* (doctrina jurídica) se refiere a un cuerpo de reglas más bien que al conocimiento acerca de reglas. Como es importante a los fines de la filosofía del derecho operar con un término que distinga claramente el conocimiento del derecho del derecho mismo, usaré la expresión "ciencia del derecho" para el primero.

Hemos alcanzado ahora el punto que contiene la explicación de por qué la "naturaleza del derecho" es un problema, y cuál es el significado de este problema. Hemos visto que toda proposición

jurídicas en el mismo plano que las proposiciones doctrinarias que se refieren a ellas, unas y otras resultarán necesariamente deformadas.

(a) Por una parte habrá una tendencia a suponer que las proposiciones doctrinarias consisten también en directivas o normas. Esto se advierte en la concepción que ve en la ciencia del derecho un conocimiento normativo. Esta designación puede querer decir una variedad de cosas. 1) que la ciencia jurídica es un conocimiento que se dirige a establecer normas. O 2) que es un conocimiento que se expresa mediante normas, aunque sin establecerlas, puesto que las normas que se exponen son aquellas "positivamente dadas". O, por último, 3) que la ciencia del derecho es un conocimiento referente a normas. Este último significado es el único sostenible. Pero la palabra "normativo", entendida en este sentido, no es lingüísticamente apropiada puesto que naturalmente sugiere el significado 1) o el significado 2). El primero de éstos expresa el postulado jurnaturalista de un saber que al mismo tiempo que conocimiento es exigencia o demanda (par. LXX). El último corresponde al punto de vista de Kelsen, por lo menos tal como era expuesto en sus primeros trabajos. En ellos (véase especialmente *Reine Rechtslehre*, 1933, 21 y sigs.) *Rechtsnorm* (norma jurídica) y *Rechtssatz* (proposición doctrinaria) son la misma cosa. *Das Sollen* (el "deber ser") es la forma categorial tanto del derecho como de las proposiciones doctrinarias referentes al mismo; y el conocimiento del derecho es concebido como expresivo de normas, no como descriptivo de ellas, es decir, es concebido como la expresión directa de normas y de su immanente pretensión de validez. En una obra posterior (*General Theory of Law and State*, 1945 págs. 45, 167) Kelsen apunta claramente a una distinción entre la norma jurídica como prescriptiva y la proposición doctrinaria (que él llama regla de derecho) como descriptiva. Pero la distinción no es elaborada con claridad. Desde un punto de vista puramente lingüístico parece engañoso designar a una proposición descriptiva (una aserción) con el nombre de "regla". Kelsen sigue dando por sentado que la proposición doctrinaria es un pronunciamiento acerca de "lo que debe ser" (*das Sollen*) y no un pronunciamiento acerca de "lo que es" (*das Sein*), y sigue llamándola norma (con el agregado "en el sentido descriptivo de la palabra"). Véase pág. 46 y compárese con pág. 163, donde se niega que las proposiciones doctrinarias sean normas. Esto induce a confusión.

que aparece en la ciencia del derecho contiene como parte esencial el concepto "derecho vigente" (de Illinois, de California etc.). Por esta razón no es posible declarar en forma precisa y completa el significado representativo de tales proposiciones mientras no se haga patente el significado del concepto "derecho vigente". Muchas discrepancias aparentes entre los autores de derecho pueden ser atribuidas al hecho de que sus trabajos están tácitamente fundados sobre presuposiciones diferentes acerca del significado de este concepto.

Este problema es peculiar al estudio del derecho. No tiene paralelo, por ejemplo, en la psicología o en las ciencias naturales. El explica por qué "la naturaleza del derecho" es el problema principal de la filosofía del derecho. Desprovisto de su formulación metafísica, el problema de la "naturaleza del derecho" es el de cómo interpretar el concepto "derecho vigente" (de Illinois, de California, etc.), en tanto que parte constitutiva esencial de todas las proposiciones de la ciencia del derecho. ¿Qué significado representativo hemos de atribuir a este concepto? Este problema está más allá del alcance del jurista profesional y, por lo tanto, es asignado a la filosofía del derecho.

No se sabe qué quiere decir norma en sentido descriptivo. Como todas las restantes proposiciones descriptivas, las de la ciencia del derecho tienen que ser expresión de lo que "es" y no de lo que "debe ser"; tienen que ser aserciones, no directivas (normas). Cuando la ciencia del derecho describe ciertas normas como derecho vigente, describe ciertas realidades sociales, un cierto contenido de ideas normativas tal como son realmente experimentadas y realmente efectivas. Pero si admitimos esto, entonces la radical distinción de Kelsen entre ciencia de "lo que es" (*Seinswissenschaft*) y ciencia de "lo que debe ser" (*Sollenswissenschaft*) se derrumba. Para una exposición más elaborada de esta crítica, véase mi nota bibliográfica del libro de Kelsen "What is Justice?" en la *California Law Review*, t. 45, 1957, 564 y sigs.

(b) Por otra parte, la fusión de las normas jurídicas y las proposiciones doctrinarias del derecho puede tener como resultado que se considere las primeras como de la misma naturaleza que las últimas, es decir, como aserciones, expresiones de una actitud cognoscitiva, no de un propósito o intención. Así Carlos Cossio, fundador de la llamada teoría "egológica" del derecho, (*Egologische Theorie und Reine Rechtslehre*, *Osterr. Z. f. off. R.* n. s. V, 1952, 15 y sigs. en especial 46-61; "Jurisprudence and the Sociology of Law", *Columbia Law Review*, t. 52, 1952, 356 y sigs., en especial pág. 499) sostiene que un código, lo mismo que una exposición científica del derecho, es conocimiento, ciencia. No en el sentido de que la legislación está basada en conocimiento científico de un cierto tipo; sino en el sentido de que las reglas jurídicas son en sí mismas conocimiento, que la legislación es en sí misma un acto científico. La Regla jurídica es el conocimiento jurídico que la comunidad tiene de sí misma.

1) Expresiones de aserción (o más brevemente aserciones, con lo cual, empero, esta palabra se torna ambigua, pues significa tanto la expresión como su significado representativo), es decir, expresiones con significado representativo;

2) Exclamaciones, esto es, expresiones sin significado representativo y con las que no se pretende ejercer influencia; y

3) Directivas, esto es, expresiones sin significado representativo pero que son usadas con el propósito de ejercer influencia.

En cierto grado estas categorías corresponden a la clasificación gramatical: oraciones indicativas, interjecciones y oraciones imperativas. Debe notarse, sin embargo, que una expresión lingüística con la forma de una oración en indicativo puede muy bien ser una directiva y no una aserción. La oración "Usted llevará esta carta a la oficina de correos mañana" puede ser una aserción, una predicción de lo que va a ocurrir. Pero a pesar de su forma gramaticalmente indicativa, podría ser también comprendida como una directiva (orden).

Ahora bien, teniendo en cuenta estos antecedentes, nos preguntamos a cuál de estas categorías pertenecen las oraciones que se encuentran en las reglas jurídicas? Parece obvio que ellas tienen que ser directivas<sup>27</sup> y no exclamaciones ni aserciones. Las leyes no se sancionan para comunicar verdades teóricas sino para dirigir el comportamiento de los hombres — tanto de los jueces como de los ciudadanos — a fin de que actúen de una cierta manera deseada. Un parlamento no es una oficina de informaciones, sino un órgano central de dirección social. Se hace particularmente claro que las reglas jurídicas, según su contenido lógico, son directivas, cuando contienen expresiones que son usadas comúnmente en estas últimas. Tal es

<sup>27</sup> El análisis precedente da por supuesta la condición simple de que la expresión emana de un autor individual. No hay tal individuo único tras el derecho. Esto, sin embargo, carece de importancia. Lo que importa es que el derecho funciona de la misma manera que las directivas emanadas de un autor individual, y que la legislación lleva una "intención social" que puede ser considerada como análoga a la intención individual. Karl Olivecrona ha expresado esta idea al llamar a las reglas de derecho "imperativos independientes"; véase *Law as Fact*, 1939, 42 y sigs. He preferido el término más general y neutro "directiva", pues la palabra "orden" ("imperativo") está asociada a ideas que no son adecuadas al derecho, en especial en su relación con los jueces y autoridades administrativas, que indudablemente consideran al derecho como una "directiva" y no como una "orden". Ninguno de los términos específicos corrientes, usados para designar expresiones que carecen de significado representativo y son empleadas para influir me parece enteramente adecuado como término descriptivo del contenido del derecho. La terminología que he utilizado aquí evita estas dificultades al crear un término general para expresiones de este tipo. En el fondo no estoy en desacuerdo con Olivecrona.

lo que ocurre, por ejemplo, con las normas penales que expresan que toda persona en ciertas condiciones "deberá ser castigada" de una determinada manera; y con las normas civiles que expresan que una persona "debe" o "puede" hacer o no hacer algo. Lo mismo vale, sin embargo, para los casos en que una regla jurídica se presenta gramaticalmente en el modo indicativo y en apariencia contiene una descripción (aserción). Tal es el caso, por ejemplo, cuando se establece que bajo tales o cuales condiciones surge una obligación (un deber o una responsabilidad). Aunque tal enunciado tiene aparentemente la misma estructura que, por ejemplo, la proposición de la química que dice que en ciertas condiciones se genera hidrógeno, no puede haber duda que su significado lógico no es informar acerca de hechos, sino prescribir una conducta. La regla jurídica no es verdadera ni falsa, es una directiva.

Surge aquí la cuestión de si las frases que leemos en un libro de texto de derecho — o en cualquier otra parte donde se expresa cuál es el derecho vigente — son lógicamente directivas. En apariencia lo son, ya que parece no haber diferencias entre las oraciones usadas por los autores de derecho y aquellas que figuran en las normas jurídicas. El lenguaje, por ejemplo, usado en el libro de John Honnold, *Cases and Materials on the Law of Sales and Sales Financing*, es exactamente igual que el que aparece en la Ley Uniforme de Ventas (*Uniform Sales Act*) y en otras leyes. A pesar de la semejanza, empero, tiene que haber una diferencia en el significado lógico de las mismas oraciones en los dos contextos. No puede haber duda de que las proposiciones de un libro de texto de derecho, por lo menos en cierta medida, se proponen describir (no prescribir).<sup>28</sup> En la medida en que la literatura jurídica se propone ser conocimiento de lo que efectivamente es el derecho vigente, tiene que consistir en aserciones, no en directivas. Toda proposición de un libro de texto jurídico tiene que ser comprendida con la salvedad general de que el autor está exponiendo el derecho vigente dentro de un sistema jurídico específico: el derecho de Illinois, de California, el *common law*, etc. Por lo tanto, la proposición de un libro de texto que *prima facie* presenta el carácter de una directiva D, para ser comprendida como una proposición no del derecho sino acerca del derecho, tiene que ser reformulada de la siguiente manera:  
D es derecho vigente (de Illinois, de California, etc.)<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Ver *infra*, par. IX y LXXIX.

<sup>29</sup> La radical diversidad existente entre las normas jurídicas (esto es, las reglas jurídicas contenidas en las leyes o extraídas de los precedentes o de otras fuentes del derecho) por un lado, y las proposiciones doctrinarias de los libros de texto jurídicos, por el otro, es claramente establecida aquí. Las primeras son directivas (alógicas); las segundas son aserciones (lógicas) que expresan que ciertas directivas son derecho válido. Si no se tiene claramente en cuenta esta diversidad y si se coloca a las normas



Es importante subrayar esto a los estudiosos del derecho ingleses y norteamericanos. En el idioma inglés no existe una distinción clara entre (a) el derecho mismo, en tanto que reglas jurídicas, y (b) el conocimiento acerca del derecho, en tanto que proposiciones referentes a reglas jurídicas. No hay una expresión que corresponda a "ciencia del derecho" (*science du droit*, *Rechtswissenschaft*, etc.) usada en Europa continental. La expresión *legal doctrine* (doctrina jurídica) se refiere a un cuerpo de reglas más bien que al conocimiento acerca de reglas. Como es importante a los fines de la filosofía del derecho operar con un término que distinga claramente el conocimiento del derecho del derecho mismo, usaré la expresión "ciencia del derecho" para el primero.

Hemos alcanzado ahora el punto que contiene la explicación de por qué la "naturaleza del derecho" es un problema, y cuál es el significado de este problema. Hemos visto que toda proposición

jurídicas en el mismo plano que las proposiciones doctrinarias que se refieren a ellas, unas y otras resultarán necesariamente deformadas.

(a) Por una parte habrá una tendencia a suponer que las proposiciones doctrinarias consisten también en directivas o normas. Esto se advierte en la concepción que ve en la ciencia del derecho un conocimiento normativo. Esta designación puede querer decir una variedad de cosas. 1) que la ciencia jurídica es un conocimiento que se dirige a establecer normas. O 2) que es un conocimiento que se expresa mediante normas, aunque sin establecerlas, puesto que las normas que se exponen son aquellas "positivamente dadas". O, por último, 3) que la ciencia del derecho es un conocimiento referente a normas. Este último significado es el único sostenible. Pero la palabra "normativo", entendida en este sentido, no es lingüísticamente apropiada puesto que naturalmente sugiere el significado 1) o el significado 2). El primero de éstos expresa el postulado iusnaturalista de un saber que al mismo tiempo es conocimiento es exigencia o demanda (par. LXX). El último corresponde al punto de vista de Kelsen, por lo menos tal como era expuesto en sus primeros trabajos. En ellos (véase especialmente *Reine Rechtslehre*, 1933, 21 y sigs.) *Rechtsnorm* (norma jurídica) y *Rechtssatz* (proposición doctrinaria) son la misma cosa. *Das Sollen* (el "deber ser") es la forma categorial tanto del derecho como de las proposiciones doctrinarias referentes al mismo; y el conocimiento del derecho es concebido como expresivo de normas, no como descriptivo de ellas, es decir, es concebido como la expresión directa de normas y de su immanente pretensión de validez. En una obra posterior (*General Theory of Law and State*, 1945 págs. 45, 167) Kelsen apunta claramente a una distinción entre la norma jurídica como prescriptiva y la proposición doctrinaria (que él llama regla de derecho) como descriptiva. Pero la distinción no es elaborada con claridad. Desde un punto de vista puramente lingüístico parece engañoso designar a una proposición descriptiva (una aserción) con el nombre de "regla". Kelsen sigue dando por sentado que la proposición doctrinaria es un pronunciamiento acerca de "lo que debe ser" (*das Sollen*) y no un pronunciamiento acerca de "lo que es" (*das Sein*), y sigue llamándola norma (con el agregado "en el sentido descriptivo de la palabra"). Véase pág. 46 y compárese con pág. 163, donde se niega que las proposiciones doctrinarias sean normas. Esto induce a confusión.

que aparece en la ciencia del derecho contiene como parte esencial el concepto "derecho vigente" (de Illinois, de California etc.). Por esta razón no es posible declarar en forma precisa y completa el significado representativo de tales proposiciones mientras no se haga patente el significado del concepto "derecho vigente". Muchas discrepancias aparentes entre los autores de derecho pueden ser atribuidas al hecho de que sus trabajos están tácitamente fundados sobre presuposiciones diferentes acerca del significado de este concepto.

Este problema es peculiar al estudio del derecho. No tiene paralelo, por ejemplo, en la psicología o en las ciencias naturales. El explica por qué "la naturaleza del derecho" es el problema principal de la filosofía del derecho. Desprovisto de su formulación metafísica, el problema de la "naturaleza del derecho" es el de cómo interpretar el concepto "derecho vigente" (de Illinois, de California, etc.), en tanto que parte constitutiva esencial de todas las proposiciones de la ciencia del derecho. ¿Qué significado representativo hemos de atribuir a este concepto? Este problema está más allá del alcance del jurista profesional y, por lo tanto, es asignado a la filosofía del derecho.

No se sabe qué quiere decir norma en sentido descriptivo. Como todas las restantes proposiciones descriptivas, las de la ciencia del derecho tienen que ser expresión de lo que "es" y no de lo que "debe ser"; tienen que ser aserciones, no directivas (normas). Cuando la ciencia del derecho describe ciertas normas como derecho vigente, describe ciertas realidades sociales, un cierto contenido de ideas normativas tal como son realmente experimentadas y realmente efectivas. Pero si admitimos esto, entonces la radical distinción de Kelsen entre ciencia de "lo que es" (*Seinwissenschaft*) y ciencia de "lo que debe ser" (*Sollenswissenschaft*) se derrumba. Para una exposición más elaborada de esta crítica, véase mi nota bibliográfica del libro de Kelsen "What is Justice?" en la *California Law Review*, t. 45, 1957, 564 y sigs.

(b) Por otra parte, la fusión de las normas jurídicas y las proposiciones doctrinarias del derecho puede tener como resultado, que se considere las primeras como de la misma naturaleza que las últimas, es decir, como aserciones, expresiones de una actitud cognoscitiva, no de un propósito o intención. Así Carlos Cossio, fundador de la llamada teoría "egológica" del derecho, (*"Egologische Theorie und Reine Rechtslehre"*, *Osterr. Z. f. Off. R.* n. 3, V, 1952, 15 y sigs. en especial 46-61; "Jurisprudence and the Sociology of Law", *Columbia Law Review*, t. 52, 1952, 356 y sigs., en especial pág. 499) sostiene que un código, lo mismo que una exposición científica del derecho, es conocimiento, ciencia. No en el sentido de que la legislación está basada en conocimiento científico de un cierto tipo, sino en el sentido de que las reglas jurídicas son en sí mismas conocimiento, que la legislación es en sí misma un acto científico. La regla jurídica es el conocimiento jurídico que la comunidad tiene de sí misma.

III ANÁLISIS PRELIMINAR DEL CONCEPTO "DERECHO VIGENTE" \*

Imaginemos que dos personas están jugando al ajedrez, mientras una tercera las observa.

Si el observador no sabe nada de ajedrez no entenderá lo que está pasando. Probablemente inferirá, a partir de su conocimiento de otros juegos, que éste es algún tipo de juego. Pero no será capaz de comprender las movidas individuales ni de ver ninguna conexión entre ellas. Menos todavía tendrá noción alguna de los problemas implicados en cualquier posición particular de las piezas en el tablero.

Si el observador conoce las reglas del ajedrez, pero fuera de eso no sabe mucho acerca de la teoría del juego, su experiencia sobre la partida librada por los otros dos cambia de carácter. Él entiende que el movimiento "irregular" del caballo es el prescripto para esa pieza. Está en situación de reconocer los movimientos de las piezas por turno como movidas prescriptas por las reglas. Dentro de ciertos límites podrá incluso predecir lo que ocurrirá, porque sabe que los jugadores se turnan para hacer las movidas y que cada movida tiene que caer dentro del total de posibilidades permitidas por las reglas en cualquier posición determinada de las piezas. Pero más allá de eso, especialmente si los jugadores son algo más que meros principiantes, buena parte de lo que ocurre le resultará enigmático. El observador no entiende la estrategia de los jugadores y carece de aptitud para ver los problemas tácticos de la posición. Por qué, por ejemplo, las blancas no toman el alfil? Para una completa comprensión de la partida es esencial no solo un conocimiento de las reglas

\* En la edición inglesa dice *valid law* ("derecho válido"). En la edición danesa (*Om ret og retfaerdighed*, 1953, pág. 22) dice *gaeldende ret* ("derecho vigente"). En esta última edición se distingue constantemente entre validez (*gyldighed*) y vigencia (*gaelden*) del derecho, y, paralelamente, entre derecho válido (*gyldig ret*) y derecho vigente (*gaeldende ret*). La edición inglesa no recoge esas distinciones; usa el sustantivo *validity* como equivalente de validez y de vigencia, y el adjetivo *valid* como equivalente de válido y de vigente. Ello puede dar origen a confusiones; el propio Ross lo señala en su artículo "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo y el derecho natural" (*Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961-IV, apartados 5 y 7). Es por ello que, con la conformidad del autor y para evitar posibles confusiones, a lo largo de la obra hemos preferido conservar, en este aspecto, la terminología de la edición danesa, apartándonos así del texto inglés.

También hemos preferido ceñirnos al texto danés al traducir *doctrinal study of the law* como "ciencia del derecho" o "ciencia jurídica" (en la edición danesa dice siempre *retsvidenskab*), y al traducir *jurisprudence*, en muchos contextos, como "filosofía del derecho" o "filosofía jurídica" (en el texto danés dice, en dichos pasajes, *retsfilosofi*). (N. del T.)

del ajedrez, sino también un cierto conocimiento de la teoría del juego. La probabilidad de poder predecir la movida próxima aumenta si se toman en cuenta no solo las reglas del juego, sino también la teoría de éste y la comprensión que cada uno de los jugadores tiene de ella. Finalmente, es menester también tomar en cuenta el propósito que rige el juego de los jugadores individuales. Se da normalmente por sentado que un jugador juega para ganar. Pero hay también otras posibilidades (por ejemplo, dejar que gane el oponente, o experimentar y poner a prueba el valor de una cierta movida).

Estas consideraciones sobre el juego de ajedrez contienen una lección interesante y peculiar. Tenemos aquí ante nosotros una serie de acciones humanas (el movimiento de las manos para cambiar la posición de ciertos objetos en el espacio) y podemos muy bien suponer que ellas, conjuntamente con otros procesos corporales (respiración, procesos psíquico-físicos), constituyen un curso de sucesos que siguen ciertas leyes biológicas y fisiológicas. Sin embargo, es obvio que está más allá de toda posibilidad razonable dar cuenta de este curso de sucesos de manera tal, que las movidas individuales puedan ser explicadas o predichas sobre una base biológico-fisiológica.

El problema presenta un aspecto completamente distinto si nos trasladamos a otro nivel de observación e interpretamos el curso de los sucesos a la luz de las reglas y la teoría del ajedrez. Ciertos elementos de la serie total de sucesos, a saber, el movimiento de las piezas, se destacan entonces como acciones relevantes o significativas para el ajedrez. El movimiento de las piezas no es considerado como un simple cambio de posición de objetos en el espacio, sino como movidas del juego, y éste se transforma en un todo coherente pleno de sentido, porque las movidas se motivan mutuamente y son interpretadas como ataque y defensa de acuerdo con los principios teóricos del juego. Si observamos a los jugadores entendemos las movidas hechas por cada uno de ellos desde el punto de vista de su conciencia de las reglas del ajedrez, del conocimiento que, damos por sentado, tienen de la teoría del juego, y de la finalidad que dentro de éste se han propuesto. Es incluso posible prescindir de la persona de los jugadores y comprender la partida por sí misma, en su significado abstracto (una partida en un libro de ajedrez).

Es necesario señalar que la "comprensión" a la que nos estamos refiriendo aquí es de un tipo distinto al causal. No estamos operando con leyes de causalidad. Las movidas no se encuentran en ninguna relación mutuamente causal. La conexión entre ellas está establecida por medio de las reglas y de la teoría del ajedrez. La conexión es de significado.

Puede enunciarse además que la coparticipación (*fellowship*) es un factor esencial en una partida de ajedrez. Quiero decir con

esto que los objetivos e intereses que se persiguen y las acciones condicionadas por ellos solo pueden ser concebidos como eslabones en un todo más grande que incluye las acciones de otra persona. Cuando dos hombres cavan un pozo juntos, no están haciendo nada que cada uno de ellos no pudiera igualmente hacer por su cuenta. En ajedrez ocurre todo lo contrario. No es posible que una persona se proponga por su cuenta ganar al ajedrez. Las acciones que constituyen el juego de ajedrez solo pueden ser llevadas a cabo cuando se juega en forma alternada con una segunda persona. Cada jugador tiene su parte a desempeñar, pero cada parte sólo adquiere significado cuando el segundo jugador cumple con su papel.<sup>30</sup>

La coparticipación (*fellowship*) se revela también en el carácter intersubjetivo de las reglas del ajedrez. Es esencial que ellas reciban la misma interpretación, por lo menos por los dos jugadores que libran una determinada partida. De otro modo no habría juego y las movidas individuales permanecerían aisladas sin significado coherente.

Ahora bien, todo esto muestra que el juego de ajedrez puede ser tomado como un modelo simple de aquello que llamamos fenómeno social. La vida humana social en una comunidad no es un caos de acciones individuales mutuamente aisladas. Adquiere carácter de vida comunitaria a partir del hecho mismo de que un gran número de acciones individuales (no todas) son relevantes y tienen significado en relación con un conjunto de reglas comunes. Dichas acciones constituyen un todo significativo y guardan la misma relación entre sí que movida y contramovida. Aquí también, hay interacción mutua, motivada por las reglas comunes del "juego" social, que le confieren su significado. Y es la conciencia de estas reglas lo que hace posible comprender y en alguna medida predecir el curso de los sucesos.

Examinaré ahora más de cerca qué es efectivamente una regla de ajedrez y de qué manera es posible establecer cuáles son las reglas que gobiernan el juego.

Aludo aquí a las reglas primarias del ajedrez, aquellas que determinan la ubicación de las piezas, las movidas, la forma de "tomar", etc., y no a las reglas de la teoría del ajedrez.

Respecto de estas últimas bastarán unas pocas observaciones. Como otras reglas técnicas, ellas son obviamente enunciados hipotético-teóricos. Presuponen la existencia de las reglas primarias del ajedrez e indican las consecuencias que las distintas aperturas y gambitos producirán en el juego, apreciado desde el punto de

<sup>30</sup> En su *Schachnovelle* Stephan Zweig ofrece una interesante descripción de una persona que es capaz de jugar al ajedrez consigo misma. La explicación es que se trata de un esquizofrénico, que puede actuar como dos personas distintas.

vista de la posibilidad de ganar. Como otras reglas técnicas, su fuerza directiva está condicionada por un interés: en este caso, el interés de ganar la partida. Si un jugador no tiene este interés, entonces la teoría del juego carece de importancia para él.

Las reglas primarias del ajedrez, por su parte, son directivas. Aunque sean formuladas como aseveraciones acerca de la "capacidad" o "poder" de las piezas para moverse y "tomar", resulta claro que ellas se proponen indicar cómo ha de jugarse el juego. Apuntan directamente, es decir, en forma no calificada por ningún objetivo subyacente, a motivar al jugador; le dicen, si cabe la expresión: así se juega.

Estas directivas son vividas (*felt*) por cada jugador como socialmente obligatorias; es decir, un jugador no solo se siente motivado espontáneamente ("ligado") a un cierto método de acción, sino que al mismo tiempo sabe con certeza que una trasgresión de las reglas provocará una reacción (protesta) de parte de su oponente. De esta manera las reglas primarias se distinguen con claridad de las reglas técnicas que forman la teoría del juego. Una movida torpe puede suscitar sorpresa, pero no protesta.

Por otra parte, las reglas del ajedrez no están teñidas de moralidad; esto resulta del hecho de que por lo común nadie quiere en realidad transgredirlas (par. LXXXV). El deseo de hacer trampas en un juego obedece al hecho de que el jugador persigue un objetivo distinto al mero propósito de ganar de acuerdo con las reglas de aquél; por ejemplo, puede querer ser admirado o ganar dinero. Este último objetivo se da con frecuencia en los juegos de naipes, y es bien sabido que la exigencia de respetar las reglas asume aquí un valor moral.

¿Cómo es posible entonces establecer qué reglas (directivas) rigen el juego del ajedrez?

Podríamos pensar quizá en enfocar el problema desde el punto de vista "conductista" (*behaviourist*), limitándonos a lo que puede ser establecido mediante observación externa de las acciones y hallando así ciertas regularidades. Pero de esta manera jamás llegaríamos a conocer las reglas del juego. No sería jamás posible distinguir las prácticas vigentes, ni siquiera las regularidades condicionadas por la teoría del juego, de las reglas del ajedrez en sentido propio. Incluso después de haber observado mil partidas sería siempre posible creer que es contrario a las reglas abrir el juego con un peón torre.

Lo más simple, quizá, sería dejarse guiar por ciertos reglamentos investidos de autoridad; por ejemplo, los reglamentos aprobados en congresos de ajedrez, o por la información contenida en libros de ajedrez reconocidos. Pero aun esto podría no ser suficiente, puesto que no hay certeza de que tales declaraciones reciban adhesión en la práctica. A veces las partidas son jugadas de hecho de

muchas maneras diversas. Aun en un juego clásico como el ajedrez pueden ocurrir variantes de este tipo (por ejemplo, la regla acerca de "tomar al paso" no siempre recibe adhesión). En consecuencia, este problema de saber cuáles son las reglas que gobiernan al ajedrez tiene que ser entendido hablando en términos estrictos, como que se refiere a las reglas que gobiernan una partida concreta entre dos personas específicas. Son sus acciones, y solo ellas, las que resultan ligadas en un todo significativo y gobernadas por las reglas.

De modo que no podemos sino adoptar un método introspectivo. El problema es descubrir qué reglas son efectivamente vividas (felt) por los jugadores como socialmente obligatorias, en el sentido indicado más arriba. (El primer criterio es que ellas sean de hecho efectivas en el juego y que sean externamente visibles como tales. Pero para decidir si las reglas seguidas son algo más que meros usos consuetudinarios o pautas motivadas por razones técnicas, es necesario preguntar a los jugadores por qué reglas se sienten ligadas.

De acuerdo con esto podemos decir: una regla de ajedrez "es vigente", significa que dentro de una comunidad (fellowship) determinada (que fundamentalmente comprende a los dos jugadores de una partida concreta) esta regla recibe adhesión efectiva, porque los jugadores se sienten socialmente obligados por las directivas contenidas en ella. El concepto de vigencia (en ajedrez) implica dos elementos. Uno se refiere a la efectividad real de la regla, que puede ser establecida por la observación externa. El otro se refiere a la manera en la cual la regla es vivida (felt) como motivadora, esto es, como socialmente obligatoria.

Hay una cierta ambigüedad en el concepto "regla de ajedrez". Las reglas del ajedrez carecen de realidad y no existen como cosa independiente de la experiencia de los jugadores, esto es, sus ideas sobre ciertos patrones de conducta, y asociada con ellas, la experiencia emocional de hallarse compelidos a obedecer. Es posible abstraer el significado de una aserción puramente como un contenido del pensamiento ("2 + 2 son 4"), de la aprehensión de la misma por una persona dada en un determinado tiempo; y exactamente de la misma manera es también posible abstraer el significado de una directiva ("el rey tiene poder de moverse una casilla en cualquier dirección") de la experiencia concreta de la directiva. Un análisis preciso, pues, tiene que dividir el concepto "regla de ajedrez" en dos partes: 1) las experiencias de ciertos patrones de conducta (con las emociones concomitantes) y 2) el contenido abstracto de esas ideas, las normas del ajedrez.

Las normas del ajedrez son, pues, el contenido ideal abstracto (de naturaleza directiva) que posibilita, en tanto que esquema de interpretación, comprender los fenómenos del ajedrez (las acciones de las movidas y los patrones de acción experimentados) como un

todo coherente de significado y de motivación, como una partida de ajedrez; y que posibilita también, junto con otros factores y dentro de ciertos límites, predecir el curso de la partida.

Los fenómenos del ajedrez y las normas del ajedrez no son mutuamente independientes como si cada uno poseyera realidad propia; son aspectos diferentes de la misma cosa. Ninguna acción biológico-física, considerada en sí misma, es una movida del ajedrez. Solo adquiere esta calidad al ser interpretada en relación con las normas del ajedrez. Y a la inversa, ningún contenido ideal de naturaleza directiva tiene per se el carácter de una norma válida de ajedrez. Adquiere esta calidad solo por el hecho de que, junto con otros, puede ser efectivamente aplicado como esquema de interpretación de los fenómenos del ajedrez. Los fenómenos del ajedrez se vuelven tales solo cuando son puestos en relación con las normas del ajedrez y viceversa.

No hay duda de que el propósito de esta discusión sobre el ajedrez se ha hecho ya claro. Apunta a que el concepto "norma vigente de ajedrez" puede funcionar como modelo del concepto "derecho vigente", que es el verdadero objeto de nuestras consideraciones preliminares.

El derecho también puede ser considerado como algo que consiste parcialmente en fenómenos jurídicos y parcialmente en normas jurídicas, en correlación mutua.

Observando el derecho tal como funciona en la sociedad, nos encontramos con que un gran número de acciones humanas son interpretadas como un todo coherente de significado y motivación por medio de normas jurídicas que configuran un esquema de interpretación.

A. compra una casa a B. Resulta que la casa está llena de termitas. A. pide a B. una reducción de precio, pero B. no acepta. A. inicia una acción contra B. y el juez, con arreglo al derecho de los contratos, ordena a B. que pague a A. una cierta suma de dinero dentro de un plazo determinado. B. no lo hace. A. obtiene que el oficial de justicia se incaute de bienes muebles de B. que son luego vendidos en pública subasta. Esta secuencia de sucesos abarca una serie total de acciones humanas, desde el establecimiento del derecho de los contratos hasta el remate. Una consideración biológico-física de estas acciones no puede revelar conexión causal alguna entre ellas. Tales conexiones se dan exclusivamente dentro de cada individuo. Pero con la ayuda del esquema "derecho vigente" interpretamos a dichas acciones como fenómenos jurídicos que constituyen un todo coherente de significado y motivación. Solo así cada una de ellas adquiere su carácter jurídico. La compra de la casa por A. tiene lugar mediante expresiones verbales o escritas. Pero ellas se transforman en una "compra" solo cuando son consideradas



en relación con las normas jurídicas. Las diversas acciones están mutuamente motivadas del mismo modo que lo están las movidas en el ajedrez. El juez, por ejemplo, está motivado por el papel que A. y B. han desempeñado en la transacción (y por las circunstancias adicionales relativas a la misma; por ejemplo, el estado de la casa), así como por los precedentes en el área del derecho contractual. El proceso total tiene el carácter de un "juego" regido por normas mucho más complicadas que las del ajedrez.

Sobre la base de lo expuesto, formulo la siguiente hipótesis: El concepto "derecho vigente" (de Illinois, de California, etc.), puede ser en principio explicado y definido de la misma manera que el concepto "norma vigente de ajedrez" (para dos jugadores cualesquiera). Es decir, "derecho vigente" significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (*experienced and felt*) como socialmente obligatorias.<sup>21</sup>

Puede quizá considerarse que esta conclusión es un lugar común, y que se ha empleado un excesivo aparato de razonamiento para alcanzar ese fin. Ello podría ser verdad si los problemas fueran enfocados por una persona libre de nociones preconcebidas. Pero no lo es si se ven las cosas desde un enfoque histórico. La gran mayoría de los autores de filosofía del derecho han sostenido hasta hoy que el concepto "derecho vigente" no puede ser explicado sin hacer referencia a la metafísica. De acuerdo con este punto de vista el derecho no es simplemente un fenómeno empírico. Cuando decimos que una regla de derecho "rige" o "vale" nos referimos no solo a algo fáctico, a algo que puede ser observado, sino a una "validez" de carácter metafísico. Se sostiene que esta validez es un puro concepto de la razón, de origen divino, o que existe *a priori* (independientemente de la experiencia) en la naturaleza racional del hombre. Y eminentes filósofos del derecho que niegan tal metafísica espiritual, han considerado, empero, que la "validez" del derecho solo puede ser explicada por medio de postulados específicos.

Vista a esta luz nuestra conclusión preliminar no será calificada, espero, de lugar común. Este análisis de un modelo simple está dirigido deliberadamente a suscitar dudas sobre la necesidad de explicaciones metafísicas respecto del concepto del derecho. ¿A quién se le ocurriría referir la validez de las normas del ajedrez a una validez *a priori*, a una idea pura del ajedrez, puesta en el hombre por Dios o deducida por la eterna razón humana? El pensa-

<sup>21</sup> Son vividas así por el juez y otras autoridades jurídicas, al aplicar el derecho (par. VIII).

miento es ridículo porque no tomamos al ajedrez tan en serio como al derecho, y ello es así porque hay emociones más fuertes asociadas a los conceptos jurídicos. Pero ésta no es una razón para creer que el análisis lógico deba adoptar una actitud fundamentalmente diferente en uno y otro caso.

Por supuesto que para alcanzar un análisis satisfactorio del concepto "derecho vigente" hay que resolver todavía muchos problemas. Pero no hay necesidad de profundizar más en el tema a esta altura de las cosas. Esta consideración preliminar basta para servir de base a una revista de las diversas ramas de la ciencia jurídica, y para determinar el lugar adecuado de la "filosofía del derecho".

#### IV LAS RAMAS DEL ESTUDIO DEL DERECHO

La distinción entre los fenómenos jurídicos —o, quizá mejor, el derecho en acción— y las normas jurídicas, hecha en el párrafo precedente, proporciona el fundamento para una correspondiente distinción entre las dos ramas especiales del estudio del derecho. La rama que se ocupa del derecho en acción es denominada *sociología jurídica*<sup>22</sup>; mientras que aquella que se ocupa de las normas jurídicas es denominada *ciencia del derecho*.

El derecho en acción y las normas jurídicas no son dos esferas independientes de existencia, sino aspectos diferentes de una misma realidad. En consecuencia, se puede hablar de dos puntos de vista, cada uno de los cuales presupone al otro.

La ciencia del derecho dirige su atención al contenido abstracto de las directivas y no a las realidades del derecho en acción. Dicho estudio apunta: a) a descubrir el contenido ideal —podríamos también llamarlo ideología— que funciona como esquema de interpretación para el derecho en acción; y b) a exponer esta ideología como un sistema integrado. Puesto que la ciencia del derecho se ocupa de normas, puede ser denominada normativa, pero es menester evitar confusiones acerca de esta expresión. Como se indicó en el párrafo II, las proposiciones cognoscitivas no pueden, naturalmente, consistir en normas (directivas). Tienen que consistir en aserciones, aserciones referentes a normas, y esto a su vez significa aserciones que enuncian que ciertas normas son "derecho vigente". El carácter normativo de la ciencia del derecho significa, por lo tanto, que se trata de una doctrina referente a normas, y no de una doctrina compuesta de normas. No tiene como fin "postular" o expresar normas, sino establecer que éstas son "derecho vigente". La

<sup>22</sup> Esta expresión cubre aquí también los estudios psicológicos e históricos referentes al derecho en acción.

ciencia del derecho es normativa en cuanto descriptiva de normas y no en cuanto expresiva de ellas (par. II, nota 29).

La ciencia del derecho, sin embargo, no puede nunca separarse de la sociología jurídica. Aunque aquélla se interesa en la ideología, ésta es siempre una abstracción de la realidad social. Aun cuando el jurista no se ocupa del nexo que conecta la doctrina con la vida real, este nexo sin embargo existe. Se encuentra en el concepto "derecho vigente" que, tal como hemos visto, es parte esencial de todas las proposiciones doctrinarias. Porque este concepto, de acuerdo con nuestro análisis provisional, alude a la efectividad de las normas en tanto que constituyen un hecho social.

Además, una ciencia del derecho que no se hace cargo de la función social de éste tiene que resultar insatisfactoria desde el punto de vista del interés en predecir las decisiones jurídicas. Tal como hemos visto, el conocimiento de las normas primarias del ajedrez solo posibilita la predicción del curso de una partida dentro de un cuadro muy amplio. Ocurre así porque los jugadores no están únicamente motivados por las normas del ajedrez. También los motiva, por ejemplo, el fin que persiguen al jugar y las proposiciones teóricas del ajedrez sobre las consecuencias que tienen las movidas hechas de acuerdo con las reglas del juego. Lo mismo pasa en el derecho. El juez no está motivado exclusivamente por las normas jurídicas; lo está también por fines sociales y por la captación teórica de las conexiones sociales relevantes para el logro de aquellos fines. Por esta razón se ha reclamado a la ciencia del derecho, especialmente en tiempos recientes, que dirija su atención a las realidades de la vida social. Esto demuestra, además, que los límites entre la ciencia del derecho y la sociología jurídica no son claros, sino que descansan en una diferencia relativa de enfoque e interés.

La sociología jurídica, a su vez, atiende al derecho en acción, a la conducta jurídica y a las ideas jurídicas que operan en esta conducta. No puede ser separada de la ciencia del derecho. Los fenómenos sociales que son el tema de la sociología jurídica solo adquieren su carácter específico cuando son puestos en relación con las normas del derecho vigente.

La sociología jurídica como rama científica es, sin embargo, tan nueva y poco desarrollada que resulta difícil señalar cuáles son los problemas que le competen. Hablando en términos generales, trata de descubrir correlaciones invariables en el derecho en acción, enfocando el problema desde el punto de vista de la psicología, de la historia y de la sociología general. Las normas jurídicas solo pueden indicar un marco dentro del cual se desarrolla el derecho en acción, que está influido también por las costumbres, por factores económicos e ideológicos, por fines sociales y por conocimientos derivados de la teoría social.

Quando se trata del derecho en acción en la vida real, es posible que un conjunto de normas jurídicas, por ejemplo, las que regulan el divorcio, sea desarrollado en una gran variedad de maneras (quizá fuera más adecuado decir que se puede "jugar" con esas normas de maneras diferentes). Quien conozca solo las normas no conoce mucho acerca de la realidad social correspondiente. ¿Qué causales de divorcio son invocadas en la práctica en los diversos sectores de la sociedad? ¿Qué posibilidades existen de eludir las leyes mediante prueba fabricada, y qué costumbres se han generado en conexión con esto? ¿Con qué favor o desfavor consideran los tribunales las diversas causales de divorcio, en particular cuando se trata de apreciar la prueba? La sociología jurídica se ocupa de problemas de esta naturaleza que se refieren a la realidad jurídica social concreta, viviente.

La interacción entre el derecho y la sociedad es un campo de investigación que tiene particular interés para la sociología jurídica. ¿Qué es lo que causa el respeto al derecho, respeto que posibilita que el legislador guíe la vida de la comunidad? ¿Qué otros factores entran en juego y ponen un límite al poder del legislador? ¿Qué reacciones puede presumirse que provocará la aprobación de una determinada ley? E inversamente ¿qué fuerzas sociales determinan el contenido y el desarrollo de un orden jurídico? ¿Qué papel desempeñan aquí las circunstancias económicas y las actitudes ético-jurídicas predominantes? ¿Es el desarrollo del derecho el producto de fuerzas ciegas o desempeñan la planificación y el conocimiento racional un papel en ese desarrollo?

Las dos ramas principales del estudio del derecho —la ciencia del derecho y la sociología jurídica— pueden a su vez ser subdivididas: la primera en dogmática jurídica o ciencia del derecho en sentido estricto, historia del derecho y derecho comparado; la última, en sociología jurídica fundamental y sociología jurídica aplicada.

### 3. Ciencia del derecho

A. La dogmática jurídica o ciencia del derecho en sentido estricto tiene por objeto un orden jurídico determinado en una sociedad determinada. Por ejemplo, el derecho vigente en la actualidad en Illinois. Tradicionalmente es subdividida a su vez en un número de ramas, como se verá en el capítulo VIII.

B. La historia del derecho describe un derecho que tuvo vigencia en el pasado y se ocupa de su desarrollo histórico. Se diferencia de la ciencia del derecho del presente de dos maneras más.

1) El momento presente es algo más que un mero punto temporal colocado al lado de los otros en la línea del tiempo. Se dis-

tingue de todos los demás en que es aquel punto del tiempo al cual ha llegado el curso de la realidad que está por entrar en el futuro. El derecho es aprehendido en esta progresión. Cualquiera exposición del derecho vigente referida a una fecha determinada, es una instantánea que ha captado un corte de esta corriente. Pero un corte del "ahora" está caracterizado por los problemas abiertos al futuro. El problema de determinar cuál es el derecho de hoy, ya lo veremos más adelante (par. IX), involucra siempre el problema de saber qué es lo que ocurrirá mañana. Un factor codeterminante en este cálculo predictivo es lo que pasó ayer. El derecho vigente no es jamás un hecho histórico, sino un cálculo en contemplación del futuro. Esto da a las proposiciones sobre el derecho de hoy una nota fundamental de incertidumbre y se traduce, en la medida en que la certeza del cálculo disminuye, en una peculiar fusión de los problemas del derecho vigente con los problemas político-jurídicos<sup>33</sup> relativos a la creación del derecho nuevo (par. IX). La historia del derecho no presenta características semejantes. Aquellos problemas que, vistos con los ojos del pasado, estaban abiertos, se hallan hoy cerrados. La historia del derecho, por ende, se ocupa únicamente de hechos.

2) En segundo lugar, si bien la historia del derecho carece de contacto con la política jurídica, tiene por otra parte un contacto más cercano con la sociología jurídica.<sup>34</sup> No solo expone el derecho en un momento determinado, sino también describe y explica su desarrollo. Estudia la evolución del derecho en relación con la de otros fenómenos sociales.

C. El derecho comparado, como la historia del derecho, tiene también un radio de acción más amplio. No se limita a exponer el derecho vigente en diferentes países. Puede tener carácter contemporáneo o carácter histórico. Pertenecce a la primera categoría cuando investiga los efectos sociales de órdenes jurídicos diversos. En tal caso es un instrumento de política jurídica. Pertenecce a la segunda categoría cuando investiga las circunstancias sociales que podrían explicar por qué el derecho se ha desarrollado según líneas diferentes en diferentes sociedades. Ambos tipos de derecho comparado contienen elementos fuertemente sociológicos porque incluyen en su estudio las relaciones entre el derecho y la sociedad.

<sup>33</sup> El significado de esta expresión es explicado en la pág. 38.

<sup>34</sup> La aparente falta de claridad que parece derivarse del hecho de sostener, como se sostiene más adelante, que la política jurídica es sociología jurídica aplicada, desaparece cuando se agrega que la sociología que interesa al político jurídico, y también al profesor de derecho, se ocupa de los problemas de los efectos sociales del derecho, mientras que la sociología que interesa al historiador del derecho se ocupa de los factores sociales que influyen sobre la evolución de éste.

Es notorio que la sociología desempeña un papel importante tanto en la historia del derecho como en la ciencia comparada del derecho, al punto de que es simplemente cuestión de preferencia personal clasificar a estas dos subdivisiones como parte de la ciencia del derecho o de la sociología jurídica.

Sociología jurídica T. del D.

A. La sociología jurídica fundamental admite varias divisiones: una parte general y un número de ramas especializadas.

① La parte general se ocupa de las características generales del derecho en acción, de su estructura y su dinámica, sin referirse a ninguna rama particular del derecho. La investigación puede apuntar a cierto tipo de comunidad —por ejemplo, la moderna comunidad democrática— con miras a estudiar notas típicas de la estructura y función del derecho en acción en este medio, en particular la mecánica de la motivación jurídica y la interacción entre el derecho y otras fuerzas sociales (sociología jurídica estática). O bien puede apuntar al desarrollo histórico del derecho, con miras a descubrir los principios generales que gobiernan las relaciones entre el derecho y el desarrollo de la comunidad (sociología jurídica dinámica).

2. Las diversas ramas especializadas corresponden a las esferas especiales del derecho. La criminología, que estudia la conducta delictiva junto con los factores sociales e individuales que la condicionan, corresponde al derecho penal; la ciencia política, que estudia la vida política, en particular las ideologías e instituciones políticas, corresponde al derecho constitucional; las relaciones internacionales corresponden al derecho internacional, y la ciencia de la administración, al derecho administrativo. Hasta el presente no ha aparecido otra rama especial de la sociología jurídica, pero no hay inconveniente alguno en imaginar otras que correspondan al derecho regulatorio de la propiedad<sup>35</sup>, al derecho de las personas, al derecho de familia, etc.

B. La sociología jurídica aplicada, como las ciencias naturales aplicadas, tiene un campo de estudio que es determinado y estructurado según los problemas prácticos. La ciencia de la agricultura, por ejemplo, se ocupa de las circunstancias prácticas y problemas concernientes a la explotación agrícola. De la misma manera la sociología jurídica aplicada se ocupa de los hechos y relaciones que tienen importancia para los problemas prácticos de la legislación. Al preparar una determinada reforma legislativa, la sociología jurí-

<sup>35</sup> Véase, por ejemplo KARL RENNER, *The Institutions of Private Law and their Social Functions*, 1949.

dica aplicada describe las condiciones prevaecientes en la sociedad y analiza los cambios que puede provocar la nueva legislación. El resultado de tales estudios es una guía valiosa para el legislador o para quien trabaja con los problemas desde el punto de vista de aquél. Con mucha frecuencia los estudios de sociología jurídica no se presentan en forma independiente, sino como parte del trabajo oficial de reforma legislativa (informes de comisiones y documentos análogos).

Aun cuando el conocimiento sociológico de los efectos de las medidas legislativas sobre la sociedad es valioso para el legislador (en cuanto lo informa sobre las consecuencias de la elección entre varias alternativas), la decisión depende también de sus objetivos inmediatos y de su filosofía social como un todo, es decir, de las metas y valores últimos que el legislador reconoce como pautas para la vida social y para su actividad creadora de derecho. Lo mismo vale también respecto del juez, en la medida en que la práctica de los tribunales crea derecho. La expresión "política jurídica" designa la actividad jurídica creadora del legislador o del juez y el examen racional de ella. Sería superfluo señalar que la política jurídica nada tiene que ver con la política en el sentido corriente de esta palabra.

El problema que se presenta ahora es saber hasta dónde y de qué manera los problemas de política jurídica pueden ser examinados y resueltos en forma racional. ¿Hay una ciencia de la política jurídica (una ciencia del derecho de *lege ferenda* et de *sententia ferenda*) capaz de postular una verdadera filosofía de los valores que deben presidir la legislación? La aspiración de la filosofía del derecho natural es, en efecto, establecer tal "ciencia del derecho como debe ser". La segunda mitad de este libro (cap. X a XVII) contesta a esta pregunta en forma negativa. No hay ciencia específica de la política jurídica o del derecho natural. En la medida en que la política jurídica se halla determinada por un conocimiento racional, ella es sociología jurídica aplicada. En lo demás, está basada en valoraciones que se encuentran fuera del ámbito del conocimiento racional. (par. LXXIII y LXXIX).

## V EN LUGAR DE "FILOSOFÍA DEL DERECHO", "PROBLEMAS JURISFILÓSÓFICOS"

En el párrafo I describimos los tres enfoques tradicionales de la "filosofía del derecho" —analítico, ético e histórico-sociológico—, pero dejamos en pie el problema de cómo debe definirse esta rama del estudio del derecho. Dijimos que este problema solo puede ser resuelto sobre la base de un examen general de los diversos enfoques, desde los que puede intentarse un estudio del

derecho. Hemos hecho ese examen en el párrafo precedente. El resultado, empero, parece ser negativo, en la medida en que ninguna de las ramas del estudio del derecho mencionadas allí parece poseer aquel carácter filosófico que podría justificar para ella el nombre de "filosofía del derecho" (en sentido amplio) o, en los países de habla inglesa, *jurisprudence*.

Es verdad que lo que se llama "*jurisprudence* histórico-sociológica" cae dentro del campo de la sociología jurídica, tal como ha sido definido en el párrafo IV. Pero cuando la sociología jurídica es desarrollada como ciencia empírica, lleva tan claramente el sello de una ciencia especializada más, que sería injustificado elevarla, bajo el nombre de *jurisprudence* al nivel de un estudio filosófico.

La denominada "filosofía del derecho natural" no figura en el examen hecho en el párrafo IV. Esto se debe al hecho de que —tal como veremos en los capítulos XI a XIII— lo que circula bajo aquel nombre es simplemente especulación metafísica sin justificación científica.

De las ramas tradicionales de la "filosofía del derecho", por lo tanto, solo queda la analítica. Esta rama del estudio del derecho parece poseer un carácter verdaderamente científico y merecer el nombre de "filosofía del derecho" o *jurisprudence*. Pero ella no figura tampoco entre los diferentes enfoques diseñados en el párrafo IV. ¿Cómo puede explicarse esto?

Para dar una respuesta hay que formular algunas consideraciones generales sobre la relación entre la filosofía y las ciencias. La filosofía moderna, basada en una perspectiva empírica, a la que suscribo, adopta el punto de vista general de que la filosofía no tiene un objeto específico coordinado con el de las diversas ciencias o distinto de él. La filosofía no es deducción a partir de principios de la razón por cuyo medio se nos revela una realidad de más alto nivel que la que nos ofrecen los sentidos. Tampoco es una ampliación de las ciencias dirigida a describir los últimos componentes de la realidad. (No) es teoría, sino (método). Este método es el análisis lógico. La filosofía es la lógica de la ciencia, y su objeto, el lenguaje científico.

De aquí se sigue que la filosofía del derecho o *jurisprudence* no tiene un objeto específico coordinado con y distinto del objeto de la "ciencia del derecho" —el estudio del derecho— en sus varias ramificaciones. La relación de la filosofía del derecho con la ciencia del derecho es (refleja); la filosofía del derecho dirige su atención hacia el aparato lógico de la ciencia del derecho, en particular hacia el aparato de conceptos, con miras a hacerlo objeto de un análisis lógico más detallado que el que efectúan los diversos estudios jurídicos especializados. El filósofo del derecho investiga problemas que a menudo constituyen premisas que el jurista da por sentadas. Su tema es, en modo principal, el de los conceptos fundamentales



de alcance general, tales como, por ejemplo, el concepto de derecho vigente que por tal razón no es asignado como tarea particular a ninguna de las numerosas especialidades dentro del amplio dominio del derecho.

El objeto de la filosofía del derecho no es el derecho, ni parte o aspecto alguno de éste, sino la ciencia del derecho. La filosofía del derecho está, por así decir, un piso más arriba que la ciencia del derecho y la mira "desde arriba".<sup>30</sup>

Los límites entre la ciencia del derecho y la filosofía del derecho no son rígidos. El análisis lógico tiene lugar con frecuencia también dentro del estudio tradicional del derecho. No hay criterios internos para determinar dónde termina la ciencia del derecho y dónde empieza la filosofía del derecho. Puede hacerse una delimitación del dominio de esta última considerando qué es lo que la primera ha logrado. Esta circunstancia explica cómo es que la *jurisprudence* inglesa corriente abarca una serie de conceptos y problemas tales como, por ejemplo, *dolus*, *dolus eventualis*, *culpa*, intención, propósito y justificación de la represión penal, propiedad, posesión, contrato, prueba, carga de la prueba, etc., conceptos y problemas que en la tradición norteamericana y en la tradición de Europa continental forman por lo común parte de las diversas disciplinas jurídicas. La explicación se encuentra en el escaso desarrollo que en la doctrina inglesa tienen el análisis y la elaboración de los conceptos jurídicos. De tal manera, la *jurisprudence* ha llegado a ser en Inglaterra el lugar donde se agrupan casi todas las investigaciones fundamentales. En otros sistemas no sería razonable atribuir un dominio tan amplio a la filosofía del derecho, pues ello conduciría a repeticiones. En mi exposición solo incluiré, por lo tanto, aquellos problemas que no son examinados por la literatura jurídica corriente, o que lo son en forma insatisfactoria.

Este factor relativo explica también por qué no es conveniente hablar de "filosofía del derecho" dado que este término sugiere un ámbito de investigación sistemáticamente delimitado. En consecuencia, prefiero usar la expresión "problemas jusfilosóficos". Los intereses de cada estudioso, en parte, y en parte el desarrollo de los estudios jurídicos en un tiempo dado, determinarán qué problemas son sometidos al análisis filosófico.

Este análisis puede dirigir su atención a ambas ramas del estudio del derecho: a la ciencia del derecho y a la sociología jurídica.

<sup>30</sup> Las proposiciones contenidas en esta parte del texto, referentes a la filosofía del derecho, están en un nivel más alto aún. La proposición contenida en la primera frase de esta nota, referente a las proposiciones que se refieren a la filosofía del derecho, está en un nivel más alto todavía. De esta manera podríamos seguir *ad infinitum*. La idea, sostenida a veces, de que la serie podría concluir en una proposición que se refiere a sí misma, es insostenible.

Dado que, sin embargo, el aparato lógico de esta última es en lo principal el mismo que se usa en otras sociologías y en historia, parecería razonable circunscribir los problemas jusfilosóficos específicos a la consideración de la ciencia del derecho. Esta conclusión tiene apoyo, además, en fundamentos pedagógicos, toda vez que un análisis filosófico de la sociología jurídica no tendría valor como parte de la educación jurídica tradicional. Dentro de la sociología del derecho, sin embargo, la sociología jurídica aplicada tiene una posición especial en razón de su estrecha conexión con la política jurídica (par. IV *in fine*). El examen de los problemas de política jurídica desempeña un creciente e importante papel en los trabajos de los autores y en la enseñanza de las facultades de derecho. Por esta razón el análisis lógico estará dirigido también al pensamiento político-jurídico y a la sociología aplicada en tanto que parte de él.

De acuerdo con esto, la exposición siguiente se dividirá en dos secciones principales: problemas jusfilosóficos relativos a la ciencia del derecho (cap. II a IX) y problemas jusfilosóficos relativos a la política jurídica (cap. X a XVII).

## VI DISCUSIÓN

Pienso que la relación entre mi interpretación de la naturaleza y tarea de la filosofía del derecho, por un lado, y el punto de vista tradicional, por el otro, ha quedado suficientemente aclarada con lo expuesto en los párrafos precedentes. Por ello me limitaré aquí a hacer algunas observaciones suplementarias.

Mientras que he rechazado la filosofía del derecho natural como carente de justificación científica, no tengo objeciones, por supuesto, contra los estudios histórico-sociológicos, siempre que se los lleve a cabo de acuerdo con principios empíricos y no constituyan una metafísica especulativa disfrazada. He rechazado la interpretación histórico-sociológica de la filosofía del derecho por la razón sistemática de que los estudios de este tipo poseen todas las notas características de una ciencia especializada y, por lo tanto, no deben ser mezclados con el enfoque analítico ni considerados como parte de la filosofía del derecho. Esto, sin embargo, no significa negar la importancia de las investigaciones sociológicas para esta última, concebida como análisis de los conceptos jurídicos. Ellas son importantes, y tienen que serlo si presuponemos, como lo hago yo, que todas las proposiciones acerca del derecho se refieren, en último análisis, a una realidad social. [El fundamento de la filosofía del derecho tiene que ser una perspectiva sociológica.]

Julius Stone ofrece una definición ecléctica de la tarea de la filosofía del derecho, que incluye problemas lógico-analíticos, pro-

blemas éticos y problemas sociológicos.<sup>37</sup> Su principio guía es que la filosofía del derecho (o *jurisprudence*) estudia el derecho a la luz de la lógica, de la ética y de la sociología. El principio en sí no es claro y se traduce en un conglomerado de materiales heterogéneos sin conexión orgánica. Stone ha escrito un libro extraordinario con tremenda laboriosidad y prodigiosa erudición, pero no ha creado una teoría coherente.

<sup>37</sup> *The Province and Function of Law* 1946, cap. I, par. 11-13. Podemos hallar definiciones eclécticas similares en las obras de muchos autores ingleses y norteamericanos, tales como Vinogradoff, Pound, Keeton, Kocourek, Hohfeld, Wigmore, Timasheff, y otros, encubiertas algunas veces, como ocurre con Stone, tras un esquema de clasificación supuestamente racional. Véase Stone, *op. cit.*, Cap. I, par. 8 y 9. JOSEF L. KUNZ, "Zur Problematik der Rechtsphilosophie um die Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts", *Öster. Z. f. Öff. R.* n. s. IV 1951, 1 y sigs., sostiene que las tres líneas son ramas de igual *status* de la misma ciencia; filosofía del derecho o *jurisprudence*.

## CAPÍTULO II

### EL CONCEPTO "DERECHO VIGENTE"

#### VII EL CONTENIDO DEL ORDEN JURÍDICO

En el capítulo precedente, sobre la base de un análisis del juego del ajedrez y de sus reglas, he formulado esta hipótesis de trabajo: que tiene que ser en principio posible definir y explicar el concepto "derecho vigente" de la misma manera que el concepto "norma vigente de ajedrez". Seguidamente trataré de desarrollar esa hipótesis en una teoría de lo que significa la expresión "derecho vigente".

Nuestra hipótesis de trabajo dice que las normas jurídicas, como las normas del ajedrez, sirven como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de actos sociales, el derecho en acción, de manera tal que se hace posible comprender esos actos como un todo coherente de significado y motivación y predecirlos dentro de ciertos límites. Esta actitud del sistema se funda en el hecho de que las normas son efectivamente obedecidas porque se las vive como socialmente obligatorias.

Ahora bien, para elaborar esta hipótesis es menester responder a dos preguntas:

① ¿Cómo se distingue el contenido del cuerpo individual de normas identificado como un orden jurídico nacional del contenido de otros cuerpos individuales de normas, tales como las normas del ajedrez, del bridge o de la cortesía?

② Si la validez de un sistema de normas, en sentido amplio, significa que el sistema puede servir, en razón de su efectividad, como un esquema de interpretación, ¿de qué modo se aplica este criterio al derecho?

La primera cuestión será examinada en este párrafo; la segunda, en los párrafos VIII a X.

Consideremos de nuevo, por un momento, el juego del ajedrez. No tiene obviamente sentido querer definir las reglas del ajedrez para distinguirlas, por ejemplo, de las reglas del tenis, del fútbol o del bridge. "Reglas del ajedrez" es el nombre de un conjunto individual de normas que constituyen un todo coherente y con significado. Del mismo modo que John Smith es el nombre de un individuo que no puede ser definido pero puede ser señalado, así "reglas del ajedrez" es el nombre de un conjunto individual de normas que no son definidas sino que son señaladas: éstas son las reglas del ajedrez. En la práctica no hay dificultad en distinguir las reglas del ajedrez de las reglas del tenis, del fútbol, del bridge o de cualesquiera otras normas sociales. El problema de la definición solo surgiría si tuviéramos que clasificar las reglas del ajedrez junto con las reglas del fútbol y las reglas del bridge, bajo el título "reglas de juego". Tendríamos entonces que preguntar qué característica de un sistema individual de normas es decisiva para determinar si lo incluimos o no bajo ese título. Este problema no surge si solo queremos dar cuenta de las reglas del ajedrez. Para esto no es necesario conocer qué es lo que ellas tienen en común con otros sistemas individuales de reglas que podrían ser clasificados conjuntamente con las primeras bajo el título "reglas de juego".

Lo mismo ocurre con el derecho. "Derecho dinamarqués" es el nombre de un conjunto individual de normas que constituyen un todo coherente de significado. Por lo tanto ellas no son definidas, pero pueden ser señaladas. "Derecho dinamarqués", "derecho noruego", "derecho sueco", etc., corresponden a los diversos conjuntos individuales de reglas de juegos. El problema de la definición solo surgiría si tuviéramos que clasificar estos diversos órdenes individuales bajo el título "derecho" u "orden jurídico". Pero también es verdad aquí que este problema de definición no surge si solo deseamos exponer el derecho dinamarqués vigente. Para esto no es necesario conocer qué es lo que este sistema de normas tiene en común con otros sistemas de normas que podrían ser clasificados conjuntamente con aquél bajo el título "derecho" u "orden jurídico".

Dado que nos proponemos circunscribir la filosofía del derecho, al estudio de conceptos que están presupuestos en la ciencia dogmática del derecho, el problema de la definición de "derecho" ("orden jurídico") es ajeno a la filosofía del derecho. Esto no ha sido jamás advertido. Se ha creído que a fin de delimitar la esfera de trabajo del jurista era necesario introducir una definición del derecho para distinguirlo de otros tipos de normas sociales. Este error se produjo porque no se entendió que el derecho nacional vigente constituye un todo individual. La coherencia de significado interna al mismo determina qué es lo que queda incluido dentro de ese todo. La palabra "derecho" no es común a una clase de reglas jurídicas sino a una clase de órdenes jurídicos individuales. La experiencia también

lo confirma, porque en la práctica los juristas, por lo común, no tienen dificultad en determinar si una regla es parte del derecho nacional o si pertenece a un sistema diferente de normas, por ejemplo, a otro orden nacional, a las reglas del ajedrez o a la moralidad.<sup>1</sup>

Pero aun cuando el problema de la definición de "derecho" ("orden jurídico") queda de este modo fuera del dominio de la filosofía jurídica (tal como ha sido delineado aquí), la existencia de una tradición al respecto y el deseo de proporcionar un cuadro general, justifican algunas consideraciones sobre el tema. En el párrafo XII volveré sobre el mismo. Por ahora solo quiero anticipar esto, que es fundamental. Carece de todo interés particular, salvo el interés de la conveniencia, la forma como se define el concepto. Las infinitas discusiones filosóficas referentes a la "naturaleza" del derecho están fundadas en la creencia de que el derecho deriva su "validez" específica de una idea *a priori*, y que la definición del derecho es por ello decisiva para determinar si un orden normativo dado puede exhibir pretensiones al "título honorífico" de derecho. Si abandonamos estos presupuestos metafísicos y las actitudes emotivas involucradas en ellos, el problema de la definición pierde interés. La función de la ciencia del derecho es exponer un determinado sistema nacional individual de normas. Existen varios otros sistemas individuales que en mayor o menor grado se le parecen, por ejemplo, otros órdenes nacionales, el derecho internacional, el orden social de una comunidad primitiva que no tiene organización alguna que lo establezca o preserve, el orden de una banda de delincuentes, el orden impuesto por la potencia ocupante en un país ocupado, etc. Todos estos órdenes o sistemas son hechos, nos gusten o no nos gusten. Necesitamos una palabra para describir estos hechos, y es simplemente una cuestión terminológica, carente de toda inferencia moral, decidir si elegimos para este propósito la palabra "derecho" o cualquier otro término. No sería práctico negarnos a usar la palabra "derecho" para aludir a sistemas que no nos gustan. Que el orden que prevalece en una banda, por ejemplo, sea denominado "orden jurídico" (derecho de la banda), es un problema que, considerado científicamente, es decir cuando la palabra "derecho" es liberada de su carga emotivo-moral, no pasa de ser una arbitraria cuestión de definición. Se ha sostenido que el sistema de violencia impuesto por Hitler no era un orden jurídico, y el "positivismo" jurídico ha sido acusado de traición moral por su reconocimiento no crítico de que tal orden era derecho.<sup>2</sup>

Pero una terminología descriptiva nada tiene que hacer con la aprobación o reprobación moral. Puedo considerar a cierto orden como

<sup>1</sup> Ocasionalmente pueden surgir dudas. Véase párrafo X.

<sup>2</sup> GUSTAV RADBRUCH, "Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht", Anhang 4 Rechtsphilosophie, 4ª, ed., 1950, 347 y sigs.

un "orden jurídico", y al mismo tiempo entender que mi deber moral más alto es derrocarlo. Esta mezcla de puntos de vista descriptivos y actitudes morales de aprobación, que caracteriza la discusión del concepto del derecho, es un ejemplo de lo que Stevenson llama definición persuasiva.<sup>3</sup>

— Dejemos el inútil problema de la definición del concepto "derecho" u "orden jurídico". Puedo volver ahora a la cuestión de cómo un orden jurídico individual nacional se distingue por su contenido de otros cuerpos individuales de normas.

Un orden jurídico nacional, como las normas de ajedrez, constituye un sistema individual determinado por "una coherencia interna de significado". Nuestra tarea es indicar en qué consiste esto. En lo que hace a las reglas del ajedrez, el caso es simple. La coherencia de significado está dada por el hecho de que todas ellas, directa o indirectamente, se refieren a las movidas hechas por los jugadores. Si las reglas de derecho han de constituir de la misma manera un sistema, ellas tienen que referirse, igualmente, a acciones definidas realizadas por personas definidas. Pero, ¿qué acciones y qué personas son éstas? Esta pregunta solo puede ser contestada estableciendo, mediante un análisis de las reglas comúnmente consideradas como un orden jurídico nacional, a quiénes están dirigidas y cuál es su significado.

Las normas jurídicas pueden ser divididas en dos grupos, según su contenido inmediato: normas de conducta y normas de competencia. El primer grupo incluye aquellas normas que prescriben una cierta línea de acción. Por ejemplo, la regla de la Ley Uniforme de Instrumentos Negociables, Sección 62, que prescribe que el aceptante de un instrumento negociable queda obligado a pagarlo de acuerdo con el tenor de su aceptación. El segundo grupo contiene aquellas normas que crean una competencia (poder, autoridad). Ellas son directivas que disponen que las normas que se crean de conformidad con un modo establecido de procedimiento serán consideradas normas de conducta. Una norma de competencia es así una norma de conducta indirectamente expresada. Las normas de la Constitución referentes a la legislatura, por ejemplo, son normas de conducta indirectamente expresadas que prescriben comportamiento de acuerdo con las ulteriores normas de conducta que sean sancionadas por vía legislativa.

¿A quién están dirigidas las normas de conducta? La Ley Uniforme de Instrumentos Negociables, Sección 62, por ejemplo, prescribe aparentemente cómo debe comportarse una persona que ha aceptado una letra de cambio. Pero este enunciado no agota el significado normativo de dicha norma; en verdad no llega ni siquiera a aproximarse a lo que es realmente relevante. La Sección 62 es al

<sup>3</sup> CHARLES L. STEVENSON, *Ethics and Language*, 1944, 206 y sigs.

mismo tiempo una directiva para los tribunales acerca de cómo han de ejercer su autoridad en un caso que caiga bajo esa regla. Obviamente solo esto es de interés para el jurista. Una medida legislativa que no contenga directivas para los tribunales solo puede ser considerada como un pronunciamiento ideológico-moral sin relevancia jurídica. A la inversa, si la medida contiene una directiva para los tribunales, entonces no hace falta dar a los particulares instrucciones adicionales sobre su comportamiento. Se trata de dos aspectos del mismo problema. La directiva al particular está implícita en el hecho de que éste conoce qué reacciones puede esperar, en condiciones dadas, de parte de los tribunales. Si quiere evitar estas reacciones, tal conocimiento lo llevará a comportarse en la forma adecuada a ellas.

Las normas del derecho penal están redactadas de esta manera. Ellas no dicen que a los ciudadanos les está prohibido cometer homicidio; simplemente indican al juez cuál ha de ser su sentencia en un caso de esa índole. Nada impide, en principio, que las reglas de la Ley de Instrumentos Negociables, o cualesquiera otras normas de conducta, sean formuladas de la misma manera. Esto muestra que el contenido real de una norma de conducta es una directiva para el juez, mientras que la directiva al particular es una norma jurídica derivada o norma en sentido figurado, deducida de aquella.<sup>4</sup>

Las normas de competencia se pueden reducir a normas de conducta y, por ende, también tienen que ser interpretadas como directivas para los tribunales.

La sentencia es la base de la ejecución. Cualquiera sea la forma que pueda asumir la ejecución, ella constituye potencialmente el ejercicio de fuerza física contra quien no quiere acatar la sentencia.

Un "juez" es una persona calificada de acuerdo con las reglas que gobiernan la organización de los tribunales y la designación o elección de los jueces. De esta manera las reglas del derecho privado (dirigidas a los jueces) están integradas con las reglas del derecho público. El derecho en su totalidad no solo determina —en las reglas de conducta— en qué condiciones deberá ordenarse el ejercicio de la fuerza; determina también las autoridades públicas, los tribunales, establecidos para ordenar el ejercicio de la fuerza.<sup>5</sup>

El corolario natural de esto, que da al ejercicio público de la fuerza su efecto y significado especial, es que la potestad de emplear la fuerza física es, en todos los aspectos esenciales, monopolio

<sup>4</sup> El problema es examinado nuevamente en el par. XI, donde se explica que las normas jurídicas en sentido figurado cumplen también una función ideológica motivadora independiente de la que desempeña el tenor a la sanción.

<sup>5</sup> Los hechos son algo más complicados, porque en algunos casos, relativamente raros, la fuerza puede ser ordenada en forma directa por los órganos administrativos sin intervención de los tribunales.

de las autoridades públicas. En aquellos casos en que exista un aparato para el monopolio del ejercicio de la fuerza, decimos que hay Estado.

En resumen: un orden jurídico nacional es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona; el orden jurídico nacional establece un aparato de autoridades públicas (los tribunales y los órganos ejecutivos) cuya función es ordenar y llevar a cabo el ejercicio de la fuerza en casos específicos. O más brevemente: un orden jurídico nacional es el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado.

se puede servir como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de acciones sociales

### VIII LA VIGENCIA DEL ORDEN JURÍDICO

Partimos de la hipótesis de que un sistema de normas es "vigente" si puede servir como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de acciones sociales, de manera tal que se nos hace posible comprender este conjunto de acciones como un todo coherente de significado y motivación y, dentro de ciertos límites, predecirlas. Esta aptitud del sistema se funda en el hecho de que las normas son efectivamente obedecidas, porque se las vive como socialmente obligatorias.

Ahora bien, ¿cuáles son esos hechos sociales que, en tanto que fenómenos jurídicos, constituyen la contrapartida de las normas jurídicas? Ellos no pueden ser sino las acciones humanas reguladas por las normas jurídicas. Estas, como hemos visto, son, en último análisis, normas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza a través del aparato del Estado, o —más brevemente— normas que regulan el ejercicio de la fuerza por los tribunales. Se sigue de aquí que los fenómenos jurídicos que constituyen la contrapartida de las normas no pueden ser otros que las decisiones de los tribunales. Es aquí donde tenemos que buscar la efectividad en que consiste la vigencia del derecho.

De acuerdo con esto, un orden jurídico nacional, considerado como un sistema vigente de normas, puede ser definido como el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece. El "test" de la vigencia es que sobre la base de esta hipótesis, esto es, aceptando el sistema de normas como un esquema de interpretación, podamos comprender las acciones del juez (las decisiones de los tribunales) como respuestas con sentido a condiciones dadas y, dentro de ciertos límites, seamos capaces de predecir esas decisiones, de la misma manera que las normas del ajedrez nos capacitan para comprender las movidas de los jugadores como respuestas con sentido, y para predecirlas.

La acción del juez es una respuesta a un número de condiciones determinadas por las normas jurídicas: v. gr.: que se haya celebrado un contrato de venta, que el vendedor no haya entregado la cosa vendida, que el comprador se la haya reclamado oportunamente, etc. Estos hechos condicionantes adquieren también su específico significado de actos jurídicos a través de una interpretación efectuada a la luz de la ideología de las normas. Por esta razón ellos pueden ser denominados "fenómenos jurídicos" en sentido amplio, o "derecho en acción".

Sin embargo, solo los fenómenos jurídicos en sentido restringido —la aplicación del derecho por los tribunales— son decisivos para determinar la vigencia de las normas jurídicas. En contra de las ideas generalmente aceptadas es necesario insistir en que el derecho suministra normas para el comportamiento de los tribunales, no de los particulares. Por lo tanto, para hallar los hechos que condicionan la vigencia de las normas debemos atender exclusivamente a la aplicación judicial del derecho, y no al derecho en acción entre individuos particulares. Por ejemplo, si el aborto está prohibido, el verdadero contenido del derecho consiste en una directiva para el juez, en el sentido de que éste debe, en ciertas condiciones, imponer una pena por el aborto. Para determinar si la prohibición es derecho vigente, lo único decisivo es que ella sea efectivamente aplicada por los tribunales en los casos en que las infracciones son descubiertas y juzgadas. Es indiferente que los súbditos acaten o desojan con frecuencia la prohibición. Esto se traduce en la aparente paradoja de que mientras más efectivo es el acatamiento que una regla recibe en la vida jurídica extrajudicial, más difícil es verificar si ella posee vigencia, por cuanto los tribunales tienen una oportunidad mucho menor de manifestar su reacción.

En lo que antecede hemos usado las expresiones "el juez" y "los tribunales" como intercambiables. Cuando hablamos de un orden jurídico nacional, se da por sentado que estamos frente a un conjunto de normas supraindividuales, en el sentido de que son normas nacionales, que varían de nación a nación, no de un juez individual a otro. Por esta razón da lo mismo aludir al "juez" o a "los tribunales". En la medida en que el juez individual esté motivado

<sup>6</sup> La palabra "tribunales" ha de ser entendida aquí como un término amplio para designar las autoridades que tienen a su cargo la prevención y castigo de los delitos: policía, ministerio público y tribunales. Si la policía omite regularmente investigar ciertas trasgresiones, o si los agentes del ministerio público omiten regularmente formular denuncia o acusación, el derecho penal pierde su carácter de derecho vigente, sin que obste a ello su aplicación esporádica por los tribunales.

<sup>7</sup> Para la aplicación de este punto de vista en el derecho internacional, véase ALF Ross, *Textbook of International Law*, 1947, par. 24 y 28 iv.



por ideas particulares, personales, éstas no pueden ser atribuidas al derecho de la nación, aunque ellas constituyen un factor que debe ser tomado en cuenta por quien tenga interés en predecir una decisión jurídica concreta.

Cuando se busca el fundamento de la vigencia del derecho en las decisiones de los tribunales, puede parecer que la cadena del razonamiento está operando en forma circular. Porque puede alegarse que la calidad de juez no es meramente fáctica, ya que necesariamente deriva del derecho vigente, en particular de las reglas de derecho público que rigen la organización de los tribunales y la designación de los jueces. Antes de que pueda verificar si una cierta regla de derecho privado es derecho vigente, por lo tanto, tengo que establecer qué es derecho vigente en estos otros aspectos. ¿Y cuál es el criterio para esto?

La respuesta es que el orden jurídico forma un todo que integra las reglas de derecho privado con las reglas de derecho público. Fundamentalmente, la vigencia es una cualidad atribuida al orden como un todo. El test de la vigencia es que el sistema en su integridad, usado como un esquema de interpretación, nos haga comprender, no solo la manera como actúan los jueces, sino también que ellos actúan en calidad de tales. No hay punto de Arquímedes para la verificación, no hay sector alguno del derecho que reciba verificación antes que los restantes.<sup>6</sup>

El hecho de que fundamentalmente todo el orden jurídico recibe verificación no excluye la posibilidad de investigar si una regla individual determinada es derecho vigente. Simplemente quiere decir que el problema no puede ser resuelto sin referencia al "derecho vigente" como un todo. Estos problemas de verificación más particulares son examinados en los parágrafos IX y X.

El concepto de vigencia del derecho descansa, de acuerdo con lo que llevamos dicho, en hipótesis referentes a la vida espiritual del juez. No puede determinarse lo que es derecho vigente por medios puramente conductistas (*behaviouristic*), esto es, mediante observación externa de regularidades en las reacciones (costumbres) de los jueces. A lo largo de un período dilatado el juez puede haber exhibido una cierta reacción típica; por ejemplo, puede haber im-

<sup>6</sup> Nada hay de peculiar en el hecho de que a los fines de la verificación entre en juego al orden jurídico como un todo. El mismo principio se aplica en el dominio de las ciencias naturales. La verificación de una ley natural particular tiene lugar bajo el presupuesto de que un número de otras son verdaderas. El problema consiste en saber si la ley particular es compatible con el sistema aceptado en ese momento. Pero nada hay establecido en forma indudable. Nada hay que impida que nuevas experiencias nos obliguen a revisar todos los puntos de partida hasta allí aceptados. El todo sistemático, en su plenitud, es siempre el último criterio para determinar qué es lo que habrá de ser considerado verdadero.

puesto penas por aborto. De pronto esta reacción cambia, porque ha sido promulgada una nueva ley. La vigencia no puede ser determinada recurriendo a una costumbre más general, externamente observable, a saber, la de "obedecer al legislador". Porque no es posible, mediante la observación externa, identificar al "legislador" que es obedecido. La observación puramente externa podría llevar a la conclusión de que se obedece a las personas que al tiempo de la observación son miembros de la legislatura. Pero en determinados momentos la composición de ésta también cambia. Se puede continuar de esta manera hasta llegar a la Constitución, pero nada hay que impida que un día la Constitución sea también cambiada.

Nada se logra, pues, con una interpretación conductista. La cambiante conducta del juez solo puede ser comprendida y predicha mediante una interpretación ideológica, esto es, mediante la hipótesis de una cierta ideología que anima al juez y motiva su acción.

Otra manera de expresar lo mismo es afirmar que el derecho presupone no solo regularidad en el comportamiento del juez, sino también la experiencia que éste tiene de hallarse sometido a las reglas. El concepto de vigencia involucra dos puntos: parcialmente, el acatamiento regular y externamente observable de una pauta de acción, y, parcialmente, la experiencia de esta pauta de acción como una norma socialmente obligatoria. No toda costumbre externamente observable en el juego de ajedrez es expresión de una norma de ajedrez vigente. No lo es, por ejemplo, la costumbre de no abrir con un peón torre. De la misma manera, no toda regularidad externa y observable en las reacciones del juez es la expresión de una norma jurídica vigente. Puede ser, por ejemplo, que entre los jueces se haya generado la costumbre de penar únicamente con multas ciertas transgresiones aun cuando la ley también autorice la pena corporal. Ahora bien, es necesario agregar que las costumbres de los jueces exhiben una fuerte inclinación a transformarse en normas obligatorias, y que, en tal supuesto, una costumbre será interpretada como expresión del derecho vigente. Pero tal no será el caso mientras la costumbre no sea más que un hábito de hecho.

Este doble aspecto del concepto de vigencia explica el dualismo que siempre ha caracterizado a este concepto en la corriente teórica metafísica del derecho. De acuerdo con esta teoría "derecho vigente" significa al mismo tiempo "orden efectivo" y "orden que posee fuerza obligatoria" derivada de principios *a priori*. El derecho es al mismo tiempo algo real en el mundo de los hechos y algo válido en el mundo de las ideas (par. XIII). No es difícil advertir que este dualismo puede conducir a complicaciones lógicas y epistemológicas que hallan expresión en numerosas antinomias de la teoría

del derecho.<sup>9</sup> Dicho dualismo lleva a la afirmación metafísica de que la existencia misma es válida en su ser íntimo (Hegel).<sup>10</sup> Como la mayor parte de las construcciones metafísicas, la construcción relativa a la validez inmanente del derecho positivo reposa sobre una incorrecta interpretación de ciertas experiencias, en este caso, de la experiencia de que el derecho no es meramente un orden fáctico, un puro hábito, sino un orden que es experimentado o vivido como socialmente obligatorio. La concepción tradicional, en consecuencia, si quitamos de ella la metafísica, puede suministrar apoyo a mi punto de vista, en la medida en que se opone a una interpretación puramente conductista de la vigencia del derecho.

IX VERIFICACIÓN DE PROPOSICIONES JURÍDICAS REFERENTES A NORMAS DE CONDUCTA

En el párrafo II se hizo notar la diferencia entre el contenido de significado de las normas jurídicas y el de las proposiciones doctrinarias referentes a normas jurídicas. Las normas jurídicas son directivas, las proposiciones doctrinarias son aserciones, cuya relación con esas directivas puede presentarse de la siguiente manera:

A (aserción) = D es derecho vigente  
en la que, por ejemplo,

D = Ley Uniforme de Instrumentos Negociables, Sección 62.

En el párrafo VII se mostró que un orden jurídico nacional constituye un sistema individual de normas cuya unidad puede hallarse en el hecho de que, directa o indirectamente, todas ellas son directivas que conciernen al ejercicio de la fuerza por la autoridad pública. En el párrafo VII nos ocupamos, en consecuencia, del D de la fórmula expresada más arriba.

En el párrafo VIII volvimos nuestra atención a aquella parte de la fórmula en la cual D es caracterizada como "derecho vigente" y mostramos que esta caracterización aludía a una correspondencia entre el sistema de normas al que pertenece D, y una realidad social, a saber, la aplicación del derecho por los tribunales. La correspondencia es tal que al emplear el sistema de normas como un esquema de interpretación estamos habilitados para comprender las acciones de los tribunales como respuestas con significado a condiciones dadas, y dentro de ciertos límites, para predecir esas acciones.

En este párrafo y en el siguiente investigaremos más de

<sup>9</sup> La demostración de tales antinomias es el tema principal de mi libro *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946.

<sup>10</sup> *Ibid.*, y A. F. Ross, *Kritik des sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, esp. XII, 4.

cerca el método para comprobar si una norma dada es derecho vigente, lo que es lo mismo que comprobar la verdad de la correspondiente aserción doctrinaria. La situación será de algún modo diferente según nos ocupemos de normas directas de conducta o de normas de competencia, y, de acuerdo con ello, la investigación estará dividida en dos partes. En este párrafo examinaremos las normas directas de conducta, y en el siguiente las normas de competencia.

Es un principio de la ciencia empírica moderna que una proposición acerca de la realidad (en contraposición con una proposición analítica, "lógico-matemática") necesariamente implica que siguiendo un cierto procedimiento, bajo ciertas condiciones, resultarán ciertas experiencias directas. La proposición, por ejemplo, "esto es tiza" implica que si observamos el objeto con un microscopio aparecerán ciertas cualidades estructurales; si le echamos ácido, resultarán ciertas reacciones químicas: si lo frotamos sobre un pizarrón dejará trazada una línea, etc. Este procedimiento se denomina procedimiento de verificación y se dice que la suma de implicaciones verificables constituye el "contenido real" de la proposición. Si una aserción cualquiera, por ejemplo, la de que el mundo está gobernado por un demonio invisible, no involucra ninguna implicación verificable, se dice que carece de significado lógico; es desterrada del reino de la ciencia como aserción metafísica.<sup>11</sup>

La interpretación de la ciencia del derecho expuesta en este libro reposa en el postulado de que el principio de verificación debe aplicarse también a este campo del conocimiento, o sea, que la ciencia del derecho debe ser reconocida como una ciencia social empírica. Esto significa que no debemos interpretar las proposiciones acerca del derecho vigente como proposiciones que aluden a una validez inobservable o "fuerza obligatoria" derivada de principios o postulados *a priori*, sino como proposiciones que se refieren a hechos sociales. Es menester poner en claro cuáles son los procedimientos que permiten verificarlas, o cuáles son las implicaciones verificables de ellas.

Nuestra interpretación, basada en el análisis precedente, es que el contenido real de las proposiciones de la ciencia del derecho se refiere a las acciones de los tribunales bajo ciertas condiciones. El contenido real, por ejemplo, de la proposición que dice que la Sección 62 de la Ley Uniforme de Instrumentos Negociables es

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, VICTOR KRAFT, *Einführung in die Philosophie*, 1950, 68 y sigs., quien ofrece una buena introducción a las ideas fundamentales de la moderna filosofía científica. Por razones de conveniencia he preferido usar en el texto la palabra "verificación". Puesto que no es posible una confirmación definitiva de la verdad de una proposición científica, sería más exacto hablar de "comprobación" (*testing*).

NORMAS  
DIRECTAS  
de  
CONDUCTA

D 2.2

derecho vigente de Illinois, es la aserción de que bajo ciertas condiciones los tribunales de dicho estado actuarán de acuerdo con el tenor de esa sección. Este tenor es una directiva al juez para que ordene al girado pagar la letra que aceptó y omitió pagar el día del vencimiento (par. VII).

De acuerdo con esto se dice a menudo que una regla es derecho vigente cuando es aplicada en la práctica de los tribunales. Pero éste es un enunciado vago y tosco, que requiere un análisis más precisa en varios aspectos.

1) Primero, no está claro lo que quiere decir el uso del tiempo presente "es aplicada". ¿Se refiere esto a decisiones jurídicas pasadas, a decisiones presentes o a decisiones futuras?

Si alguno pregunta cuál es el derecho vigente hoy en relación con una determinada materia, lo que indudablemente quiere saber es cómo serán decididos los conflictos de hoy si son sometidos a los tribunales. En ese caso, obviamente, no interesa saber qué reglas han seguido los tribunales hasta ahora al adoptar sus decisiones, salvo que haya razones para creer que continuarán actuando de la misma manera. Inversamente, una regla puede ser considerada derecho vigente aunque no haya sido hasta ahora aplicada por los tribunales; por ejemplo, si se trata de una ley recientemente promulgada. Se la considerará vigente si hay otras razones para suponer que la regla será aplicada en alguna futura decisión jurídica.

En consecuencia, un enunciado sobre el derecho vigente de la actualidad no se refiere al pasado. Por otra parte, tampoco parece referirse a lo que todavía no ha ocurrido. Cuando afirmo que esto o aquello es derecho vigente hoy, no me propongo predecir la manera en que los tribunales reaccionarán dentro de veinte años, en la hipótesis de que el próximo litigio sobre el punto tenga lugar sólo entonces. El estado del derecho puede haber cambiado en el interin. Ello siempre puede ocurrir, en principio, aun cuando la próxima decisión sea más cercana.

Además no podemos afirmar que en el futuro llegará a dictarse una decisión sobre el punto que nos interesa.

Estas reflexiones necesariamente llevan a la conclusión de que los enunciados que se refieren al derecho vigente de hoy tienen que ser entendidos como enunciados que aluden a decisiones futuras hipotéticas supeditadas a ciertas condiciones: si se inicia una acción respecto de la cual la regla jurídica particular tiene relevancia, y si en el interin no ha habido modificación en el estado del derecho (es decir, en las circunstancias que condicionan nuestra aserción de que la regla es derecho vigente), dicha regla será aplicada por los tribunales.

Las condiciones indicadas determinan al mismo tiempo el método de verificación. Para verificar una proposición acerca del

derecho vigente hay que satisfacer las condiciones prescriptas y observar la decisión. El hecho de que posiblemente yo no esté en situación de poner en marcha este proceso es irrelevante. El significado de una aserción está satisfactoriamente definido si ella puede ser verificada en principio, esto es, dejando a un lado las dificultades y obstáculos técnicos. Por ejemplo, la proposición "la cara oculta de la Luna está cubierta de bosques", tiene por lo tanto un significado cierto, aunque hasta ahora no hayamos podido observar ese lado de la Luna. Además, todo hace pensar que la proposición es falsa, dado que no es compatible con un número de creencias bien verificadas referentes a las condiciones que imperan en la Luna. Puede hacerse un argumento paralelo respecto de la afirmación de que una medida legislativa que fue derogada poco después de su aprobación sin haber sido aplicada, fue derecho vigente durante el período intermedio. Aunque no hayamos podido verificar la afirmación por observación directa, otras numerosas creencias verificadas relativas a la mentalidad de los jueces constituyen buenas razones para considerar que la afirmación es verdadera.

2) En segundo lugar, se requiere una definición más precisa de lo que significa que la regla es aplicada por los tribunales. Si tomamos la sección 62 mencionada más arriba, su "ser aplicada" no puede referirse a una sentencia en determinado sentido, por ejemplo, que se ordene al girado pagar la letra, ya que es posible que de conformidad con otras reglas de derecho aquél pueda oponer una defensa admisible. Podría ser, por ejemplo, que fuera menor de edad o que el tenedor del documento hubiera realizado algún acto que perjudicó su derecho.<sup>12</sup> La sección 62 pertenece, obviamente, a un todo coherente de significado, junto con varias otras reglas jurídicas. Su "aplicación" práctica, en consecuencia, solo puede significar que en las decisiones en que se dan por probados los hechos condicionantes de dicha regla, ésta forma parte esencial del razonamiento que funda la sentencia y que, por lo tanto, la regla en cuestión es uno de los factores decisivos que determinan la conclusión a que el tribunal arriba.

Es posible combinar las definiciones más precisas expuestas en 1) y 2) en la fórmula siguiente: el contenido real de la afirmación:

A = la Sección 62 de La Ley Uniforme de Instrumentos  
Negociables es hoy derecho vigente de un cierto estado,

es una predicción en el sentido de que si ante los tribunales de

<sup>12</sup> Aquí no tomamos en cuenta las reglas de procedimiento que establecen la exclusión provisional de ciertas defensas en los casos sobre letras de cambio.

ese estado se inicia una acción en la que se afirma la existencia de los hechos condicionantes de dicha sección 62, y si en el interin no ha habido modificaciones en las circunstancias que constituyen el fundamento de A, la directiva al juez contenida en aquella regla será parte esencial del razonamiento en que se funde la sentencia.

A es considerada verdadera si tenemos buenas razones para suponer que esta predicción será cumplida.

Aun después de que se hayan dictado una o más decisiones que verifican A, A continúa siendo en principio una predicción incierta respecto de decisiones jurídicas del futuro. La cuestión de la verdad de A no está aún resuelta en forma definitiva. Supongamos que A representa la afirmación expresada en el tiempo t. Una decisión jurídica subsiguiente dictada en el tiempo t, ciertamente verifica A, pero no A<sub>t</sub>. La decisión simplemente proporciona apoyo adicional a la hipótesis de que A es todavía, esto es, ahora en el tiempo t, derecho válido. A pesar de todo lo que ha ocurrido y de todo lo que ocurre, el enunciado que alude al derecho del presente siempre tiene referencia al futuro.

La verdad de A no presupone que estamos en situación de predecir con certeza razonable el resultado de una acción jurídica concreta futura, aun cuando conozcamos los hechos relevantes. En primer lugar, el resultado dependerá de la prueba producida y de la forma como se la aprecie. ¿Cómo se comportarán los testigos ante el tribunal, por ejemplo, y qué impresión recibirá el juez de su veracidad? La apreciación de la prueba está condicionada subjetivamente en tan alto grado, que esta razón por sí sola excluye toda posibilidad de calcular por anticipado con certeza el resultado de casos en los que haya hechos controvertidos.<sup>13</sup> Y, además, la interpretación de las reglas de derecho ofrece puntos vitales de incertidumbre; esto será examinado en el capítulo IV. Finalmente, las ideas del juez acerca de lo que es derecho vigente no constituyen el único factor que motiva a éste.

<sup>13</sup> Este punto de vista ha sido enfáticamente sostenido por Jerome Frank; véase, por ejemplo, *Courts on Trial*, 1949, donde se subrayan los factores de incertidumbre propios de la observación y declaración de los testigos y los que derivan de las inclinaciones personales del juez al valorar el testimonio. La siguiente es una afirmación característica de este modo de ver de Frank: "Es probable que las simpatías y las antipatías del Juez se muestren activas en relación con los testigos. Su propio pasado puede haber creado en él una reacción favorable o desfavorable hacia las mujeres, o las mujeres rubias, o los hombres con barba, o los sureños, o los italianos, o los ingleses, o los plomeros, o los sacerdotes, o los universitarios, o los demócratas. Una cierta contracción nerviosa o tos o gesto pueden suscitar recuerdos agradables o desagradables. Estos recuerdos del Juez, mientras escucha a un testigo con tales contracciones faciales, o tos o gesto, pueden afectar la captación de lo que dice, o su recuerdo ulterior, o la importancia y verosimilitud que el Juez asigne a la deposición del testigo." (Op. cit., 151.)

El último punto es de particular interés, puesto que la medida en que el juez es motivado por factores que no son ideológico-jurídicos es decisiva para el valor práctico de la ciencia del derecho. Esta se ocupa de la ideología normativa que anima al juez. El conocimiento de esta ideología (y su interpretación) nos habilita, por lo tanto, para calcular por anticipado con certeza considerable el fundamento jurídico de ciertas decisiones futuras, fundamento que aparecerá en los considerandos. Pero ¿qué relación existe entre los considerandos y la parte dispositiva que, naturalmente, es lo que en realidad queremos predecir?

Acerca de este problema existe una gran diversidad de opiniones. El punto de vista tradicional no cuestiona que la parte dispositiva es el resultado del razonamiento hecho en los considerandos. La sentencia, de acuerdo con este punto de vista, es un silogismo. Los considerandos contienen las premisas; la parte dispositiva, la conclusión. En oposición a este punto de vista algunos estudiosos han sostenido en tiempos más recientes que el razonamiento hecho en los considerandos no es más que una racionalización de la parte dispositiva. En efecto, dicen, el juez toma su decisión parcialmente guiado por una intuición emocional y parcialmente sobre la base de consideraciones y propósitos prácticos. Después que la conclusión es establecida, el juez halla una argumentación jurídico-ideológica plausible para justificar su decisión. Por lo común esto no le será difícil. La variedad de las reglas, la falta de certeza de su interpretación, y la posibilidad de hacer construcciones diversas sobre los temas en debate, permitirán la: más de las veces que el juez halle un ropaje jurídico plausible para revestir su decisión. La argumentación jurídica contenida en los considerandos no es más que una fachada dirigida a hacernos creer en la objetividad de la decisión.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Tales puntos de vista han sido sostenidos, en particular, por el grupo de juristas norteamericanos conocidos como los "realistas jurídicos", y especialmente por el subgrupo llamado por FRANK, op. cit., 73, "escépticos respecto de las reglas" (*rule-skeptics*) para contraponerlos a los "escépticos respecto de los hechos" (*fact-skeptics*). Para hallar ejemplos que ilustran este punto de vista, véanse las primeras obras de FRANK, en especial *Law and the Modern Mind*, 1930, 100 y sigs., y *What the Courts do in fact*, III. L.R., t. 26, 1932, 645 y sigs. Véase también FÉLIX S. COHEN, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", Col. L. Rev., t. 35, 1935, 809 y sigs., KARL N. LLEWELLYN, "A Realistic Jurisprudence the Next Step", Col. L.R., t. 30, 1930, 431 y sigs.; JOHN DICKINSON, "Legal Rules: Their Function in the Process of Decision", *University of Pennsylvania L.R.*, 79, 1931, 833 y sigs. En diversos trabajos Cardozo ha hecho una crítica ponderada de las exageraciones del realismo, señalando en particular la diferencia entre "casos corrientes" y "casos excepcionales". Véase *Selected writings*, 1947, 7 y sigs., 20, 160, 177, 212. En la misma línea, véase también el valioso trabajo de LON L. FULLER "American Legal

No intentaré aquí evaluar los méritos de estas teorías en conflicto; me limitaré a apuntar la importancia que ellas tienen para la cuestión del valor práctico de la ciencia del derecho. Resulta claro que si el punto de vista tradicional es sostenible, el conocimiento académico del derecho vigente y de su interpretación ofrece la mejor base posible —si dejamos a un lado las cuestiones de prueba— para predecir el resultado de las decisiones jurídicas futuras. Si es posible predecir las premisas jurídicas, es también posible predecir la conclusión. De acuerdo con la teoría opuesta, el conocimiento de la ideología jurídica sirve de muy poco ya que no motiva a los jueces. Es dudoso, en verdad, que sea de algún modo posible llegar a una genuina comprensión de lo que ocurre cuando un juez decide y a saber cómo predecir el resultado de las controversias jurídicas. De todas maneras, estos problemas constituyen propiamente el objeto de disciplinas distintas de la ciencia del derecho.

Si la afirmación doctrinaria de que una cierta regla es derecho dinámico vigente es, de acuerdo con su contenido real, una predicción de que la regla será aplicada en decisiones jurídicas futuras, se sigue de allí que las afirmaciones de esta naturaleza no pueden pretender nunca certeza absoluta, sino que solo pueden ser sostenidas con un mayor o menor grado de probabilidad, que depende de la fuerza de los puntos sobre los cuales descansa el cálculo acerca del futuro. Esta probabilidad puede tener un valor que va de la virtual certeza a la probabilidad escasa. Tal incertidumbre introduce en las proposiciones jurídicas un elemento de relatividad que es esencial tener en cuenta, pero que la filosofía del derecho tradicional pasa por alto o niega.

De acuerdo con el punto de vista tradicional, decir que el derecho rige o vale es atribuirle una cualidad irreductible, derivada de principios *a priori* o postulada como un requisito previo del conocimiento jurídico. La validez es una norma particular derivada de la norma superior con arreglo a la cual ha sido creada; en última instancia deriva del derecho natural o de una hipótesis inicial presupuesta o norma básica (par. XIII). Con tales premisas, obviamente, el concepto de validez tiene que ser absoluto: una regla de derecho vale o no. Parecería que los escritos jurídicos se apoyan todavía en forma predominante sobre creencias tales como ésa. En los hechos la afirmación de que una regla rige es altamente relativa. Una regla puede ser derecho vigente en un grado mayor o menor, que varía con el grado de probabilidad con el que podemos predecir que ella será aplicada. Este grado de probabilidad depende del material de experiencia sobre el que descansa

Realism", *Proceedings of the American Philosophical Society*, 76, 1936, 181 y sigs.

la predicción (fuentes del derecho). La probabilidad es alta y la regla posee un correspondiente alto grado de vigencia, si la predicción se basa en una doctrina bien establecida apoyada en una serie continua de precedentes no discutidos; o si se basa en una prescripción legislativa cuya interpretación ha sido establecida en una práctica larga y coherente. Por otro lado, la probabilidad es baja y la regla tiene un correspondiente bajo grado de vigencia, si la predicción se basa en un precedente único y dudoso o aun en "principios" o "la razón". Entre estos dos extremos se extiende una escala de variaciones intermedias. En consecuencia, es engañoso tratar a las diversas fuentes del derecho como si poseyeran el mismo *status*. Un examen honesto del problema exige una clasificación graduada que distinga aquellas áreas en las que podemos expresar con gran probabilidad una opinión acerca de lo que es derecho vigente de aquellas otras en las que nuestros puntos de vista equivalen a una simple conjetura.

El análisis precedente ha tratado de interpretar el contenido real de proposiciones que tienen el carácter de aserciones de que una cierta regla es derecho vigente.

Otro problema es el de determinar en qué medida la ciencia del derecho, tal como se presenta en las exposiciones corrientes de los órdenes jurídicos nacionales, consiste realmente en aserciones de ese tipo. Es el problema de determinar en qué medida la ciencia del derecho es conocimiento del derecho vigente, en el sentido definido en el análisis precedente.

Sin duda, la intención de los autores jurídicos es exponer el derecho tal como es. Pero muy pocos limitan su intención a esto. En los casos en que el estado del derecho no está determinado con un alto grado de certeza sino que es susceptible de nuevos desarrollos en el futuro, la mayor parte de los juristas no se conforman con calcular qué resultados parecen ser los más probables, sino que tratan de influir en los resultados influyendo sobre el juez. Apelando a la conciencia jurídica y a consideraciones prácticas, los autores tratan de establecer una cierta interpretación del derecho en la esperanza de que sus pronunciamientos influirán sobre las decisiones jurídicas futuras. En esta medida, en consecuencia, sus expresiones no son aserciones sino directivas (parágrafo II), que toman la forma de consejos, exhortaciones y recomendaciones al juez acerca de cómo debe decidir éste el caso en examen. Son directivas de *sententia ferenda*.

De tal modo, el contenido típico de los trabajos doctrinarios puede ser catalogado de la manera siguiente:

① Aserciones cognoscitivas referentes al derecho vigente, dotadas de un mayor o menor grado de probabilidad.



2) Directivas no cognoscitivas.

3) Aserciones cognoscitivas referentes a hechos históricos, económicos y sociales y a circunstancias que operan como argumentos para 1) o para 2).

El papel relativo de 1) + 3) y de 2) + 3), respectivamente, esto es, del contenido cognoscitivo-jurídico y político-jurídico de la doctrina, variará de acuerdo con el propósito práctico de la exposición y con la personalidad del autor. Mi impresión es que, por lo menos en los países escandinavos, la mayoría de los juristas consideran el aspecto político de la doctrina, las directivas *de sententia ferenda* (que no deben ser confundidas con las directivas *de lege ferenda*) como la parte más esencial de su trabajo. Su interés principal es práctico, no teórico. Ellos se consideran políticos (en el más amplio sentido) antes que teóricos; aunque naturalmente es cierto que su política se basa en observaciones científicas, representadas en la categoría 3) del esquema precedente.

En los par. LXXIII y LXXIX aludiré al debate programático sobre si la doctrina debe abstenerse de emitir directivas, o si, de todos modos, debe hacerse cargo de sus valoraciones prácticas y de los presupuestos que están en la base de las mismas. Aquí, sin embargo, examinaré la dificultad de trazar una línea divisoria nítida entre pronunciamientos que corresponde a la esfera de la teoría jurídica y a la de la política jurídica. Ella tiene su origen en una peculiaridad que caracteriza a todas las ciencias sociales, a diferencia de las ciencias naturales.

Si un astrónomo predice un eclipse de Sol, esta predicción no ejerce influencia sobre los sucesos astronómicos mencionados por ella. El fenómeno mental que constituye la predicción y la creencia en su verdad no tienen conexión causal con los movimientos del Sol y de la Luna. La predicción es verdadera o falsa, según que el eclipse tenga lugar o no.

En 1950 se predijo que en junio de ese año los comunistas marcharían sobre Berlín occidental. Es posible que esta predicción fuera verdadera en el sentido de que se había decidido realizar una marcha de ese tipo. Podemos razonablemente suponer que la marcha habría tenido lugar si la predicción no hubiera originado contramedidas de parte de las potencias occidentales que tuvieron como resultado que la predicción, que era "efectivamente" verdadera, se falsificara a sí misma. Inversamente, es posible imaginar que un economista prediga un aumento de los precios en circunstancias que no abonan esta creencia, y que la predicción, por lo tanto, deba ser clasificada de falsa. Pero el mero hecho de que se conozca que se ha formulado una predicción de esta naturaleza podría provocar un alza de precios, pues los consumidores tratarían de precaverse

contra una contingencia tal, y de ese modo la predicción falsa se volvería verdadera.<sup>15</sup>

Es obvio que estas circunstancias peculiares tienen origen en el hecho de que la predicción, su anuncio y la confianza que le dispensan otras personas, constituyen en sí mismos una parte de la entidad social a la que la predicción se refiere. La vida de la comunidad no puede ser estudiada con la misma objetividad que los movimientos de los planetas o que un paisaje visto desde el aire.

Esto significa que la "historia", el curso de la vida social, es en principio indeterminada. En el mejor de los casos solo podemos predecir tendencias probables. Pero toda predicción de una tendencia es al mismo tiempo un factor que en sí mismo contribuye a estimular esta tendencia o a neutralizarla, y es así un factor político. Esto significa a su vez que en las ciencias sociales es fundamentalmente imposible establecer una distinción nítida entre la teoría y la intervención política.<sup>16</sup>

En consecuencia, no podemos trazar una línea divisoria tajante entre los enunciados cognoscitivos referentes al derecho vigente y la actividad político-jurídica.

En primer lugar, resulta claro que es difícil trazar esta línea divisoria incluso respecto de la intención de quien formula el enunciado. En aquellos problemas jurídicos en que solo con un escaso grado de probabilidad es posible predecir la reacción de los tribunales, el jurista puede adoptar una de dos actitudes. O se identifica con los tribunales, tratando de conjeturar las valoraciones que pueden guiar a éstos y calcular la solución más probable. O sigue sus propias valoraciones para hallar la solución a la que él arribaría si estuviera en el lugar del juez. En el primer caso su actitud es cognoscitiva y su enunciado es (teórico), aun cuando el valor de probabilidad del mismo sea bajo. En el segundo caso su actitud es política, y su enunciado es una directiva destinada a influir sobre el juez respecto de lo que debe ser derecho vigente. En la práctica, sin embargo, esta diferencia de actitud a menudo no es consciente, porque el jurista —con acierto o erróneamente— identifica sus pro-

<sup>15</sup> Después de escribir esto conocí el libro de R. K. MERTON, *Social Theory and Social Structure* (2ª ed., 1951), en el que se acuñan las expresiones "predicciones que se auto-confirman" y "predicciones que se auto-destruyen" (págs. 179 y sigs.). Véase también ERNST TOPFERSCH, "Sozialtheorie und Gesellschaftsgestaltung", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XLII, 1956, 171 y sigs., 187.

<sup>16</sup> Es bien sabido que en la física nuclear no es posible separar en forma tajante la observación física y la intervención en lo observado. Pero esta circunstancia y sus consecuencias son fundamentalmente distintas de las que se dan en las ciencias sociales. En la física nuclear la observación misma influye sobre el objeto; en las ciencias sociales el conocimiento adquirido mediante la observación y el anuncio de este conocimiento producen el efecto.

pias valoraciones con las del tribunal. Con frecuencia el jurista no advierte siquiera el carácter condicional y problemático de estas presuposiciones; no las atribuye a sí mismo ni a los tribunales, sino que se maneja con ellas como algo que debe darse por sentado, como una atmósfera cultural que rodea al propio jurista y a los jueces. En estas circunstancias el resultado práctico es el mismo, sea la actitud teórica o política. La interpretación que acepta el jurista, si se ve forzado a decidir, está determinada por su temperamento. Algunos juristas dan prioridad a las consideraciones políticas; ellos se sienten intérpretes de una ideología y reconocen, en consecuencia, que su actividad no es cognoscitiva, salvo en lo que respecta a la investigación de los hechos y circunstancias que constituyen las premisas de su apreciación. Para otros el factor teórico es el predominante; ellos ven en sus interpretaciones valorativas la parte más cuestionable del cálculo acerca de lo que es derecho vigente. A falta de indicios más ciertos suponen que su interpretación valorativa representa la conjetura más probable sobre la forma como reaccionarán de hecho los tribunales.

En segundo lugar —y ésta es la dificultad central, la paradoja propia de todas las ciencias sociales— tenemos que considerar también que aunque la intervención sea puramente teórica y solo apunte a predecir qué regla será la que con mayor probabilidad aceptarán los tribunales, la interpretación, al igual que las otras predicciones científicas sociales, es en sí misma un factor político-jurídico. Los argumentos que apoyan la interpretación que hipotéticamente harán los tribunales, aun cuando la hipótesis haya sido originariamente falsa, pueden llegar a ejercer una influencia sobre aquéllos y, de esa manera, la hipótesis puede transformarse en verdadera.

Conclusión: las aserciones referentes al derecho vigente son, de acuerdo con su contenido real, una predicción de acontecimientos sociales futuros. Estos están fundamentalmente indeterminados y no es posible formular a su respecto predicciones exentas de ambigüedad. Toda predicción es al mismo tiempo un factor real que puede influir sobre el curso de los acontecimientos y es, en esa medida, un acto político. Fundamentalmente, en consecuencia, la ciencia del derecho no puede ser separada de la política jurídica.

Sería un error, empero, entender que este enunciado puede servir como excusa metodológica para justificar cualquier mezcla de teoría y política. Lo decisivo para el buen método jurídico no es tanto que la interpretación sea ofrecida como consejo subjetivo o como aserción objetiva. Lo que interesa es que el jurista formule sus interpretaciones en el entendimiento de que ellas no pueden ser enunciadas como derecho vigente con la misma certeza que cuando están de por medio reglas firmemente establecidas; y que el grado de certeza es en muchos casos tan pequeño que sería más natural

no hablar de derecho vigente, sino simplemente de consejos y sugerencias para los jueces. El jurista no debiera tratar de engañarse a sí mismo o de engañar a los demás pasando por alto que hay diferentes grados de certeza.

Se puede objetar que la precedente interpretación de "derecho vigente", que subordina la teoría a la práctica, excluye la posibilidad de criticar una decisión jurídica como equivocada y, por lo tanto, contraría ideas corrientes. En virtud de ello dicha interpretación no tendría el carácter de una adecuada elaboración del concepto "derecho vigente" con el significado que de hecho se le asigna en el pensamiento jurídico.

Esta objeción reposa en un malentendido. Las ideas desarrolladas aquí no impiden que se califique a una decisión de equivocada. Una decisión es equivocada, esto es, no está de acuerdo con el derecho vigente, si después de haber tomado todo en cuenta, inclusive la decisión misma y las críticas que ella puede provocar, resulta que lo más probable es que en el futuro los tribunales se aparten de esa decisión. En algunos casos es posible predecir esto con un alto grado de certeza; por ejemplo, si es obvio que el tribunal ha aplicado por error una ley derogada.

El origen de este malentendido está, evidentemente, en el error, que criticamos en este mismo párrafo, de considerar que la cuestión de la vigencia de una regla queda resuelta cuando se ha dictado una decisión que verifica a ésta. El problema de qué es derecho vigente nunca se refiere a la historia pasada, sino siempre al futuro.

En principio, la situación no cambia aun cuando la decisión equivocada sea seguida por una o más decisiones en el mismo sentido. Pero va de suyo que cuantas más decisiones haya, particularmente si emanan del tribunal supremo, menos fundamentos habrá para afirmar que no es probable que los tribunales sigan esa línea en el futuro.

En presencia de una práctica establecida de los tribunales la teoría tiene que capitular, como tiene que capitular en el caso de un nuevo derecho legislado. Los autores que insisten en llamar a una regla "derecho vigente" no obstante admitir que en la práctica se sigue "equivocadamente" una regla distinta, no hacen otra cosa que jugar con palabras vacías.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Sobre este punto véase ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, cap. III, 3 y 4, donde se alude a la escuela exegética francesa de mediados del siglo pasado. Ancel escribe en 1934 (*Journal of the Society of Comparative Legislation*, Febrero 1934, 1): "Los autores tienen la costumbre de dar sus propias interpretaciones del derecho, que a veces son contrarias a las soluciones de los tribunales, pero que aquéllos consideran, sin embargo, como la única expresión real del derecho francés. En muchos puntos importantes... existe una doctrina de los tribunales y una doc-

X VERIFICACIÓN DE PROPOSICIONES JURÍDICAS  
REFERENTES A NORMAS DE COMPETENCIA

Las normas de competencia son normas de conducta indirectamente formuladas. Por lo tanto, su verificación puede ser explicada, en principio, según las mismas líneas que indicamos para las normas de conducta en el apartado precedente. Así, por ejemplo, el contenido real del enunciado que dice que las reglas constitucionales referentes al poder legislativo son derecho vigente, es una predicación de que las normas de conducta creadas por la legislatura de acuerdo con la Constitución, serán aplicadas por los tribunales. Esta interpretación, sin embargo, solo es posible bajo ciertas condiciones.

Es posible, si las normas de competencia tienen como efecto la anulabilidad. Esto significa que los tribunales deben aplicar solo las reglas de conducta creadas de acuerdo con las condiciones establecidas en las normas de competencia. Si no se han cumplido dichas condiciones, los tribunales deben dejar a un lado esas normas de conducta, por nulas. No es éste el lugar para discutir en qué medida las normas de competencia producen el efecto aludido. Solo señalaremos que esto es lo que comúnmente ocurre en el caso de las normas que regulan la competencia de los particulares y de la administración, mientras que varios órdenes jurídicos resuelven la cuestión de otra manera cuando se trata de las normas que regulan la competencia del poder legislativo. En algunos países los tribunales tienen el poder de revisar la validez de las leyes.

La interpretación es posible también, aunque no se contemple la anulabilidad, si las normas de competencia tienen como efecto la responsabilidad. Esto significa que los tribunales —quizás un tribunal especial— deben ordenar sanciones contra el responsable por el exceso en la competencia. Tal es el caso cuando se ha instituido un procedimiento especial para hacer efectiva la responsabilidad de un ministro por transgresión a reglas constitucionales.

Si una norma de competencia no tiene ninguno de estos efectos, no puede ser interpretada como norma de conducta indirectamente formulada dirigida a los tribunales. Tal puede ser el caso respecto de algunas pocas reglas constitucionales, por ejemplo, la de la cons-

"trina de los autores. De tal suerte es posible encontrar en Francia un "derecho que está impreso en los libros y es enseñado en las universidades, y que sin embargo difiere mucho, e incluso llega a ir en contra del "derecho que se aplica en los tribunales. Hoy en día los autores no se limitan a enunciar su propia opinión, sino que traen la de la jurisprudencia, pero no obstante ello, dan prioridad a sus soluciones como las "únicas soluciones jurídicas" (Citado por C. K. ALLEN, *Law in the Making* 4<sup>o</sup> ed., 1946, 167-68).

titución danesa que exige que toda ley sea leída tres veces en el Parlamento. La consecuencia es que tales reglas no pueden ser consideradas como "derecho vigente" en el sentido en que hemos definido esta expresión porque ellas no pueden en modo alguno ser interpretadas como que encierran directivas a los tribunales para el ejercicio de la fuerza. Si, con todo, tales reglas imperfectas son habitualmente consideradas como parte del orden jurídico, es porque ellas poseen la misma fuerza moral-ideológica que las reglas del derecho vigente (par. XI). La cuestión es puramente terminológica y tiene poca importancia.

XI DERECHO - FUERZA - VALIDEZ

Lo que antecede está basado en el entendimiento de que un orden jurídico nacional es un cuerpo de reglas concernientes al ejercicio de la fuerza física. Según un criterio muy difundido, la relación entre el derecho y la fuerza se define de otro modo: el derecho, de acuerdo con este punto de vista, está constituido por reglas que están respaldadas por la fuerza.

Para fundar este punto de vista se toman en cuenta aquellas normas que en el párrafo VII llamamos normas de conducta derivadas o normas en sentido figurado, tales como, por ejemplo, la sección 62 de la Ley de Instrumentos Negociables, entendida según su contenido directo como una directiva para el aceptante de una letra de cambio. De ellas puede razonablemente decirse que están respaldadas por la fuerza: si el aceptante no paga el día del vencimiento, corre el riesgo de juicio, sentencia y ejecución.

Esta interpretación de las normas jurídicas, empero, no es admisible, pues se apoya en presuposiciones falsas y conduce a conclusiones inaceptables.

Se apoya en la presuposición de que, en el caso, v. gr., de la aludida sección 62, la directiva al aceptante de una letra de cambio y la directiva al juez para que aplique esa regla por la fuerza son cosas distintas y separadas. Pero no tenemos aquí dos normas diferentes, sino dos aspectos de la misma norma. Ella está dirigida al juez y condiciona la aplicación de la fuerza a la conducta del aceptante. Esto origina un efecto reflejo: crea un motivo para que el aceptante de la letra no observe una conducta que traerá aparejado el uso de la fuerza. En otras palabras, crea un motivo para que el aceptante pague.

La interpretación de que el derecho está constituido por reglas respaldadas por la fuerza no es admisible por otra razón: habría que excluir del dominio del derecho partes esenciales que se hallan conectadas en forma inseparable con las normas derivadas que tienen el respaldo de la fuerza.

En primer lugar, tal interpretación excluiría todas las normas de competencia, puesto que éstas no están respaldadas por la fuerza. El punto de vista que estamos criticando hace que siempre haya sido un problema saber cómo pueden considerarse derecho grandes áreas del derecho constitucional y administrativo que están compuestas por normas de esa índole. Razones de coherencia obligan a negar que tales áreas del derecho tengan carácter jurídico. Esto es absurdo, no tanto porque contradice concepciones corrientes, como porque dichas normas —en cuanto son normas de conducta indirectamente formuladas— se hallan en una indisoluble cohesión de significado con las normas de conducta directas. Y en segundo lugar, tal interpretación excluiría las propias normas para la aplicación del derecho, a saber, las normas secundarias que garantizan las normas primarias de conducta. No es posible evitar esta conclusión diciendo que estas normas secundarias están a su vez respaldadas por la fuerza mediante un conjunto de normas terciarias. En la mayor parte de los casos no habrá una realidad social que corresponda a esta interpretación; además, ella no hace sino posponer el problema, ya que no podemos seguir *ad infinitum* colocando norma tras norma.

Tenemos que insistir, por ende, en que la relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en el hecho de que ellas se refieren a la aplicación de ésta y no en el hecho de que están respaldadas por la fuerza.<sup>18</sup>

Estrechamente conectada con este problema está la cuestión sociológico-jurídica de los motivos que impulsan a los hombres a actuar de una manera lícita. El problema está fuera del propósito de este libro, pero lo tocaremos brevemente aquí.

Como sugeriremos con mayor detalle más adelante (par. LXXXIV y LXXXV) los motivos humanos pueden ser divididos en dos grupos principales: 1) impulsos fundados en necesidades, que surgen de un cierto mecanismo biológico y que son vividos (*experienced*) como "intereses"; y 2) impulsos inculcados en el individuo por el medio social, que son vividos (*experienced*) como un imperativo categórico que lo "obliga", sin referencia a sus "intereses" o incluso en conflicto directo con éstos. Los motivos del segundo grupo son, por ello, fácilmente interpretados en términos metafísicos como una revelación en la conciencia de una "validez" superior, la que, en tanto que "deber", es contrapuesta a la "naturaleza sensual del hombre" y a los intereses que surgen de ésta. Ahora bien, ¿qué papel desempeñan estas experiencias de motivos en la vida jurídica de la comunidad?

<sup>18</sup> He tomado este punto de vista de HANS KELSEN. Véase, por ejemplo, su *Allgemeine Staatslehre*, 1925, 17. KARL OLIVECRONA sostiene la misma tesis en *The Law as Fact*, 1939, 134 y sigs.

Referente a las normas jurídicas en sentido propio, esto es, aquellas dirigidas al juez y que funcionan como pautas para su decisión, tenemos que dar por sentado en forma definitiva que el juez está motivado primera y principalmente por impulsos desinteresados, por un puro sentimiento del deber y no por el temor a las sanciones jurídicas o por cualquier otro interés. Las sanciones jurídicas contra un juez por la forma como desempeña sus tareas solo son posibles en casos de agravios extremos a la justicia (soborno y supuestos análogos) y no desempeñan un papel efectivo en la práctica. El motivo que impulsa a los jueces a respetar las normas no se encuentra, por lo tanto, en la justicia retributiva. Respecto de los jueces de los tribunales superiores el interés en adquirir o conservar cierta reputación profesional y en hacer carrera puede desempeñar un papel, aunque no el decisivo. Si los tribunales son considerados en forma colectiva, con la Corte Suprema a la cabeza, no hay apelación posible contra las decisiones que de hecho adopten. Según mi modo de ver, es menester dar por sentado más allá de toda duda (aun cuando tenga que admitir que es difícil suministrar una prueba detallada de esto) que jamás sería posible edificar un orden jurídico eficaz si no existiera dentro de la magistratura un sentimiento vivo y desinteresado de respeto y obediencia hacia la ideología jurídica en vigor. Es menester asumir que las normas jurídicas en sentido propio son observadas tan "voluntariamente" como las normas del ajedrez.

La cuestión es más complicada si volvemos nuestra atención a las normas de conducta en sentido figurado, esto es, aquellas que pueden derivarse de las normas de conducta propiamente dichas, por ejemplo, la Sección 62 de la Ley Uniforme de Instrumentos Negociables según su contenido directo. La conciencia de que el comportamiento contrario a tales normas de conducta trae aparejado el riesgo de juicio, sentencia y ejecución, crea indudablemente un poderoso motivo para actuar de manera lícita. Esto está claramente confirmado por el incremento de los delitos en circunstancias excepcionales, cuando la policía y los tribunales no funcionan normalmente.<sup>19</sup> Pero ésta no es la única razón. La mayor parte de las personas obedecen el derecho no solo por temor a la policía y a las sanciones sociales extrajurídicas (pérdida de la reputación, de la confianza, etc.), sino también por respeto desinteresado al derecho. También el ciudadano ordinario está animado, en mayor o menor grado, de una actitud de respeto al derecho, a la luz de la cual los gobernantes aparecen como "poderes legítimos" o "autoridades", las exigencias del derecho se hacen acreedoras al respeto, y la fuerza ejercida en nombre del derecho no es considerada como

<sup>19</sup> Así ocurrió en Dinamarca durante siete meses bajo la ocupación alemana.

mera violencia, sino que resulta justificada como respaldo de aquél. Cuando las reglas de derecho están firmemente establecidas, esta actitud se hace automática, de modo tal que no surgen impulsos de violar dichas normas. Podemos presumir que solo muy pocas personas han tenido que reprimir alguna vez el deseo de cometer un homicidio.<sup>20</sup>

Este componente de motivación desinteresada, de naturaleza ideológica, a menudo es descripto como conciencia moral producida por la observancia tradicional del orden jurídico. La ambigüedad de la palabra "moral" (par. XII) puede causar malentendidos. Es verdad que la actitud que consideramos puede ser de una genuina desaprobación del acto ilícito, pero ello no es esencial. Por lo común esa actitud es más bien de carácter formal; va dirigida a las instituciones e importa el reconocimiento de su "validez" como tal, independientemente de que las exigencias en las cuales ellas se manifiestan puedan ser aprobadas como "moralmente correctas" o "justas". El derecho es el derecho y debe ser observado, dice la gente, y aplica esta máxima aun en aquellos casos en que las exigencias del derecho están en conflicto con las ideas de justicia aceptadas. Para distinguir esta actitud de la actitud "moral" genuina la llamaremos conciencia jurídica "formal" o "institucional", mientras que a la última la llamaremos conciencia jurídica "material" o "moral".

Naturalmente, hay un límite para la escisión posible entre las dos actitudes de la conciencia jurídica. Cuando este límite ha sido alcanzado, el respeto hacia el gobierno y el derecho queda sustituido por una conciencia revolucionaria. Un cálculo estratégico de las posibilidades de éxito determinará que esa conciencia de rebelión fuerce las cosas y llegue al conflicto franco. Si el tiempo para la revolución no está todavía maduro, la tarea táctica consiste en socavar el orden social existente mediante la obstrucción y la propaganda.

Las personas sometidas a un régimen efectivo de fuerza no siempre lo viven (*experience*) como válido. En los casos en que un régimen efectivo existente no recibe aprobación ideológica en la conciencia jurídica formal de los súbditos, sino que es obedecido únicamente por temor, éstos no lo viven (*experience*) como "un orden jurídico", sino como un dictado de la fuerza o de la violencia. El gobernante no es entonces "autoridad" o "poder legítimo", sino un perpetrador de violencia, un tirano, un dictador. Esto se aplica, por ejemplo, a la población de un país ocupado y a su actitud frente al régimen de fuerza que se apoya únicamente en el po-

<sup>20</sup> Para un examen detallado de la función motivadora ideológica del derecho, véase OLIVECRONA, *op. cit.*, 150 y sigs.

derío militar, o a las minorías permanentes (nacionales, religiosas, raciales), hostiles a la mayoría gobernante.<sup>21</sup>

Estas reacciones emocionales son las experiencias que dan a la palabra inglesa *law* (y aún más a la palabra alemana *Recht* y a la palabra francesa *droit*) el tono emocional que hace de la misma un "título de honor" (par. VII); y ellas son la fuente de la noción metafísica de "validez" como una cualidad moral-espiritual atribuida a un "orden jurídico", en contraposición a un "régimen de violencia". Desde un punto de vista cognoscitivo-descriptivo, y tal tiene que ser el punto de vista de la filosofía del derecho como actividad teórica, es imposible, sin embargo, distinguir entre un "orden jurídico" y un "régimen de violencia", por cuanto la cualidad de validez que serviría para caracterizar al derecho no es una cualidad objetiva del orden mismo, sino solo una expresión de la manera en la que éste es vivido (*experienced*) por un individuo. El mismo orden, en consecuencia, puede ser un "orden jurídico" para una persona y un "régimen de violencia" para otra. Sería posible, por supuesto, limitar el concepto del derecho mediante una caracterización psicológica social objetiva, de manera tal que solo llamaríamos "jurídico" a un orden si recibiera aprobación ideológica de la mayoría de las personas sometidas al mismo. Sin embargo, no veo ventajas en esto; de hecho, es una desventaja ligar el concepto a un criterio difícil de manejar en la práctica. Además, reciba o no aprobación, el orden es un hecho que requiere descripción y que puede ser descripto exactamente de la misma manera que un "orden jurídico", esto es, como normas relativas al ejercicio de la fuerza. Como señalamos en el parágrafo VII, tal terminología descriptiva carece de consecuencias morales.

El temor y el respeto, los dos motivos que caracterizan la experiencia del derecho, están recíprocamente relacionados.<sup>22</sup>

La fuerza ejercida por la policía y por las autoridades ejecutivas no está basada únicamente en factores físicos, tales como el número de hombres de que disponen, su adiestramiento, las armas que poseen, etc., sino también en factores ideológicos. Si todos los particulares entraran en una conspiración, serían sin duda más fuertes que la policía. Pero esto no ocurre. El buen ciudadano, el que acata la ley, respeta a la policía. El poder de la policía se basa en su mayor parte, en este respeto, y también en el sentimiento que la propia policía tiene de que está ejerciendo su autoridad "en nombre de la ley". Para generalizar, podemos decir que los medios físicos de compulsión tienen que ser operados siempre por seres

<sup>21</sup> Respecto de las minorías permanentes, véase ALF. ROSS, *Why Democracy?*, 1952, págs. 191-192.

<sup>22</sup> La idea es desarrollada con mayor detalle en mi libro *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946 cap. IV, 3.



humanos. El control de los medios de compulsión depende, por lo tanto, del poder o dominio sobre los seres humanos que operan esos medios. Este dominio, a su vez, puede estar parcialmente —pero nunca totalmente— basado en la fuerza. En último grado tiene que haber normas para el ejercicio de las fuerzas que a su vez no están respaldadas por la fuerza, sino que son obedecidas por virtud de un respeto exento de temor. Un hombre fuerte, mediante el mero uso de la fuerza física, puede dominar a un puñado de otros hombres. En las sociedades de algún tamaño que presuponen un aparato de poder organizado, manejado por otros seres humanos, esto no es posible. Ningún Hitler puede aterrorizar a una población sin que, por lo menos dentro del grupo que maneja el aparato de fuerza, la obediencia sea en alguna medida voluntaria. En último análisis, todo poder tiene un fundamento ideológico.<sup>23</sup>

El poder compulsivo del derecho está así en función de su "validez". Inversamente, la última está también en función de la fuerza efectivamente ejercida. Puesto que la obediencia es fortalecida por la costumbre, todo orden que de hecho se mantiene, incluso el que se apoya principalmente en la mera fuerza, tiende a transformarse en un orden ideológicamente aprobado. Éste es el fenómeno que ha descrito el filósofo del derecho alemán Georg Jellinek como "la fuerza normativa de lo existente". Todo poder soberano *de jure* tiene como antecesor un poder soberano *de facto*, próximo o remoto. "El tiempo, que todo lo remedia", como expresa la frase popular, también cumple su obra en esta esfera.

El temor y el respeto por un lado, la fuerza y la "validez" por otro, se condicionan recíprocamente, y esto vale tanto para un análisis estático de la vida jurídica en un determinado momento, como para una descripción histórica evolucionista. Ninguno de los dos factores precede al otro.

Estas observaciones están dirigidas a arrojar nueva luz sobre el viejo problema de la relación entre el derecho y el poder, que ha dado lugar a muchas especulaciones metafísicas. Según el punto de vista metafísico tradicional, el derecho y el poder están opuestos en forma diametral. El derecho es lo idealmente válido, un sistema de normas obligatorias, y la soberanía es la capacidad para crear derecho y para obligar a otros. El poder es un hecho social, es dominio sobre hom-

<sup>23</sup> En el mismo sentido, R. M. MAC IVER, *The Web of Government*, 1957, 18: "La fuerza no puede por sí sola mantener a un grupo unido. Un grupo puede dominar por la fuerza al resto de la comunidad, pero el grupo inicial, sometido ya al gobierno antes de que pueda dominar, no está aglutinado por la fuerza. Los conquistadores pueden imponer coactivamente su voluntad a los conquistados, pero los conquistadores mismos estuvieron inicialmente unidos por algo distinto de la fuerza... En todo gobierno constituido algún tipo de autoridad se encuentra por detrás de la fuerza".

bres, consiste en la capacidad para motivarlos a actuar de acuerdo con la voluntad de aquel que ejerce el poder. Sobre esta base es posible desarrollar una interminable dialéctica sobre la relación entre el derecho y el poder. Para su realización el derecho necesita que "detrás" esté el poder. Pero ¿cómo puede ocurrir esto sin que el derecho capitule ante el poder? ¿Cómo puede el poder crear el derecho? ¿Es que éste se rinde ante la espada?

Un punto de vista realista no ve el derecho y el poder como cosas opuestas. Si por poder social entendemos la posibilidad de dirigir las acciones de otros hombres, entonces el derecho es un instrumento de poder, y la relación entre los que deciden qué ha de ser derecho y aquellos que están sometidos al mismo, es una relación de poder. El poder no es algo que se encuentra "detrás" del derecho, sino algo que funciona por medio del derecho. El problema que en términos metafísicos es formulado como una pregunta sobre las relaciones externas entre el derecho y la fuerza, es en realidad una cuestión concerniente a la relación entre el temor y el respeto como motivos que integran las relaciones de poder político-jurídicas. En síntesis, la cuestión que acabamos de examinar.

De acuerdo con los medios y la técnica empleados en el ejercicio del poder es posible distinguir varias formas típicas de éste. Por ejemplo, el poder de la violencia, el poder económico, el poder espiritual y el poder de la personalidad.<sup>24</sup> El poder político o poder del Estado es aquel que es ejercido mediante la técnica del derecho o, en otras palabras, mediante el aparato del Estado, que es un aparato para el ejercicio de la fuerza.

Pero la función de este aparato está condicionada, como hemos visto, por factores ideológicos, a saber, la conciencia jurídica formal. El poder de aquellos que controlan el aparato del Estado está supeditado al hecho de que ellos ocupan las posiciones claves que, según la Constitución, otorgan competencia jurídica para ejercer dicho poder. Todo poder político es competencia jurídica. No existe un poder "desnudo", independiente del derecho y de su fundamento.

No es necesario, por supuesto, que la base ideológica de un régimen político comprenda a la totalidad de los súbditos. Nuestra generación ha tenido la trágica experiencia de que es posible que un grupo relativamente pequeño, animado por una conciencia revolucionaria, se adueñe del aparato del Estado, cambie el personal y ejerza un dominio que la mayor parte de la población considere como un régimen de violencia y terror.

<sup>24</sup> BERTRAND RUSSELL, *Power*, 1938.

## XII DERECHO, MORAL Y OTROS FENÓMENOS NORMATIVOS

En el par. VII sostuvimos que si el problema es considerado científicamente, es decir, si a la palabra "derecho" se la libera de su carga emocional, carece entonces de interés particular la forma como se define el concepto "derecho" u "orden jurídico". En sí mismo no tiene importancia que la designación "orden jurídico" se aplique o no a ciertos sistemas individuales de normas. Los sistemas no ganan ni pierden nada con ser llamados "jurídicos". El único punto importante es tener conciencia de las similitudes y diferencias existentes.

Teniendo en cuenta estas ideas, prefiero reservar la expresión "orden jurídico" para sistemas normativos que tengan las mismas características esenciales de un orden jurídico nacional moderno bien desarrollado, sin ligar, empero, ningún criterio ideológico a la expresión. Esto es, sin acordar relevancia al hecho de que tal orden sea vivido (*experienced*) como un "orden válido" o como un "régimen de violencia".

El concepto "derecho" u "orden jurídico", de acuerdo con esto, puede ser caracterizado por dos notas.

En primer lugar, el derecho consiste en reglas concernientes al ejercicio de la fuerza. Considerada en relación con las normas jurídicas derivadas o normas jurídicas en sentido figurado, la fuerza aparece como una sanción, esto es, como una presión para provocar la conducta deseada. Por lo tanto, cuando en los párrafos siguientes se expresa que las normas de derecho están sancionadas por la fuerza, y otras normas por otros medios, debe entenderse que se trata de una manera conveniente de hablar, aunque no sea del todo correcta.

En segundo lugar, el derecho consiste no solo en normas de conducta, sino también en normas de competencia. Estas últimas establecen un conjunto de autoridades públicas para aprobar normas de conducta y ejercer la fuerza de conformidad con ellas. El derecho tiene, por ello, lo que puede denominarse carácter institucional. Funciona a través de una maquinaria jurídica para los fines de la legislación, jurisdicción y ejecución, y aparece, por lo tanto, a los ojos del individuo, como algo objetivo y exterior. Es la expresión de una comunidad supraindividual, un orden social, arraigado en la conciencia jurídica formal.

Los otros fenómenos normativos pueden ser clasificados según sus correspondientes características relativas a estas dos notas. Ellos difieren, en parte, según el carácter de la sanción, y en parte según tengan o no carácter institucional.

a) Existen fenómenos normativos que exhiben una estructura institucional semejante a la del derecho, pero que están basados en sanciones distintas de la fuerza física.

1) Las asociaciones y organizaciones privadas de diverso tipo están a menudo basadas en un sistema de reglas que tienen un carácter institucional semejante al del derecho. Estas reglas son habitualmente calificadas de constitución o ley de la asociación (estatutos, reglamentos internos). La asociación puede tener órganos legislativos y también órganos ejecutivos y judiciales. Estas agrupaciones se diferencian del derecho, tal como hemos definido esta palabra, esto es, como sinónimo de "orden normativo del Estado moderno", en que la sanción no consiste en fuerza física. El monopolio de ésta se encuentra en manos del Estado. Una asociación puede muy bien imponer a sus miembros sanciones disciplinarias de diversa clase, pero nunca puede ejecutarlas mediante el uso de la fuerza. La sanción más grave es la de expulsión, y las otras se derivan de ella. Puede ocurrir que sea posible ejecutar una pena de multa en la forma ordinaria tras la sentencia de un tribunal. Pero en tal supuesto la ejecución tiene lugar porque el derecho ha reconocido o incorporado el "derecho" de la asociación.

Hay reglas de juego de diverso tipo que tienen una estrecha semejanza con las reglas de las asociaciones. Un juego puede ser considerado como una asociación temporaria de dos o más personas con el objeto de distraerse jugando según ciertas reglas. Tiene lugar una legislación rudimentaria en la medida en que los jugadores están de acuerdo o se ponen de acuerdo acerca de las reglas a seguir. Con frecuencia hay también un juez (*umpire*, *referee*) que puede imponer penas. Aquí también la sanción más grave es la expulsión; esto es, el juez detiene el juego y hace salir al transgresor.

2) También el derecho internacional tiene carácter institucional. Hay métodos institucionales de procedimientos tanto para la adopción de normas generales como para la decisión jurídica de controversias. Por otra parte, el derecho internacional, como el derecho de las asociaciones, carece de reglas institucionales para la aplicación de sanciones mediante la fuerza física. En la comunidad de los estados, por supuesto, no hay monopolio de la fuerza. Si la parte perdedora no acata una decisión en el campo del derecho internacional, no hay más sanción que la desaprobación pública por su actitud.

b) En todas las comunidades existe una tradición viviente de cultura que halla expresión en ideas más o menos uniformes sobre la conducta que corresponde seguir en una situación dada. Como

veremos más tarde con mayor detalle (par. LXXXV), estas ideas son inculcadas en el individuo durante su etapa de crecimiento a través de la presión del medio ambiente social. Desde la infancia el niño está expuesto a un bombardeo de impresiones que moldean su actitud. Aprende cómo comer y beber, cómo hablar, a higienizarse, a decir "¿cómo está usted?", a dar la mano, a no mentir y a no decir malas palabras, a ser trabajador y a cumplir la palabra empeñada. Y así el niño crece, por decir así, dentro de un vasto conjunto de reglas de vida que absorbe gradualmente y que se manifiestan como actitudes automáticas que, en situaciones dadas, llevan el sello de validez. Estas reglas son vividas (*sensed*) como reglas morales cuando entran en conflicto con los deseos del individuo. Si no hay conflicto ellas son vividas (*experienced*) como convencionales, por ejemplo, las reglas de la urbanidad, del vestir, etcétera.

Aunque estas reglas tienen un origen social y por ello son más o menos uniformes entre los pueblos que tienen el mismo "clima" social, ellas constituyen, sin embargo, fenómenos individuales. Tales reglas no se encuentran ligadas a normas de competencia que instituyen autoridades comunes facultadas para determinar y establecer normas generales y para autorizar sanciones por cuenta de la comunidad. En el dominio de la moral o de los usos convencionales no hay legislador ni juez. Cada individuo decide por sí mismo lo que considera moral o propio. Del mismo modo, la desaprobación, que es la sanción para las transgresiones a la moral, y a los usos convencionales<sup>25</sup> procede de cada individuo y no de una autoridad común. De tal manera, no hay moral o usos convencionales con "vigencia nacional", sino únicamente actitudes individuales más o menos paralelas, algunas de las cuales pueden ser caracterizadas como "predominantes" o "típicas" en un medio social determinado. Cuando la palabra "moral" es usada para designar aquellas normas de conducta que son aprobadas por el individuo en su conciencia, no es posible hablar de "la moral" como fenómeno objetivo de la misma forma en que es posible hablar de "el derecho". Cuando en el uso corriente del lenguaje se habla de "la moral" como si fuera un sistema objetivo de normas análogo a "el derecho", se paga tributo a una interpretación metafísica de la conciencia en tanto que revelación de principios *a priori*, auto-evidentes, de la razón.

En el derecho, el temor de la sanción y el sentimiento de hallarse obligado por lo que es válido, operan de consuno como motivos integrantes de la misma acción; en la moral y en los usos conven-

<sup>25</sup> La exclusión de los círculos sociales refinados, el ridículo y reacciones similares, son también calificadas expresiones de desaprobación y no están destinadas a ser instrumentos de presión.

cionales, en cambio, los motivos correspondientes toman parte cada uno según su manera y en forma independiente el uno del otro. El motivo interesado, el temor de la sanción, impulsa a una persona a actuar de manera de no merecer la desaprobación de los demás. El motivo desinteresado, el sentimiento de un impulso interno hacia lo que es "correcto", la lleva a actuar de tal manera que ella misma apruebe su acción.

Esta motivación doble se evidencia en forma particularmente clara en la moral, donde puede fácilmente ocurrir que el juicio moral de una persona difiera del de otras, y que su conciencia, por lo tanto, la induzca a actuar de un modo que sabe que será desaprobado por el criterio predominante en su medio. Se ve con menos claridad en los usos convencionales, toda vez que las divergencias individuales tienen aquí menos importancia. Sin embargo, la situación tiene que ser fundamentalmente la misma. La reacción frente a una trasgresión a un uso convencional emana de cada individuo aislado y debemos presumir, por lo tanto, que cada individuo tiene una actitud inmediata personal acerca de lo que es propio o adecuado.

Los fenómenos normativos mencionados<sup>26</sup> pueden ser mostrados en forma de cuadro como sigue:

	Sanción		
	fuerza física	expulsión	desaprobación
fenómeno institucional	derecho	régimen de las asociaciones	derecho internacional
fenómeno individual	p. a.: reglas de la venganza privada. No existen en el estado moderno que tiene el monopolio de la fuerza.	moral usos convencionales	

La palabra "moral" es con frecuencia usada en un sentido más amplio que el indicado aquí. Hay una tendencia a llamar moral a todos los impulsos desinteresados que son vividos (*experienced*) con el sello de "validez" o "sentimiento de hallarse obligado". En este sentido de "moral" la conciencia jurídica formal tiene carácter moral, y los fenómenos morales son parte esencial de los

<sup>26</sup> El cuadro no pretende ser exhaustivo.

## SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA

fenómenos jurídicos.<sup>27</sup> La realidad es un tanto más complicada que lo que sugiere el cuadro. La fuerza, reacción jurídica, tiene al mismo tiempo, normalmente, el carácter de desaprobación pública, pues es signo de que la conducta que origina la reacción es socialmente indeseable. Dicha conducta es calificada así de "transgresión" y la conducta contraria de "deber". Pero la reacción no siempre tiene este carácter. Es menester trazar una distinción entre sanciones aleccionadoras (*reprimanding*) y no aleccionadoras (*non-reprimanding*). Sin esta distinción, que se basa en la función ideológico-moral de la sanción, no sería posible comprender la diferencia entre responsabilidad por culpa (en sentido lato) y responsabilidad objetiva, o la diferencia entre las sanciones penales, por una parte, y las regulaciones para la seguridad de la comunidad y las normas fiscales, por la otra.<sup>28</sup>

El problema de la relación entre el derecho y la moral no puede ser planteado como si se tratara de una comparación entre dos sistemas de normas análogos. En lugar de ello, hay que mostrar cómo está relacionado el sistema institucional del derecho con las actitudes morales individuales que predominan en la comunidad jurídica. Es obvio que tiene que haber un grado considerable de armonía entre uno y otras. Porque uno y otras están arraigados en valoraciones fundamentales comunes, en la tradición de cultura de la comunidad. El orden jurídico y las actitudes morales se hallan también en relación de cooperación recíproca. Las instituciones del derecho constituyen uno de los factores del medio ambiente que conforman las actitudes morales individuales. Las últimas, a su vez, son parte de los factores prácticos que, a través de la "conciencia jurídica moral", contribuyen a conformar la evolución del derecho.

Por otra parte, hay diferencias típicas que traen como resultado que sea difícil hacer una comparación real entre el derecho y la moral. Las reglas jurídicas tienden a quedar fijadas en conceptos dirigidos a alcanzar certeza y objetividad en la administración de justicia. Éste es un aspecto de la idea de justicia (par. LXV). Pero las actitudes morales resultan de la reacción del individuo en situaciones concretas. Aun cuando mediante este proceso se desarrollan ciertas máximas que son aceptadas como guías morales, ellas no son vividas (*felt*) como reglas obligatorias, sino solamente como generalizaciones empíricas, sujetas a cambio cada vez que sea necesario, si la situación es considerada en toda su plenitud de concreción. Éste es el verdadero significado de la expresión popular

<sup>27</sup> Así se usa el lenguaje cuando el derecho internacional es descripto por algunos autores como un mero orden moral. Esto no puede significar que el derecho internacional es caracterizado como una pura cuestión personal de conciencia.

<sup>28</sup> Confróntese parágrafos XXXII y XXXIII y Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, cap. VII, sec. 6.

"los principios están hechos para ser violados". Si meditamos sobre una máxima moral corriente, por ejemplo, la exigencia de veracidad, descubriremos de inmediato que ella no puede ser aceptada como "absoluta", como ingenuamente cree el Reino Moral. La máxima tiene que ser adaptada a la luz de múltiples circunstancias, que el sentimiento moral no puede ni desea racionalizar en reglas fijas clasificadas de acuerdo con conceptos. La experiencia moral asume siempre sus manifestaciones más vivas en la decisión concreta ajustada a una situación particular, y sólo a ella.

Es por esto que la tendencia del derecho hacia una racionalización en forma de conceptos solo puede ser lograda a expensas del deseo moral de alcanzar soluciones adecuadas a los casos concretos. En esa medida, por lo tanto, el derecho y la moral se hallan en perpetuo e indisoluble conflicto. Se suele decir que la suprema justicia puede constituir una injusticia suprema. Cuando el derecho cede ante las presiones del deseo moral de soluciones adecuadas para los casos concretos, y disminuye su objetividad conformándose a "las circunstancias particulares", hablamos de "moralización" del derecho, o de "equidad" como cosa opuesta al derecho estricto (*strictum jus*). Con frecuencia el ajuste o adecuación obedece a la simple razón de que las reglas de derecho prescriben que el juez se guíe por los *standards* morales corrientes.

El derecho y la moral difieren considerablemente en cuanto a sus efectos en la vida social. Puesto que el derecho es un fenómeno social, un orden integrado común que busca el monopolio de la fuerza, es siempre un orden para la creación de una comunidad, para el mantenimiento de la paz. En cierto sentido puede decirse que el "propósito" del derecho es la paz, en la medida en que todo orden jurídico, cualquiera sea su contenido, es productor de paz, aunque no sea más que la paz de la prisión. La moral, por su parte, es un fenómeno individual y con la misma facilidad puede arrastrar a los hombres al conflicto o unirlos. Las ideas morales encontradas pueden ciertamente constituir una fuente de discordia del tipo más profundo, más peligroso y menos controlable.

## XIII DISCUSIÓN: IDEALISMO Y REALISMO EN LA TEORÍA JURÍDICA

La interpretación del concepto "derecho vigente" hecha en los párrafos precedentes, difiere en forma aguda del punto de vista tradicional que predomina en la teoría jurídica de Europa continental. Puede ser caracterizada como teoría jurídica (realista) y contrapuesta a la teoría jurídica idealista.

Esta última reposa en la creencia de que existen dos "mundos" diferentes, a los que corresponden dos diferentes métodos de con-

cimiento. Por un lado el "mundo de la realidad", que abarca todos los fenómenos físicos y psíquicos en el tiempo y en el espacio, que captamos a través de la experiencia de los sentidos. Por otro, el "mundo de las ideas o validez" que abarca varios conjuntos de ideas normativas absolutamente válidas (la verdad, el bien y la belleza) que captamos inmediatamente mediante nuestra razón. Este último conocimiento es así independiente de la experiencia de los sentidos y por ello es llamado *a priori*.

La teoría jurídica idealista cree, además, que el derecho pertenece a ambos mundos. El conocimiento del derecho, en consecuencia, está simultáneamente fundado en la experiencia externa y en un razonamiento *a priori*. El derecho es un fenómeno de realidad en la medida en que su contenido es un hecho histórico que varía de acuerdo con el tiempo y el lugar, que ha sido creado por hombres y que depende de factores externos de poder. Pero que este contenido tenga "validez" como derecho es algo que no puede ser observado en la experiencia. No caben descripciones de lo que debe entenderse por "validez". Este es un concepto *a priori*, dado en una intuición de la razón, directa e irreductible. Pero la validez no es simplemente una cualidad percibida por intuición; es también una exigencia o pretensión, que obliga en forma absoluta a la acción y a la voluntad del hombre. Solo aquél que obedece la exigencia válida actúa "correctamente". Esta "corrección", tal como la misma validez, tampoco admite explicación o prueba. Se trata, simplemente, de otro aspecto del concepto de validez.

Según el punto de vista idealista, la diferencia entre el derecho y la moral puede ser expresada así: mientras que la norma moral se origina en la pura razón incluso en su contenido, la validez del derecho está unida a un contenido terreno y temporal, el derecho "positivo" con su contenido históricamente determinado. La moral es pura validez; el derecho es simultáneamente fenómeno y validez, una intersección entre la realidad y la idea, o la revelación de una validez de la razón en el mundo de la realidad.<sup>29</sup>

Hay dos principales variedades de idealismo que podrían ser llamadas la variedad material y la formal.

La variedad material, podría decirse, toma al idealismo en serio. La idea específica que se manifiesta en el derecho es la idea de justicia. No solo ofrece un ideal para apreciar el derecho positivo, sino que constituye al derecho. Esto es, es el principio inherente en éste que le otorga su fuerza obligatoria o validez como tal. En virtud de ello, limita lo que puede ser reconocido como derecho. Un orden eficaz que no satisface estas exigencias mínimas, derivadas de la idea de justicia, o que ni siquiera es un intento de realizar la justicia, no es reconocido como derecho y es calificado de

<sup>29</sup> Véase Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, cap. II.

mero régimen de violencia. Desde los más remotos tiempos hasta nuestros días, la teoría del derecho natural ha estado dominada por puntos de vista de este tipo (cap. X).

La variedad formal, que ha hallado su expresión más completa en el sistema de Hans Kelsen, rechaza en forma terminante la censura ética que el derecho natural ejerce sobre el derecho positivo. Acepta sin reservas como derecho a cualquier orden que tiene vigencia en el mundo de los hechos. Sin embargo, sostiene que según su significado inherente, el conocimiento del derecho no apunta a la descripción de algo fáctico, sino a la captación de lo que es válido. La aprehensión de la existencia de una norma equivale a la aprehensión de su validez. Pero la validez de una norma jamás puede derivarse de un hecho natural, sino solo de otra norma superior. Un decreto real, para poner un ejemplo, no es válido porque ha sido promulgado por el rey, sino porque ha sido promulgado de acuerdo con una ley que establece que tales reglas han de ser consideradas válidas. De este modo, para hallar la validez de los actos jurídicos tenemos que recorrer una jerarquía de normas. La validez de la ley se funda en la validez de la Constitución. Para explicar la validez de la Constitución es necesario postular una norma todavía más alta que, dice Kelsen, es presupuesta. Se trata de la norma básica (*Grundnorm*), o hipótesis inicial, cuyo único papel es otorgar validez a la Constitución. En consecuencia, el conocimiento del derecho, a través de todas las etapas, consiste en enunciados normativos acerca de lo que debe ser válido, y no en enunciados sobre lo que efectivamente ocurre. El pensamiento jurídico, de acuerdo con Kelsen, es pensamiento en términos de "lo que debe ser" (*sollen*) y no de "lo que es" (*sein*); la ciencia del derecho es una doctrina normativa y no una teoría social.

En esta variante del idealismo, la validez es reducida a una categoría formal del pensamiento, que no formula exigencia alguna respecto del contenido material que es aprehendido en esta forma categorial. La norma básica está desprovista de todo matiz ético. Se acomoda al orden que está de hecho en vigor y no es más que un postulado en el sentido de que este orden posee validez.<sup>30</sup>

La *Reine Rechtslehre* (Teoría pura del derecho) de Kelsen es

<sup>30</sup> En mis libros *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, cap. I y IX y *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, cap. II, sec. 6, se incluye un examen más amplio de las ideas de Kelsen. A ellos me remito. Ver también *supra*, par. II, nota 29, donde se alude a la oscura distinción kelseniana entre normas jurídicas y proposiciones acerca de las normas jurídicas; e *infra*, par. LXXIX, donde se hace referencia a la teoría kelseniana de la interpretación. En mi nota crítica al libro de Kelsen, "What is Justice?", publicada en la *California Law Review*, t. 45, 1957, 564 y sigs., he formulado un examen crítico de su noción de validez.



una conquista única dentro de la moderna filosofía del derecho. Se distingue por su sobresaliente agudeza, su brillante dialéctica y su lógica inexorable. La doctrina de Kelsen, más que ningún otra realización individual, ha creado una escuela de pensamiento y ejercido una profunda influencia en la teoría jurídica de los años recientes. Son pocos los filósofos del derecho de nuestro tiempo que, directa o indirectamente, consciente o inconscientemente, no deben algo a Kelsen. El poder de inspiración de su obra no se debe a ninguna idea revolucionaria, sino a la coherencia con que desarrolla las premisas del positivismo jurídico. Estas pueden ser expresadas en dos proposiciones básicas: 1) El derecho es un contenido ideal normativo establecido mediante actos humanos, pero en sí diferente de éstos. 2) El derecho posee validez a título propio, esto es, independientemente de su concordancia con postulados éticos. Sobre estas bases Kelsen ha desarrollado su teoría pura del derecho, o sea, una teoría independiente de la sociología y también de la ética y de la política. La ciencia del derecho es una doctrina normativa específica, y no es conocimiento de la realidad ni derecho natural.

Las obras principales de Kelsen son: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911; *Allgemeine Staatslehre*, 1925 y *General Theory of Law and State*, 1945. La última obra contiene también una bibliografía detallada de sus numerosos escritos y de otros trabajos referentes a la ciencia pura del derecho. En su *Théorie Pure du Droit*, 1953 el propio Kelsen hace una concisa síntesis de los principales puntos del sistema.

El pensamiento que se halla en la base del realismo jusfilosófico está ligado al deseo de entender el conocimiento del derecho de acuerdo con las ideas sobre la naturaleza, problemas y método de la ciencia elaboradas por la moderna filosofía empirista. Varias tendencias filosóficas, el empirismo lógico, la escuela de Uppsala, la de Cambridge y otras, concuerdan, como fundamento común, en el rechazo de la metafísica como conocimiento especulativo fundado en una aprehensión *a priori* de la razón. Solo hay un mundo y un conocimiento. Toda la ciencia, en último grado, se ocupa del mismo cuerpo de hechos, y todos los enunciados científicos acerca de la realidad, esto es, aquellos que no son de carácter puramente lógico-matemático, están sometidos al *test* de la experiencia.

Desde el punto de vista de tales presupuestos no puede admitirse una "validez" específica, ni en términos de una idea material *a priori* de justicia, ni como una categoría formal. Las ideas de validez son construcciones metafísicas erigidas sobre una interpretación falsa de la "fuerza obligatoria" vivida (*experienced*) en la conciencia moral. Como todas las otras ciencias sociales, la ciencia del derecho tiene que ser, en último análisis, un estudio de fenómenos sociales, la vida de una comunidad humana; y la tarea de

la filosofía jurídica debe consistir en la interpretación de la "vigencia" del derecho en términos de efectividad social, esto es, de una cierta correspondencia entre un contenido normativo ideal y los fenómenos sociales. En este capítulo he intentado mostrar cómo puede cumplirse dicha tarea.

"En la teoría jurídica norteamericana la palabra "realismo" es usada primordialmente en un sentido distinto del que he indicado aquí, a saber, para designar una actitud escéptica frente a los conceptos y las reglas jurídicos y al papel que éstos desempeñan en la administración de justicia (par. IX, nota 14). Al mismo tiempo, sin embargo, la escuela norteamericana es también "realista" en el sentido en que hemos usado la palabra, en la medida en que ve en el derecho un fenómeno social determinado por la aplicación hecha por los tribunales. A la vanguardia del realismo norteamericano se encuentra OLIVER WENDELL HOLMES ("The Path of the Law", *Harv. L.R.* 10, 1897, 457 y sigs., publicado también en *Collected Papers*, 1920), y JOHN CHIPMAN GRAY (*The Nature and Sources of Law*, 1909). Entre los representantes más conocidos de esta escuela se encuentran JEROME FRANK, (*Law and The Modern Mind*, 1930; *Courts on Trial*, 1950) K. N. LLEWELLYN ("Some Realism about Realism", *Harv. L. R.* 44, 1931, 1222) con E. A. HOEBEL (*The Cheyenne Way*, 1942) y UNDERHILL MOORE, ("Rational Basis of Legal Institutions", *Co. L.R.* 23, 1923, 609; "An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking", *Yale L.R.* 38, 1929, 703). Para bibliografía véase E. N. GARLAN, *Legal Realism and Justice*, 1941. Para un estudio introductorio, véase, por ejemplo, W. FRIEDMAN, *Legal Theory*, 2ª ed. 1949, 189 y sigs. Para un estudio crítico véase, por ejemplo, Cardozo, *Selected Writings*, 1947, 7 y sigs.; LON L. FULLER, "American Legal Realism", *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol. 76, 1936, 191 y sigs., y A. ROSS, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, 59 y sigs. La tendencia en la teoría jurídica que se auto-califica de sociológica consiste, en lo principal, en un idealismo encubierto (par. I, notas 24 y 25)."

Esta es la posición relativa de las dos tendencias principales en la filosofía del derecho, el idealismo metafísico y el realismo científico. La batalla final entre ellas no puede ser librada dentro del dominio de la filosofía jurídica, sino que tiene que serlo en el campo de la filosofía general. La controversia entre el idealismo y el realismo en la filosofía del derecho se disuelve necesariamente en problemas fundamentales de epistemología. En relación con ellos, el filósofo del derecho no puede hacer otra cosa que indicar las líneas principales del fundamento filosófico que da sustento a su teoría. Estoy convencido, además, de que la metafísica desaparecerá gradualmente del campo del derecho, así como

ha desaparecido casi del dominio de las ciencias naturales. No tanto por virtud de los argumentos lógicos que se formulan contra ella, sino más bien porque el interés en las construcciones metafísicas se va desvaneciendo a medida que se desarrolla una ciencia regular que demuestra su propio valor. ¿Quién puede pensar hoy en "refutar" la creencia en la piedra filosofal? Dejemos que los muertos entierren a sus muertos.

Por otra parte, corresponde a la filosofía jurídica hacer una crítica del idealismo en su aplicación a los problemas teóricos del derecho. Una de las grandes dificultades del idealismo jurídico ha sido explicar cómo es posible que el acto de legislación, en su carácter de fenómeno social, pueda producir algo que no sean efectos sociales, a saber, obligaciones válidas de naturaleza *a priori*. Si el idealismo es tomado en serio, esto es, si a ciertas reglas u órdenes se les niega carácter jurídico porque no armonizan con un ideal presupuesto de justicia, ello conduce a una limitación no conveniente del concepto "derecho". Es un principio científico elemental que un objeto debe ser definido de acuerdo con cualidades objetivas, y no de acuerdo con valoraciones. Es irrelevante, por ejemplo, que las leyes de Hitler contra los judíos o ciertas leyes extranjeras que autorizan la poligamia sean consideradas incompatibles con la idea del derecho; queda aún por cumplir la tarea práctica inevitable de describir estas reglas, realmente efectivas, en conexión con el sistema en el que aparecen. Pienso que es absurdo expresar desaprobación moral mediante la exclusión de estos temas del ámbito de la ciencia jurídica. La idea del derecho, si es que se la admite, puede ser, en el mejor de los casos, una idea reguladora político-jurídica, pero no un elemento constitutivo del concepto del derecho. Si se intenta debilitar la pretensión del idealismo expresando que, en todo caso, el derecho positivo tiene que consistir en un intento de realizar la justicia, se introduce entre los hechos objetivos del derecho un factor subjetivo de intención que es difícil de explicar. Los intentos pueden tener éxito o fracasar. ¿Es también derecho el intento infructuoso? La construcción parece tan arbitraria como si se sostuviera que un perro es un intento infructuoso de crear un gato.

Finalmente, si se rechaza en forma radical toda censura ética, como hace Kelsen, y se acepta simplemente como derecho el orden que tiene efectividad, la validez específica como categoría formal se transforma en algo superfluo. Kelsen intenta determinar la naturaleza del derecho positivo prescindiendo de la realidad psicológica y social; la imposibilidad de ello se hace patente cuando llegamos a la hipótesis inicial (norma básica o *Grundnorm*). Mientras permanecemos en los peldaños inferiores del orden jurídico, es posible diferir el problema remitiéndonos a una norma superior. Pero este procedimiento no puede ser empleado cuando llegamos a la hipótesis inicial. A esta altura la cuestión de la relación de la norma

con la realidad se hace inevitablemente urgente. Si el sistema ha de tener sentido, resulta claro que la hipótesis inicial no puede ser arbitrariamente elegida. El propio Kelsen dice que tiene que ser elegida de tal manera que comprenda el sistema que está efectivamente en vigor. Pero entonces resulta claro que, en realidad, la efectividad es el criterio del derecho positivo, y que la hipótesis inicial, una vez que conocemos qué es derecho positivo, solo cumple la función de otorgarle la "validez" que exige la interpretación metafísica de la conciencia jurídica, aunque nadie sepa en qué consiste tal "validez". La hipótesis inicial es la fuente última de la que emana la validez, que se extiende a través de todo el sistema. Se podría pasar todo esto por alto como una construcción superflua pero inocua, si no fuera que como resultado de ella se cierran los ojos a un análisis directo del criterio de efectividad. Al hacer de la validez una relación internormativa (la validez de una norma deriva de la validez de otra) Kelsen ha clausurado, desde el comienzo, toda posibilidad de que su teoría se ocupe de la médula del problema de la vigencia del derecho, que no es otro que el de la relación entre el contenido normativo ideal y la realidad social. Ross

#### XIV DISCUSIÓN: REALISMO PSICOLÓGICO Y REALISMO CONDUCTISTA: SU SÍNTESIS

Todas las teorías realistas están de acuerdo en interpretar la vigencia del derecho en términos de efectividad social de las normas jurídicas. Una norma vigente difiere de un mero proyecto de ley o de una petición de reforma legislativa en razón de que el contenido normativo ideal de la norma vigente es activo en la vida jurídica de la comunidad; hay un derecho en acción que corresponde al derecho en las normas. Queda por definir con mayor precisión este "ser activo". En este punto las teorías divergen. Hay dos enfoques que podrían ser denominados la rama psicológica y la rama conductista del realismo jurídico.

El realismo psicológico encuentra la realidad del derecho en hechos psicológicos. Una norma es vigente si es aceptada por la conciencia jurídica popular. El hecho de que tal regla sea también aplicada por los tribunales es, de acuerdo con este punto de vista, derivado y secundario; es una consecuencia normal de la conciencia jurídica popular que determina también las reacciones del juez. El criterio efectivo no es la aplicación como tal, sino el factor determinante que está detrás de ella.

De acuerdo con este punto de vista, por lo tanto, para poner a

<sup>31</sup> Véase Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, cap. II, sec. 6, y la nota crítica al libro de HANS KELSEN, "What is Justice?", publicada en *California Law Review*, t. 45, 1957, 564 y sigs.

prueba si una regla dada es derecho vigente, debemos hacer ciertas investigaciones socio-psicológicas. Tendremos que preguntarnos si la regla es aceptada por la conciencia jurídica popular. Se nos dice que estas investigaciones pueden ser sencillas, si la regla forma parte de una ley que ha sido adoptada mediante un procedimiento constitucional; porque la conciencia jurídica popular sustenta, ante todo, como contenido indirecto y formalizado, la creencia de que el derecho es el derecho, y que tiene que ser obedecido. El público acepta generalmente que cualquier regla establecida de acuerdo con la Constitución tiene títulos para ser respetada como derecho.<sup>32</sup>

Con todo, la ciencia jurídica popular no está atada a ley. Puede ocurrir que una ley no sea aceptada por la conciencia jurídica popular y que por ello no se transforme en derecho vigente. Del mismo modo, cuando un precedente establece por vez primera una regla, la decisión no es más que un intento de crear derecho. Lo decisivo es que la regla sea aceptada por la conciencia jurídica. "La única piedra de toque o criterio posible para la existencia de una regla jurídica es su confrontación con la conciencia jurídica popular" (Knud Illum). Se admite que la conciencia jurídica del hombre de la calle es demasiado pobre para valer como criterio y que, en consecuencia, hay que tomar en cuenta la conciencia jurídica de los juristas profesionales del país, principalmente los autores de derecho. Estos son los custodios de la tradición jurídica nacional, y su opinión debe decidir, en caso de duda, lo que es derecho vigente.

Puntos de vista semejantes a éstos inspiraron, en tiempos más lejanos, a la escuela histórico-romántica (Savigny, Puchta, ver par. LXXXI) y, recientemente, han sido sostenidos por el autor dinamarqués Knud Illum. Se pueden hallar ideas similares, aunque menos elaboradas, en los trabajos del filósofo del derecho sueco Karl Olivecrona.

La objeción principal al realismo psicológico es que la conciencia jurídica es un concepto que pertenece a la psicología individual. Al ligar el derecho vigente a la conciencia jurídica individual, esta rama del realismo hace del derecho un fenómeno individual que se halla en el mismo plano que la moral. Basta con pensar en problemas tales como el del aborto, la traición, la aplicación de impuestos a cooperativas o la libertad de comercio, para ver cuán

<sup>32</sup> Véase KARL OLIVECRONA, *Law as Fact*, 1939, 51 y sigs. En cierta medida, el realismo ideológico se asemeja al idealismo formal de Kelsen, según el cual la validez del derecho se deriva deductivamente de la Constitución (y de la hipótesis originaria). La diferencia parecería ser simplemente que mientras Kelsen considera la ideología constitucional como una hipótesis normativa social, Olivecrona destaca que se trata del contenido de concepciones psicológicas reales que existen en la mente de los hombres.

diversificada puede ser la conciencia jurídica, incluso entre los juristas. El propio Illum no retrocede ante la conclusión lógica de que fundamentalmente hay tantas variedades de derecho como de hombres familiarizados con la tradición jurídica. Sobre esta base no sería posible hablar de un orden jurídico nacional, tal como no es posible hablar de una moral nacional; habría que decir que hay simplemente una opinión jurídica predominante.

Tal definición no puede ser aceptada. Tenemos que dar por presupuesto que, por lo menos dentro de ciertos límites, es posible definir un orden jurídico nacional como un fenómeno externo, intersubjetivo, y no como una mera opinión subjetiva que puede ser compulsada por medio de una encuesta Gallup entre los profesores de derecho. Si hay razones plausibles para suponer que una regla dada será adoptada por los tribunales del país como fundamento para sus decisiones, entonces esa regla es derecho nacional vigente, tal como los juristas entienden generalmente esta expresión y son irrelevantes las opiniones que puedan existir en la conciencia jurídica del profesor Illum o en la de cualquier otra persona.

El realismo conductista encuentra la realidad del derecho en las acciones de los tribunales. Una norma es vigente si hay fundamentos suficientes para suponer que será aceptada por los tribunales como base de sus decisiones. El hecho de que los normas sean compatibles con la conciencia jurídica dominante es, de acuerdo con este punto de vista, derivado y secundario; es un presupuesto normal, pero no esencial, de la aceptación por parte de los tribunales. La oposición entre este punto de vista y la teoría psicológica, puede ser expresada como sigue: mientras que la última define la vigencia del derecho de tal manera que tenemos que decir que *el derecho es aplicado porque es vigente*, la teoría conductista define el concepto de tal manera que tenemos que decir que *el derecho es vigente porque es aplicado*.<sup>33</sup>

Puntos de vista semejantes han desempeñado un importante papel en el realismo norteamericano, que se remonta a Oliver Wendell Holmes. Ya en 1897 éste enunció la tan citada frase: "Las profecías de lo que los tribunales harán de hecho, y no otra cosa con más pretensiones, tal es lo que entiendo por derecho."<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Las dos frases en bastardilla no expresan un desacuerdo referente a hechos; solo indican que la expresión "ser vigente" es definida de modo diferente en cada una de las dos frases.

<sup>34</sup> "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, t. 10, 1897, 457 y sigs, publicado en *Collected Papers*, 1920. Esta línea de pensamiento fue seguida por JOHN CHIPMAN GRAY, *The Nature and Sources of Law*, 1909, quien definió al derecho como "las reglas que los tribunales... formulan para la determinación de los derechos y deberes", y expresó el notable juicio de que "el derecho de una gran nación está constituido por las opiniones de media docena de caballeros ancianos, algunos de ellos,

Sin embargo, no es posible hacer una interpretación puramente conductista del concepto de vigencia por cuanto no se puede predecir la conducta del juez mediante una pura observación externa de la costumbre. El derecho no es simplemente un orden-familiar o habitual (par. VIII).

Solo podremos alcanzar una interpretación sostenible de la vigencia del derecho, si efectuamos una síntesis del realismo psicológico y el realismo conductista. Tal es lo que he intentado explicar en el presente capítulo. Mi punto de vista es conductista en la medida en que busca hallar consistencia y predecibilidad en la conducta verbal, exteriormente observada, del juez. Es psicológico, en la medida en que la aludida consistencia es la de un todo coherente de significado y motivación, únicamente posible sobre la base de la hipótesis de que en su vida espiritual el juez se halla gobernado y motivado por una ideología normativa cuyo contenido conocemos.

concebiblemente, de muy limitada inteligencia", puesto que "si media docena de caballeros ancianos integran el tribunal más alto de un país, entonces ninguna regla o principio que ellos se rehusen a seguir será derecho en dicho país". Op. cit. 84 y 125. A partir de este punto la idea fue llevada hasta sus conclusiones lógicas extremas por Jerome Frank —*Laws and the Modern Mind*, 1930— a saber, hasta la conclusión de que el derecho no consiste en absoluto en reglas, sino únicamente en la suma total de las decisiones individuales. "Podemos ahora arriesgar una definición provisional del derecho desde el punto de vista del hombre medio: para cualquier persona lega, el derecho, con relación a un conjunto particular de hechos, es una decisión de un tribunal respecto de aquellos hechos en la medida en que tal decisión afecta a esa persona. Mientras que un tribunal no se haya pronunciado sobre esos hechos, no existe derecho sobre el punto. Antes de tal decisión, el único derecho de que disponemos es la opinión de los abogados sobre el derecho aplicable a esa persona y a esos hechos. Pero la opinión de referencia no es realmente derecho sino solo una conjetura de lo que decidirá un tribunal. El derecho respecto de una situación dada, por lo tanto, es a) derecho efectivo, esto es, una decisión específica pasada referente a dicha situación; o b) derecho probable, esto es, una conjetura referente a una decisión específica futura". Op. cit. 46. Benjamín Cardozo no aprueba los excesos del realismo, pero acepta la idea fundamental: "Yo veo un vasto y poco preciso conglomerado de principios y reglas y costumbres y usos y pautas morales, listos para ser incorporados en una decisión según cierto proceso de selección a ser practicado por un juez. Si tales elementos tienen la firmeza suficiente como para justificar, con razonable certeza, la predicción de que hallarán el respaldo del tribunal en caso de que su autoridad sea convertida, entonces digo que los mismos son derecho", *Selected writings*, 1947, 18. Para un examen y crítica más detallados de Gray y Frank, véase Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, 59 y sigs.

### CAPÍTULO III

#### LAS FUENTES DEL DERECHO

##### XV DOCTRINA Y TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

En el capítulo precedente llegamos a la conclusión de que el contenido real de la aserción

A = D es derecho vigente

es una predicción de que, bajo ciertas condiciones, D será adoptada como base para decisiones en controversias jurídicas futuras.

La experiencia muestra que tal predicción es realmente posible dentro de ciertos límites, aunque el grado de probabilidad con el que puede ser hecha varía considerablemente.

Ahora bien; si, a semejanza de las reglas del ajedrez, un orden jurídico nacional consistiera en un pequeño número de normas simples, concisas e invariables, podría presuponerse simplemente que la predecibilidad dependería del hecho de que esas normas estuviesen, en un momento determinado, presentes en forma activa en el espíritu del juez.

Pero no es ése el caso. Un orden jurídico nacional no solo consiste en una vasta multiplicidad de normas, sino que al mismo tiempo está sometido a un continuo proceso de evolución. En cada caso, en consecuencia, el juez tiene que abrirse camino a través de las normas de conducta que necesita como fundamento para su decisión. Si, a pesar de todo, la predicción es posible, tiene que serlo en razón de que el proceso espiritual por cuyo medio el juez decide fundar su decisión en una regla y no en otra, no es una cuestión caprichosa y arbitraria, que varíe de un juez a otro, sino un proceso determinado por actitudes y conceptos, por una ideología normativa común, activa y presente en el espíritu de los jueces cuando actúan en su cali-

dad de tales. Es verdad que no podemos observar directamente qué es lo que ocurre en el espíritu del juez, pero es posible construir hipótesis referentes a ello, y su valor puede ser comprobado simplemente observando si las predicciones fundadas en aquéllas resultan verdaderas.

Esta ideología es el objeto de la doctrina de las fuentes del derecho. Constituye el fundamento del orden jurídico y consiste en directivas que no se refieren directamente al modo cómo ha de ser resuelta una controversia jurídica, sino que indican la manera en que debe proceder el juez para descubrir la directiva o directivas que son decisivas para la cuestión en debate.

Resulta claro que esta ideología únicamente puede ser observada en la conducta efectiva de los jueces. / Esta ideología es el fundamento para las predicciones de la ciencia del derecho respecto de la manera en que los jueces reaccionarán en el futuro. La ideología de las fuentes del derecho es la ideología que de hecho anima a los tribunales, y la doctrina de las fuentes del derecho es la doctrina que se refiere a la manera en que los jueces efectivamente se comportan. Partiendo de ciertas presuposiciones sería posible desarrollar directivas respecto a cómo deben proceder los jueces al elegir las normas de conducta en las que se basan sus decisiones. Pero es claro que salvo que ellas sean idénticas a las que son de hecho seguidas por los tribunales, tales directivas carecen de valor como fundamento para predicciones de la conducta futura de los jueces y, por eso mismo, no sirven para determinar qué es derecho vigente. Cualquier doctrina normativa de las fuentes del derecho que no se adecue a los hechos carece de sentido si pretende ser algo más que un proyecto de un nuevo y mejor derecho. La doctrina de las fuentes, como cualquier otra doctrina sobre el derecho vigente, es descriptiva de normas, no expresiva de normas; es una doctrina que se refiere a normas, no una doctrina que consiste en ellas.

La expresión metafórica tradicional "fuentes del derecho" responde a la idea de que la ideología que examinaremos consiste en directivas al juez que le ordenan aplicar reglas creadas de acuerdo con ciertos modos específicos de procedimiento. Un paso más, y tal modo de procedimiento es concebido como "fuente". El derecho mana de ciertos procedimientos específicos del mismo modo que el agua mana de una fuente. Esta concepción se adecuó a las reglas del derecho legislado. Porque éstas son definidas, ciertamente, como reglas creadas por el procedimiento de la legislación, y es natural llamar a la legislación la "fuente" de todo el derecho que existe en la forma de reglas legisladas. La metáfora es menos apropiada al precedente, a la costumbre y a la "razón" como "fuentes" adicionales del derecho, ya que estas palabras no designan tres procedimientos adicionales para la creación del derecho que entreguen al juez

un producto elaborado tal como lo hace la legislación. Hablando metafóricamente, podemos quizá decir que la legislación entrega un producto terminado, listo para ser utilizado, mientras el precedente y la costumbre sólo entregan productos semimanufacturados que tienen que ser terminados por el propio juez, y la "razón" sólo produce ciertas materias primas a partir de las cuales el propio juez tiene que elaborar las reglas que necesita.

En estas circunstancias, solo con dificultad y con recelo se podría adelantar un concepto de "fuentes del derecho" que incluya elementos tan diversos como la legislación, la costumbre, el precedente y la "razón". En todo caso habría que subrayar que la denominación "fuente del derecho" no quiere significar un procedimiento para la producción de normas jurídicas. Esta característica pertenece solamente a la legislación. Si queremos todavía formular un concepto de "fuentes del derecho" —que no es en sí mismo necesario para dar cuenta de la ideología de que estamos hablando— tendremos que definirlo de una manera más imprecisa. Por "fuentes del derecho", pues ha de entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión; con el agregado de que esta influencia puede variar: desde aquéllas "fuentes" que proporcionan al juez una norma jurídica ya elaborada que simplemente tiene que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que el propio juez formule la norma que necesita.

Dado que la ideología de las fuentes del derecho varía de un sistema jurídico a otro, su descripción es tarea de la ciencia del derecho (la doctrina de las fuentes del derecho). Esta tarea, como hemos visto, sólo puede ser cumplida mediante el estudio detallado de la manera como proceden de hecho los tribunales de un país para hallar las normas en las que basan sus decisiones. Y la tarea de la filosofía jurídica sólo puede consistir aquí en establecer e identificar los tipos generales de fuentes del derecho que, de acuerdo con la experiencia, aparecen en todos los sistemas jurídicos maduros (la teoría de las fuentes del derecho).

Diversos enfoques se presentan aquí como fundamento para una clasificación generalizadora de este tipo. Sería posible, por ejemplo, caracterizar los diversos tipos de fuentes según el papel dominante que han desempeñado en la evolución histórica del derecho. Desde este punto de vista, el precedente y la "razón" pueden ser caracterizados como las fuentes que han desempeñado siempre un papel considerable, que corresponde a las ideas de justicia formal y material; la costumbre y la legislación, como las fuentes cuyo papel ha variado apreciablemente, siendo la costumbre la fuente predominante en el derecho primitivo, y la legislación, en el derecho moderno.



En este libro, empero, el fundamento será otro, a saber, el grado de objetivación de los diversos tipos de fuentes. Entiendo por esto el grado en que ellas presentan al juez una regla formulada, lista para su aplicación, o, a la inversa, el grado en que le presentan solo un material que recién será transformado en una regla después de una activa contribución de trabajo de parte del juez.

De acuerdo con esto, el esquema de clasificación será el siguiente:

- 1) El tipo de fuente completamente objetivada: las formulaciones revestidas de autoridad (legislación en el sentido más amplio);
- 2) El tipo de fuente parcialmente objetivada: costumbre y precedente; y
- 3) El tipo de fuente no objetivado, "libre": la "razón".

#### XVI LEGISLACIÓN

La fuente más importante en el derecho de Europa continental de hoy está constituida, sin duda, por las normas sancionadas por las autoridades públicas. De hecho, los jueces se sienten obligados, en alta medida, por las declaraciones de la legislatura, y la doctrina ideológica oficial expresa que el derecho legislado (en sentido amplio) tiene fuerza obligatoria absoluta. En la práctica, sin embargo, los tribunales, en forma abierta o subrepticia, se apartan a veces de aquellas reglas legislativas que no concuerdan con la conciencia jurídica material predominante.<sup>1</sup> En el espíritu de los jueces, como en el de otros ciudadanos, hay un límite para la posible escisión entre la conciencia jurídica institucional y la conciencia jurídica material (par. XI). En particular, las reglas legislativas antiguas pueden perder vigencia, porque ya no están de acuerdo con las nuevas condiciones e ideas. Se dice entonces que la ley ha sido abolida por desuetudo.

Históricamente el crecimiento de una legislatura es un fenómeno extraño (par. XVIII) y pasó largo tiempo antes de que las autoridades del derecho legislado obtuvieran reconocimiento general. Expresa Allen<sup>2</sup> que aún en el siglo XIV no era raro en Inglaterra que los jueces se rehusaran lisa y llanamente a aplicar el derecho legislado. Llegó a haber lucha por la supremacía en la crea-

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, JEAN CROUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908.

<sup>2</sup> *Law in the Making*, 4ª ed., 1948, 365 y sigs.

ción del derecho entre el *common law* y el Parlamento,<sup>3</sup> conflicto que estaba sustentado ideológicamente por la doctrina del derecho natural. En el *Bonham's case*; 1610, Coke defendió el derecho de los jueces del *common law* a declarar nula una ley del Parlamento, pero después de la revolución de 1688 se reconoció la supremacía absoluta del último.<sup>4</sup> Blackstone, 1765, puede todavía pagar tributo verbal a la doctrina del derecho natural —al sostener que ninguna ley es válida si va contra la naturaleza y la razón—, pero en la práctica reconoce la competencia absoluta e ilimitada del Parlamento.<sup>5</sup>

El derecho legislado es derecho sancionado, es decir, ha sido creado por una resolución de ciertos seres humanos y, por ende, presupone normas de competencia que indican las condiciones bajo las cuales ello puede tener lugar. Corresponde a la doctrina de las fuentes del derecho exponer y explicar estas normas de competencia. La teoría de las fuentes del derecho debe limitarse a elucidar ciertas notas características del derecho legislado.—

Toda sanción en ejercicio de una competencia es conocida bajo el nombre común de legislación. Tomada la palabra en un sentido amplio, la legislación comprende no solo la constitución (si es escrita) y las leyes del Parlamento, sino también todo tipo de normas sancionadas subordinadas y autónomas, cualquiera sea el nombre con que se las designe: ordenes del Consejo, reglas y ordenes estatutarias, reglamentos de autoridades locales, de corporaciones autónomas, de iglesias, etc.

Una norma del derecho legislado recibe su autoridad de las normas de competencia que definen las condiciones bajo las cuales la sanción tendrá fuerza legal. Estas condiciones pueden ser divididas en dos grupos.

① Las (condiciones formales) de competencia definen el procedimiento para la sanción de la norma, lo que incluye la identificación de las personas calificadas para adoptar los diversos pasos del procedimiento. El procedimiento legislativo, para tomar un ejemplo, exige que los diversos pasos en la Cámara de Representantes y en el Senado sean realizados por personas que, según las leyes electorales

<sup>3</sup> Véase también W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, 2ª edición, 1949, 50 y siguientes.

<sup>4</sup> "Surge de nuestros libros que en muchos casos el *common law* está por encima de las Leyes del Parlamento y a veces las declara absolutamente nulas, porque cuando una ley del Parlamento va en contra de la razón o de la justicia común o es repugnante o imposible de ser cumplida, el *common law* la declara absolutamente nula", 1610, 8 Co. C.P. 114a.

<sup>5</sup> Véase, sin embargo, *Goschen c/ Stonington*, 1822, 4 Conn. 209, 225, donde el Juez Hosmer pone todavía en duda la omnicompetencia del Parlamento; véase también JULIUS STONE, *The Province and Function of Law*, 1950, 213.

<sup>6</sup> *Commentaries*, 1765, II, 41-43.

y el resultado de las elecciones, tengan la calidad de miembros de uno u otro cuerpo.

Las condiciones materiales definen el objeto o contenido de la norma que puede ser sancionada mediante el procedimiento indicado.

Combinando ambos conjuntos de condiciones podemos decir que una norma sancionada tiene fuerza legal si ha sido dictada por una autoridad que ha seguido el procedimiento regular y ha obrado dentro de su competencia material.

La competencia para sancionar normas no está generalmente limitada a una sola autoridad. Parte del derecho que es creado mediante leyes consiste en nuevas normas de competencia que constituyen nuevas autoridades, las que a su vez pueden ser competentes para establecer otras autoridades. De esta manera surge un complicado sistema de autoridades de diverso nivel. Una autoridad cuya competencia está determinada por normas creadas por otra autoridad se encuentra en un nivel más bajo que la última. Dos autoridades cuyas competencias respectivas han sido creadas por la misma autoridad superior, se hallan en el mismo nivel o gozan del mismo *status*.

Llamemos a la autoridad que estamos considerando  $A_1$ ;  $A_1$  ha sido constituida según un conjunto de reglas de competencia (formales y materiales). Si llamamos a estas reglas  $C_1$ ,  $C_1$  tienen que haber sido sancionadas por una autoridad superior  $A_2$  o no. Si ellas han sido sancionadas por  $A_2$ ,  $A_2$  tiene que haber sido constituida por  $C_2$ , que a su vez tienen que haber sido sancionadas por  $A_3$ , o no. Puesto que la serie de autoridades no puede ser infinita, es forzoso concluir que en última instancia las normas más altas de competencia no pueden ser sancionadas; ellas tienen que ser presupuestas. La línea de pensamiento puede ser ilustrada mediante el siguiente gráfico:

- $A_3$  — constituida por  $C_3$  — no sancionadas por una autoridad.
- $A_2$  — constituida por  $C_2$  — sancionadas por  $A_3$
- $A_1$  — constituida por  $C_1$  — sancionadas por  $A_2$

$A_3$  es la autoridad suprema y, en consecuencia, tiene que estar forzadamente constituida por normas de competencia que no han sido sancionadas por ninguna autoridad, sino que son presupuestas.

Las normas que constituyen una autoridad  $A$  y su competencia, son al mismo tiempo normas que determinan cómo puede ser reformado el derecho creado por  $A$ . Las normas constituyentes determinan las condiciones para la validez de las normas subordinadas y, en consecuencia, regulan tanto su sanción como su reforma. Inversamente las normas formuladas para la reforma del derecho creado por  $A$  son al propio tiempo normas que constituyen a  $A$ . Las normas

que regulan la manera de legislar, por ejemplo, son al mismo tiempo normas que indican en qué forma puede ser reformada una ley (a saber, por una nueva ley). E inversamente, las normas de la Constitución que regulan el procedimiento especial para la reforma de la Constitución, son al mismo tiempo normas que establecen una autoridad constituyente distinta de la legislativa.

El gráfico incluido un poco más arriba mostró que una cierta autoridad era suprema y que las normas que constituyen esta autoridad no podían, por lo tanto, haber sido sancionadas por ninguna otra autoridad, sino que tenían que existir como una ideología presupuesta. Esto significa que no existe norma superior que determine las condiciones para su sanción y reforma válidas. Desde un punto de vista jurídico, por ende, es imposible emitir juicio alguno acerca del modo como puede ser cambiada la ideología constituyente superior presupuesta. Sin embargo, ésta cambia, ya por revolución o por evolución. Pero en uno y otro caso el fenómeno del cambio es un puro hecho socio-psicológico, que se encuentra fuera del ámbito del procedimiento jurídico.

En los Estados Unidos, la autoridad suprema es el poder constituyente instituido por las reglas establecidas en el art. V de la Constitución. Estas reglas encarnan al más alto presupuesto ideológico del orden jurídico norteamericano, pero no pueden ser consideradas como sancionadas por ninguna autoridad y no pueden ser reformadas por ninguna autoridad. Cualquier reforma del art. V de la Constitución que en la práctica se lleve a cabo es un hecho a-jurídico, y no creación del derecho por medio de un procedimiento que haya sido instituido.

Me doy cuenta, por supuesto, de que se objetará que todos los políticos que ocupan posiciones de autoridad actúan dando por supuesto que el art. V. de la Constitución puede ser jurídicamente enmendado, y que solo puede serlo mediante un cierto procedimiento, a saber, el indicado en el propio art. V. Por cierto que acepto este modo de ver como un hecho socio-psicológico que ha de ejercer una gran influencia en el curso efectivo de la vida política; pero esta circunstancia no es una razón para modificar el análisis lógico precedente.

Solo hay una forma posible de impugnar el razonamiento expresado en el gráfico de más arriba. Podría sostenerse que cierta autoridad, por ejemplo  $A_3$ , puede ser establecida en normas sancionadas por ella misma, lo que equivale a decir que es posible que una norma determine las condiciones para su propia sanción, incluyendo la manera en que ella puede ser modificada. Una "flexibilidad" de este tipo, empero, es una imposibilidad lógica, y

generalmente es reconocida como tal por los lógicos<sup>7</sup>. Una proposición no puede referirse a sí misma. Sería posible ofrecer una prueba completa de ello, pero éste no es lugar adecuado. Pienso que se me concederá que no es posible imaginar a la legislatura constituida mediante una ley, y que una ley no puede establecer las condiciones para su propia reforma. Las reglas para esto tienen que estar necesariamente en un nivel que es superior en una grada al nivel de la ley. Pero si se admite esto para la ley, hay que admitir algo análogo para la Constitución. La Constitución, tal como la ley, no puede expresar las condiciones para su propia reforma. El artículo V de la Constitución, por lo tanto, no es lógicamente parte de la Constitución, sino que comprende normas presupuestas de un plano más alto. Estas a su vez no pueden establecer las condiciones para su propia reforma. Si tales condiciones existieran, ellas estarían establecidas en un plano más alto aún. Pero de hecho no existen. El art. V de la Constitución no es derecho legislado sino presupuesto.

Además, si el art. V de la Constitución es reformado en la práctica por un procedimiento que se conforma con sus propias reglas, no es posible considerar al nuevo "art. V" como derivado del anterior, o como válido en razón de ser derivado del mismo. Una derivación tal, presupone la validez de la norma superior y con ello la existencia continuada de la misma, y mediante derivación no puede establecerse una nueva norma que contrarie la que le sirve de fuente. Esto será más fácil de entender si consideramos un caso menos complicado que las reglas del artículo V de la Constitución.

Si un monarca absoluto otorga una "constitución libre", el significado jurídico de este acto puede ser interpretado de dos maneras diferentes. Es posible considerar que la nueva constitución posee validez por virtud del poder absoluto del monarca que la ha otorgado, el que continúa así como autoridad suprema. La norma básica anterior, por lo tanto, sigue siendo válida, y el nuevo orden puede ser revocado en cualquier momento por el mismo poder absoluto que lo otorgó. No ha tenido lugar cambio alguno en el presupuesto último del sistema, en su ideología fundamental.

Pero la "nueva" constitución también puede ser otorgada por el monarca con la intención de que no sea revocable. En tal caso, no puede considerarse que ella deriva de su poder absoluto. No es posible que en la conclusión de una inferencia deductiva válida aparezca algo que se halle en conflicto con las premisas. La idea de que el rey entrega su poder soberano al pueblo, como si uno entregara un objeto tangible, está basada en ideas de soberanía puramente mágicas.

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, JORGEN JORGENSEN, "Some Reflexions on Reflexivity", *Mind* LXII, 1953, 289 y sigs.

En consecuencia: o la "nueva" constitución se deriva de la antigua, y en tal caso no hay realmente una nueva constitución, pues el poder absoluto del rey continúa invariable, o la nueva constitución ha desplazado a la anterior, pero en tal caso no puede ser derivada de ella. La determinación de cuál de estas dos interpretaciones es apropiada en circunstancias históricas dadas no se apoya en consideraciones de lógica jurídica, sino únicamente en la ideología política que de hecho se aplica.

La situación es semejante en el caso de las reglas más complicadas del art. V de la Constitución. Según dicho artículo una enmienda constitucional exige la ratificación de tres cuartos de los estados. Si mediante esta mayoría se decide que en el futuro se requerirá una ratificación de cuatro quintos de los estados, la nueva regla sobre enmiendas no puede ser considerada como derivada de la anterior. De lo contrario sería posible enmendar la nueva norma básica mediante el mismo procedimiento seguido para crearla, esto es, por una mayoría de tres cuartos, y la actual regla de enmiendas seguiría siendo la norma más alta del sistema.

Todo esto, como se ha dicho, no niega el hecho socio-psicológico de que se aprobará más fácilmente un nuevo "art. V" si se sigue el procedimiento establecido en las reglas del art. V de la Constitución.

Para resumir: todo sistema de derecho legislado (en sentido amplio) se basa necesariamente en una hipótesis inicial que constituye la autoridad suprema, (pero) que no ha sido creada por ninguna autoridad. Solo existe como una ideología política que forma el presupuesto del sistema. Cualquier enmienda por el procedimiento jurídico establecido es solo posible dentro del sistema, cuya identidad está determinada por la hipótesis inicial. Todo cambio en la última, esto es, toda transición de un sistema a otro, es un fenómeno extra-sistemático, un cambio fáctico socio-psicológico en la ideología política dominante y no puede ser descrito como creación jurídica mediante un procedimiento. Al mismo tiempo es difícil imaginar que el art. V de la Constitución sea cambiado, salvo en un proceso que se asemeje al procedimiento jurídico determinado por el propio art. V. Las fuerzas políticas están dominadas de hecho por ideas que no pueden ser expresadas racionalmente sino solo en términos mágicos; el procedimiento establecido en el art. V es el acto mágico que, solo él, puede desatar el ligamento creado por el artículo mismo, con solo una posible reserva. Si en la práctica resultare imposible que el art. V fuera reformado de conformidad con sus propias reglas, sería quizás posible apelar con éxito a una ideología más fundamental aún en apoyo del cambio: el derecho del pueblo norteamericano a darse en cualquier tiempo una constitución.

PREL  
PUEBLO  
HECHO  
O SOLO  
ESTADO  
PIEZO  
NO  
JUAN...

En *The Age of Jackson*, 1946, pág. 410, Arthur M. Schlesinger recuerda un interesante aunque infructuoso intento de recurrir al poder constituyente fundamental del pueblo. Alrededor de 1840, en el estado Federal de Rhode Island, cuya constitución, en comparación con las de los otros estados, era muy conservadora, surgió un movimiento popular bajo la jefatura de Thomas Wilson Dorr que exigió la extensión del derecho al sufragio y otras reformas liberales de la Constitución. El gobierno conservador se mantuvo firmemente en sus derechos exclusivos, a raíz de lo cual Dorr apeló al poder soberano del pueblo como fundamento de todo gobierno. Como consecuencia de esta estrategia hubo en 1841 dos asambleas constituyentes rivales: una, convocada apresuradamente por el gobierno para aquietar al pueblo, y una segunda que no fue el resultado de un procedimiento legítimo, sino que buscó su legitimación directamente en el poder constituyente del pueblo. En este contexto, el próximo paso fue la aprobación de dos constituciones. La constitución popular obtuvo apoyo abrumador en un plebiscito y Dorr formó un gobierno y se hizo designar gobernador. Ninguno de los dos gobiernos se mostró dispuesto a ceder. En 1842 sobrevino un conflicto armado y Dorr fue vencido. Huyó del Estado y centenares de sus adherentes fueron encarcelados. Al año siguiente trató de volver secretamente, pero fue de inmediato apresado y sometido a proceso. Lo condenaron a prisión perpetua y trabajos forzados. A pesar del fracaso de su plan, éste fortaleció el movimiento liberal. En 1845 Dorr fue puesto en libertad, y en 1854 su condena fue dejada sin efecto.

## XVII PRECEDENTE

Se puede dar por sentado, con certeza, que los precedentes, esto es, las decisiones anteriores han desempeñado siempre un papel importante en la decisión de una controversia ante un tribunal. El hecho de que en un caso anterior de carácter similar se haya elegido una cierta regla como fundamento de la decisión, constituye un fuerte motivo para que el juez funde la decisión presente en la misma regla. Aparte de que proceder así le ahorra tiempo, dificultades y responsabilidad, este motivo está estrechamente relacionado con la idea de justicia formal, que en todos los tiempos parece haber sido un elemento esencial de la administración de justicia: la exigencia de que los casos análogos reciban similar tratamiento, o de que cada decisión concreta esté basada en una regla general (par. LXIII).

Por otra parte, pueden darse razones de peso para romper con prácticas anteriores. Particularmente bajo condiciones sociales cambiantes y en relación con áreas del derecho en que la legislación no ha interferido todavía para actualizar las normas. En tales circunstancias, atribuir demasiado valor al precedente será considerado como formalismo, como un énfasis excesivo en las exigencias de justicia formal a expensas de la "equidad" material.

Tal como se sostuvo en el párrafo XV, la doctrina de las fuentes del derecho se ocupa de aquellos factores que de hecho influ-

yen en la conducta del juez, puesto que solo ellos pueden ayudarnos a predecir sus reacciones futuras. En consecuencia, lo único importante para la doctrina de las fuentes del derecho es el papel motivador que el precedente efectivamente desempeña, y no la doctrina oficial que nos dice si el juez puede tomar en consideración los precedentes y, en caso de que pueda, nos informa si está o no "obligado" por ellos. Esta doctrina ha estado sometida a amplias variaciones en tiempos diversos y en diferentes sociedades.

En conexión con las grandes codificaciones, el legislador, en la vana esperanza de preservar su obra, ha prohibido a menudo la interpretación de las normas y que la práctica de los tribunales se desarrolle como fuente de derecho. Ya Justiniano prohibió decidir de acuerdo con el precedente (*non exemplis, sed legibus iudicandum est*).<sup>2</sup> En el Código Prusiano (*Allgemeines Landrecht*) de 1794 encontramos preceptos similares. En Dinamarca, después de la aprobación del *Código danés*, 1683, se prohibió a los abogados citar precedentes ante la Corte Suprema. La medida fue dejada sin efecto en 1771. Tales drásticas prohibiciones demostraron su ineficacia, y llegó a ser el punto de vista predominante en el continente europeo que, en homenaje a la certeza, las decisiones de los tribunales superiores, en particular las de la Corte Suprema, debían ser respetadas, pero que ellas no poseían "fuerza obligatoria" formal como el derecho legislado.

La doctrina anglo-sajona es totalmente distinta.<sup>3</sup> Ya en el siglo XIII pasó a ser costumbre general citar precedentes, y en su famoso *Note Book* Bracton coleccionó dos mil casos, casi con seguridad para fines prácticos. Originariamente no se entendía que el juez estuviera obligado por ellos. La doctrina anglo-sajona se desarrolló muy gradualmente y adquirió una forma más definida en los siglos XVII y XVIII. Pero la falta de una organización jerárquica homogénea de los tribunales y el estado de las colecciones de fallos (*reports*) impidieron que la doctrina alcanzara desarrollo pleno. Estas deficiencias fueron remediadas recién en el siglo XIX. La doctrina que es hoy generalmente reconocida, denominada *stare decisis*, puede ser resumida como sigue:

- 1) Un tribunal está obligado por las decisiones de tribunales superiores, y en Inglaterra la Cámara de los Lores y el Tribunal de Apelaciones (*Court of Appeal*) están obligados por sus propias decisiones.
- 2) Toda decisión relevante dictada por cualquier tribunal es

<sup>2</sup> *Codex* 7, 45, 13.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, C. K. ALLEN, *Law in the Making*, 4ª ed., 1946, 151 y sigs.

un fuerte argumento que tiene títulos para que se lo tome respetuosamente en cuenta.

3) Una decisión solo es obligatoria respecto de su *ratio decidendi*.

4) Un precedente no pierde vigencia, aunque los precedentes muy viejos no son en principio aplicables a circunstancias modernas.

No es fácil decidir en qué medida los jueces ingleses y norteamericanos —en concordancia con la doctrina de la "fuerza obligatoria"— asignan en realidad mayor importancia al precedente en sus decisiones que sus colegas de Europa continental. Esto no puede darse por supuesto.

Por un lado, es un hecho que los jueces anglo-sajones, sin sentirse trabados por la doctrina de *stare decisis*, dejan a un lado con frecuencia aquellos precedentes que ya no guardan armonía con las nuevas condiciones. La mejor prueba de ello se encuentra en el hecho de que el *common law* que se ha desarrollado a través de la práctica de los tribunales no es hoy el mismo que hace cien años. Ha habido cambios y aún se siguen produciendo. Esto no es incompatible con la doctrina de *stare decisis*. Lo decisivo al considerar esta doctrina no es el problema ideológico de determinar si los precedentes poseen en realidad "fuerza obligatoria" o no (sino) saber si la doctrina suministra a este respecto criterios objetivos tales, que al apreciar la fuerza motivadora de las decisiones anteriores es posible hablar de una limitación genuina a la libertad del juez. Y esto tiene que ser negado, por dos razones en particular.

a) En primer lugar, como ya hemos expresado, un precedente solo es considerado obligatorio en cuanto a la *ratio decidendi* del fallo.<sup>10</sup> Esto significa el principio general de derecho que necesariamente hay que introducir como premisa para fundar la decisión. Pero al determinar el principio básico de un caso el juez no está obligado por las declaraciones hechas por el juez que lo decidió; se considera que el segundo juez tiene derecho a interpretar la decisión a la luz de su propia razón.<sup>11</sup> Pero es obvio que podemos considerar

<sup>10</sup> Véase ALLEN, *ibid.*, 227 y sigs.; G. W. PATON, *Jurisprudence*, 1946, 159-161.

<sup>11</sup> "Cuando se trata de *case law*", y no hay norma legislada, el juez no está sometido a la enunciación de la regla de derecho hecha por el juez anterior, ni siquiera en el supuesto de que la regla haya sido enunciada en el '*controlling case*'. Tal enunciado es simple *dictum*, y esto quiere decir que el juez del caso presente puede hallar irrelevante la existencia o la ausencia de otros hechos que los jueces anteriores consideraron importante. No es lo que se propuso el juez anterior lo que tiene importancia; lo que la tiene es, por el contrario, lo que el juez del caso presente,

a una decisión como derivada de una gran variedad de reglas generales, todo según qué hechos del caso juzguemos relevantes. Un autor norteamericano<sup>12</sup> cita el siguiente ejemplo:

El padre de A. la induce a que no se case con B., a quien A. ha dado palabra de casamiento. El juez decide que el padre no es responsable frente a B. por su actitud. Esta decisión puede fundarse en una serie de proposiciones de amplitud creciente. He aquí unas pocas de ellas:

1) El padre tiene derecho a inducir a sus hijas a violar promesas de matrimonio.

2) Los padres (es decir el padre y la madre) tienen ese derecho.

3) Los padres (es decir el padre y la madre) tienen tal derecho tanto respecto de las hijas como de los hijos.

4) Todas las personas tienen derecho a inducir a las demás a violar promesas de matrimonio.

5) Los padres tienen tal derecho respecto de cualquier promesa hecha por sus hijos.

6) Todas las personas tienen tal derecho respecto de cualquier promesa hecha por cualquier persona.

Aun cuando muchas de estas interpretaciones posibles están más allá de lo que, pensamos, un juez podría sostener, no puede negarse que el juez tiene considerable libertad para interpretar la *ratio decidendi* de tal manera que un precedente invocado no constituya necesariamente un obstáculo a la decisión que, por otros motivos, él desea dictar. La siguiente cita es oportuna:

En cualquier intento de descubrir lo que son los hechos relevantes surgen muchas dificultades. Así en *Donoghue v. Stevenson*<sup>13</sup> se decidió que un fabricante de cerveza de jengibre tenía el deber frente al consumidor de impedir que restos descompuestos de caracoles causaran a éste trastornos gástricos. Hubiera parecido absurdo limitar la *ratio* a la cerveza de jengibre. Pero ¿se limitaba la regla a alimentos? ¿O a cosas capaces de provocar daño a la vida, a la salud o a la integridad física? ¿Era relevante el hecho de que no hubiera habido posibilidad de un examen intermedio por el minorista? ¿O bastaba que la cosa hubiera llegado al consumidor sujeta al mismo defecto, no existiendo probabilidad comercial de un examen intermedio? Han sido menester muchas decisiones para elaborar el significado real de la doctrina. El profesor Goodhart sugiere que un hecho

que trata de ver al derecho como un todo dotado de un razonable grado de consistencia, piensa que debe ser la clasificación determinante". EDWARD H. LEVI, *An Introduction to Legal Reasoning*, 1949, 2.

<sup>12</sup> H. OLIPHANT, "A Return to *Stare Decisis*", *Amer. Bar Ass. Jo.*, t. 14, 1928, 71 y sigs., 159 y sigs.

<sup>13</sup> 1932, A. C. 562.



## SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA

es relevante a menos que expresa o implícitamente sea considerado irrelevante, pero la dificultad consiste en descubrir qué es lo implícito. En verdad frecuentemente no podemos descubrir el punto respecto del cual un caso tiene fuerza obligatoria, a menos que lo consideremos en relación con casos anteriores o posteriores. Un caso, por decir así, indica un punto en el gráfico, pero para trazar la curva del derecho necesitamos una serie de puntos.<sup>14</sup>

b) En segundo lugar, aun cuando el juez no desee discutir la ratio decidendi de un precedente, le es posible distinguir el caso presente del anterior. Las circunstancias efectivas nunca son idénticas. El propio juez estima cuáles de ellas son relevantes, y puede eludir un precedente invocado si sostiene que en un aspecto u otro el caso en consideración difiere del anterior, de modo que éste no lo obliga.<sup>15</sup>

En consecuencia, la doctrina de *stare decisis* es en realidad solo una ilusión. Es una ideología mantenida por ciertas razones para ocultar a sus propugnadores y a los demás la libre función creadora de derecho que tienen los jueces, y para transmitir la impresión engañosa de que éstos solo aplican el derecho ya existente, que puede ser determinado por virtud de un conjunto de reglas objetivas como indica la doctrina de *stare decisis*.<sup>16</sup>

Por otra parte, es también un hecho que aun cuando no se ponga que el precedente posee fuerza obligatoria, los jueces de Europa continental son influidos en gran medida por decisiones anteriores, y solo rara vez y a disgusto se apartan de la práctica aceptada. Pero también aquí es difícil descubrir qué es lo que realmente pasa en la realidad, en parte porque a menudo los considerandos no invocan el precedente y en parte porque con frecuencia las nuevas líneas jurisprudenciales no aparecen como un abandono abiertamente admitido de la práctica anterior. En el continente europeo no ha

<sup>14</sup> Cita de G. W. PATON, *Jurisprudence*, 1948, 160.

<sup>15</sup> Este resultado puede ser obtenido "limitando un caso a sus hechos particulares". "Y cuando vemos que se afirma esto acerca de un caso pasado, entonces sabemos que de hecho el caso ha sido 'overruled'. Solo un convencionalismo, un convencionalismo de alguna manera absurdo, impide que en tales supuestos se recurra a un liso y llano *overruling*". K. N. LEWELLYN, *The Bramble Bush*, 1951, 67.

<sup>16</sup> Aunque Allen adhiere a la doctrina tradicional de que el juez está obligado por los precedentes, admite que corresponde al propio juez decidir si en las circunstancias dadas existe tal obligación. "Decimos que está obligado por las decisiones de tribunales superiores; y sin duda lo está. Pero el tribunal superior no encadena al juez; es éste el que se encadena a sí mismo. El juez tiene que decidir si el caso que se le invoca se adecua a las circunstancias en cuestión y si encarna con precisión el principio que él busca. El funcionario judicial más modesto tiene que decidir por sí mismo si está o no obligado en las circunstancias particulares del caso, por una decisión determinada de la Cámara de los Lores" C. K. ALLEN, *Law in the Making*, 4ª ed., 1948, 247-48.

prevalecido una ideología correspondiente a la anglo-americana, presumiblemente en razón del papel mucho más sustancial que desempeña aquí la legislación como fuente de derecho. El deseo de ver al juez obligado por un derecho objetivamente determinado, establecido de antemano, es satisfecho aquí por la doctrina de la absoluta "fuerza obligatoria" de la ley.

En vista de estas circunstancias, forzoso es reconocer que no existen puntos de comparación directa entre los dos sistemas respecto del papel que de hecho desempeña el precedente como factor de motivación en la práctica judicial. Sobre lo único que podemos pronunciarnos con alguna certeza es acerca de la ideología proclamada, pero ella no indica cómo son efectivamente las cosas.

Sin embargo, es posible apuntar varias circunstancias de hecho que en medida mucho mayor que la ideología pueden explicar la diferencia entre los dos sistemas y mostrar por qué el precedente y la legislación desempeñan un papel diferente en cada uno de ellos.

En primer lugar, se encuentra el papel tradicionalmente desempeñado en la evolución del derecho por el jurista académico y la legislación sistemática. La diferencia fundamental entre los dos sistemas ha de ser buscada en este punto. En la tradición de Europa continental el derecho es en gran parte un producto académico, y lleva por ello, en un grado correspondiente, el sello del pensamiento académico y su tendencia al análisis sistemático y a la racionalidad. Con fundamento firme en la tradición del derecho, y mediante el pensamiento racional, se intenta llegar a principios generales que sirvan de guía, y sistematizar las normas jurídicas de conformidad con esos principios. Sin la tradición académica y sin los estudiosos del derecho, que han desempeñado su papel desde el tiempo de los glosadores hasta hoy, las codificaciones de Europa continental no serían concebibles. En Inglaterra, por su parte, fue el jurista práctico —el juez— quien influyó preponderantemente en el desarrollo del derecho, el que evolucionó así siguiendo las líneas de un método experimental. Mediante un proceso gradual de ensayo y error desde un caso a otro, se intentó formular una "doctrina" para expresar el derecho que rige una cierta esfera de la vida. Solo en tiempos modernos ha aparecido una tendencia a sistematizar y generalizar el material jurídico desarrollado de aquella manera. Bajo la presión del abrumador número de precedentes que amenazan con hacer estallar las bibliotecas, los norteamericanos han producido una serie de *restatements*, esto es, codificaciones a la manera europea, pero desprovistas de autoridad oficial. Estos *restatements* son el resultado de vastos trabajos colectivos realizados por estudiosos del derecho. En Inglaterra, también, los trabajos doctrinarios de sistematización desempeñan un papel cada vez mayor. El próximo paso en el desarrollo será quizás una codificación, dotada de autoridad por vía de legislación. Entonces desaparecerá la diferencia real

entre el derecho de Europa continental y el anglo-americano, aunque la doctrina de *stare decisis* permanezca inalterada.

Es comprensible que la concepción del precedente como una fuente del derecho "dotada de autoridad" haya tenido origen en un sistema en el que el derecho se desarrolló a través de la práctica de los tribunales, y en el que la legislación ha desempeñado un papel secundario. Pero, como dice notar, no puede darse por admitido que la doctrina de *stare decisis* refleja una situación efectiva, en el sentido de que los jueces anglo-americanos se sienten obligados por el precedente en un grado mayor que sus colegas de Europa continental. Por el contrario, se podría suponer que los jueces de Europa continental no se sienten responsables de la evolución del derecho en la misma medida que sus colegas anglo-americanos, sino que tienden a dejar en manos del legislador cualquier intento de reforma, por lo menos en aquellas esferas jurídicas que tradicionalmente y de modo regular están sometidas a la legislación. Si esto fuera así resultaría que, en contra de lo que proclama la ideología oficial, el juez estaría en los hechos menos dispuesto a apartarse del precedente.

Además, la manera tradicional de redactar las decisiones tiene una importante influencia en el peso que en la práctica se atribuye al precedente. Los fallos de los jueces ingleses se destacan por su amplio examen de los puntos de vista jurídicos que fundamentan la decisión. Aun cuando según la doctrina oficial tales razonamientos no son obligatorios para interpretar la *ratio decidendi* de la decisión, es obvio que en los hechos tienen gran importancia. Ellos ofrecen al nuevo juez una abundante riqueza de material para su guía. La práctica en Europa continental sigue líneas diferentes. En Dinamarca, por ejemplo, existe la tendencia a expresar el razonamiento de los fallos en los términos más concretos y no comprometedores posibles. El resultado natural es que las decisiones pierden valor como precedentes orientadores.

Otro factor es la cantidad y accesibilidad de los precedentes. El hábito de invocar precedentes en los escritos y peticiones de los abogados exige colecciones de repertorios analíticos con resúmenes de decisiones en una escala tal que es desconocida en los países de Europa continental.

## XVIII LA COSTUMBRE

Es un hecho sociológico bien conocido que la vida de un pueblo primitivo está regulada por la costumbre hasta en los menores detalles. Hay normas consuetudinarias sobre la manera de cazar, de pescar y de hacer la guerra, sobre el reparto del botín, las relaciones sexuales, el trato social, las buenas maneras, el cumplimiento de las

ceremonias religiosas y mágicas, etc. La costumbre es un modo de conducta que es generalmente seguido y que es vivido (*experientia*) como obligatorio, cualquier trasgresión suscita desaprobación de parte de la tribu. Tal reacción emana originalmente del grupo como un todo y puede asumir una gran variedad de formas: desde la pena de muerte, el castigo corporal y la expulsión de la tribu, hasta la expresión del desprecio público y del ridículo.<sup>17</sup>

Tal como ha observado Abraham Tucker "es un argumento constante entre la gente común que una cosa tiene que ser hecha y debe ser hecha porque siempre se ha hecho". Los niños exhiben respeto hacia lo consuetudinario, y lo mismo ocurre con los salvajes. Si uno le pregunta a un café por qué hace esto o lo otro, él contestará: "¿Cómo puedo explicarlo? Nuestros antepasados siempre han procedido así". La única razón que pueden dar los esquimales para algunas de sus costumbres, a las que prestan adhesión por temor al que dirán, es que "los antiguos lo hacían y en consecuencia hay que hacerlo". En la conducta del aletiano, que "se avergüenza si es sorprendido haciendo algo que en su comunidad no se acostumbra hacer", y en el terror del europeo medio de parecer peculiar, reconocemos la influencia de la misma fuerza del hábito.<sup>18</sup>

Aun entre los pueblos muy primitivos se encuentra a veces un caudillo, un grupo de ancianos, un consejo de sacerdotes, un tribunal de algún tipo, que en caso de dudas decide si deben aplicarse sanciones.<sup>19</sup> Esto podría ser considerado como el primer germen de una "autoridad pública". A partir de allí se desarrolla gradualmente un poder judicial organizado y establecido, y, más tarde, grupos especiales, cuya función es legislar y ejecutar las decisiones en forma compulsiva. De esta manera se crea poco a poco una maquinaria jurídica y un sistema de autoridades públicas que pretenden monopolizar el ejercicio de la fuerza. Así, en forma gradual, el derecho y la costumbre se diferencian: por un lado, las normas que están respaldadas por el ejercicio organizado de la fuerza, y por el otro, aquellas que solo hallan respaldo en las reacciones espontáneas no violentas (desprecio, ridículo, etc.).

Es evidente que el poder judicial precede siempre al legislador. El juez formaba originariamente su juicio de acuerdo con las reglas tradicionales de la costumbre. Paulatinamente, a medida que surgían situaciones nuevas, el juez fue "descubriendo" lo que era correcto o adecuado, esto es, las reglas tradicionales fueron adaptadas y desarrolladas según el espíritu tradicional para atender las nuevas necesidades. A través de la práctica de los tribunales, con el correr del tiempo, llegó a adquirir expresión y a consolidarse un

<sup>17</sup> Véase EDWARD WESTERMACK, *The Origin and Development of the Moral Ideas*, I, 1924, 170 y sigs.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pág. 159.

<sup>19</sup> *Ibid.*, pág. 173.

caudal de ideas jurídicas vivas que brotaban en la conciencia del pueblo, o por lo menos en la de los expertos en cuestiones de derecho.

Respecto del derecho primitivo, por lo tanto, no cabe preguntarse si la costumbre es una fuente del derecho, ni por qué lo es. La costumbre es el punto de partida natural de la evolución jurídica. Desde la perspectiva de la evolución histórica el gran problema es más bien el de la génesis de un poder legislativo. Es decir, cómo llegó a nacer y a perdurar la ideología de que ciertas personas poseen autoridad para proclamar nuevas normas que han de ser aceptadas como "válidas" por los jueces y por los súbditos.<sup>20</sup> Este problema apunta al origen de una ideología política y es un tema de la sociología jurídica, no de la filosofía del derecho. Aceptamos el desarrollo de un poder legislativo como un hecho.

Puede suponerse que el grueso de la legislación consistió en un principio en codificar derecho que ya estaba vigente. Solo en forma lenta y gradual la legislación llegó a ser un instrumento social y político para la regulación consciente y deliberada de la vida de la comunidad. Mientras que (la costumbre) determinó originariamente al derecho, con el correr del tiempo el derecho determinó en forma cada vez más creciente a la costumbre. Pero es fácil de ver que el poder del legislador para conformar el desarrollo del derecho ha sido limitado. En los casos en que la discordancia entre el derecho y las ideas jurídicas recibidas ha sido muy grande, el primero no ha podido modificar la conciencia jurídica y ha quedado como letra muerta.

A medida que el derecho fue haciéndose progresivamente más fijo mediante la legislación y la práctica de los tribunales, la costumbre fue perdiendo importancia como fuente de derecho. Hoy en día la costumbre —fuera de los usos comerciales— tiene papel secundario.

La costumbre como fuente de derecho suscita un problema que ha ocupado y continúa ocupando un lugar en la historia de la filosofía jurídica que no guarda proporción con el lugar que ocupa la costumbre en las comunidades modernas. Parece obvio que no toda costumbre puede ser considerada como fuente de derecho. Se dice que solo la costumbre jurídica lo es, y esta es caracterizada por un elemento especial en términos de experiencia psicológica, llamado *opinio necessitatis sive obligationis*. Esto es, el sentimiento de hallarse obligado, o la convicción de que la conducta exigida por la costumbre es también un deber jurídico.

<sup>20</sup> "Los indios norteamericanos dicen a veces: 'En tiempos pasados no había luchas por cotos de caza o lugares de pesca. No había entonces ley, de modo que todo el mundo hacía lo que era justo.' La expresión pone en claro que en tiempos pasados ellos no se consideraban sometidos a un control social impuesto desde afuera." RUTH BENEDICT, *Pattern of Culture*, Mentorbook ed., 1948, 233.

Esta explicación, sin embargo, puede no ser correcta. Toda costumbre, incluso la que me lleva a presentarme con una vestimenta apropiada, es vivida (felt) como obligatoria, y el comportamiento que va en contra de ella, como algo que merece desaprobación. Este sentimiento y esta reacción definen a la costumbre como algo distinto de la mera convención y de la práctica común. La costumbre jurídica tampoco puede ser caracterizada por la convicción de que la conducta exigida por ella es un deber jurídico, convicción que necesariamente equivale a la expectativa de que la costumbre habrá de ser aceptada por los tribunales como pauta para fundar decisiones. Tal convicción no puede surgir arbitrariamente (sino) que tiene que ser motivada y justificada por alguna cualidad inherente en la costumbre que es considerada obligatoria, y que la distingue de otras costumbres. La convicción del carácter jurídico de la costumbre tiene que derivarse forzosamente de un criterio objetivo y la costumbre no puede definirse por aquella convicción, tal como el hierro no puede definirse diciendo que es la sustancia que generalmente es considerada hierro.

Tenemos que buscar la explicación de la costumbre como fuente, de acuerdo con nuestro esquema de la historia de la evolución del derecho. En un principio todas las relaciones de la vida común en el grupo social estaban igualmente sometidas a la regulación no organizada de la costumbre, pero la diferenciación de un orden jurídico fundado en la aplicación de la fuerza física dividió aquellas relaciones. Amplias esferas de la vida de la comunidad llegaron a ser objeto de regulación jurídica. Otras esferas, en las que la aplicación de medidas de fuerza no se consideró necesaria, quedaron reguladas por usos convencionales, con sanciones limitadas a la presión no violenta. Una costumbre jurídica es simplemente una costumbre que rige en una esfera de la vida que está (o que llega a estar)<sup>21</sup> sometida a regulación jurídica. Esta teoría explica qué razones tiene el juez para tomar a estas costumbres en consideración y explica también por qué la reacción del juez puede ser anticipada por aquellos que practican la costumbre. La *opinio necessitatis* que caracteriza a toda costumbre está ligada a la expectativa de una reacción social de desaprobación, en una u otra forma, contra aquel que viola la costumbre. En una esfera de vida que se halla sometida a la regulación jurídica dicha expectativa asume esta forma: se prevén sanciones jurídicas si la cuestión es llevada a los tribunales. Así en este campo el sentimiento general de hallarse obligado (*opinio necessitatis*) se combina con una expectativa que bien puede ser calificada de actitud ético-jurídica.

<sup>21</sup> Pienso aquí que una esfera de vida hasta ese momento fuera del campo del derecho es sometida a la regulación de éste mediante la práctica de los tribunales.

Una decisión noruega se refiere al caso del propietario de una pequeña granja en Trysil que presentó una demanda sosteniendo que, de acuerdo con una costumbre de dicha zona, los pequeños propietarios tenían derecho a apropiarse de la madera caída que se encontraba en tierra ajena. No se aceptó la existencia de tal costumbre; pero si se la hubiera aceptado, habría constituido un caso claro de costumbre jurídica, ya que las cuestiones relativas a la propiedad están reguladas por el derecho.

Es costumbre jurídica un uso vigente en el comercio de maderas, con arreglo al cual se considera como pago al contado el pago hecho dentro de los treinta días de la fecha de la factura, y lo es porque la cuestión referente a la oportunidad del pago está sometida a regulación jurídica.

Inversamente, la costumbre que exige el uso de un atuendo especial en la ceremonia de graduación de la Universidad no es una costumbre jurídica, ya que, dentro de los límites de la decencia, las cuestiones de vestimenta no están normalmente regidas por el derecho. (Sin embargo hay una *opinio necessitatis sive obligationis* muy definida, ligada, ciertamente, con esta costumbre.) Pero cuando en casos excepcionales la forma de vestir está regida por el derecho, como ocurre con los uniformes, es posible que surjan costumbres jurídicas dentro de tales esferas particulares.

Dentro de un sistema jurídico evolucionado en el que la diferencia entre derecho y usos convencionales puede ser considerada completa, normalmente no hay dudas, por lo tanto, sobre cuáles son las costumbres que se consideran fuentes de derecho. Puede haber incertidumbre, sin embargo, particularmente en relación con las costumbres comerciales, acerca de la existencia de una costumbre determinada. Esto es, si existe como orden frente al cual la gente se siente obligada, y cuya violación merece desaprobación general, o si, por el contrario, la pauta de comportamiento no es más que un hábito o uso convencional sin ninguna calidad normativa, que existe, por ejemplo, por razones de conveniencia técnica. La mayor parte de nosotros, por ejemplo, encendemos la luz cuando se pone oscuro, y nos abrigamos cuando el tiempo está frío, pero hacemos esto sin sentirnos obligados por una costumbre, y no hay desaprobación social si alguien actúa de manera diferente. La distinción entre costumbre y práctica común (uso convencional), empero, no es siempre fácil. Puede ser difícil decidir, por ejemplo, si la concesión de un precio regular, de un servicio o de un beneficio similar, es simplemente una conveniencia (es decir, un método general de competencia) o una costumbre.

En los sistemas jurídicos primitivos, por otra parte, no puede trazarse una línea de división tajante entre las costumbres jurídicas y las que no lo son, porque la diferenciación entre las esferas de vida reguladas por el derecho y las libradas a los usos convencionales,

no ha sido completada. Las condiciones se encuentran todavía en un estado de evolución, y es tarea propia del juez (y del legislador) decidir qué costumbres han de ser transformadas en derecho y cuáles no. Tal es lo que en gran medida ocurre con el derecho internacional. Es difícil decidir si una costumbre internacional será aceptada como derecho o simplemente considerada como parte de la *comitas gentium*. Muchas costumbres relativas a la práctica diplomática y a las demostraciones de honor entre Estados son de este carácter, y el problema de determinar qué costumbres deben ser aceptadas como derecho solo puede ser resuelto por decisiones futuras o por la codificación.

En el estado moderno, por lo tanto, una costumbre jurídica es índice de que en determinadas situaciones ciertas reglas jurídicas que, normalmente reciben aplicación, no son observadas por sectores más o menos grandes de la población, que acatan en cambio la regla consuetudinaria. Las leyes generales que regulan la propiedad pueden ceder, por ejemplo, ante una costumbre (local) que autorice la apropiación de madera caída en tierra ajena. Ahora bien, es fácil que tal estado de cosas pueda impulsar a un juez a apoyarse en la costumbre para arribar a una decisión. Un fallo dictado sobre esta base se adecuará mejor a las ideas y expectativas de las partes y, en consecuencia, será considerado justo y propio. Robustecerá la confianza en los tribunales y el sentimiento de certeza, en el sentido que el lego asigna a esta palabra, esto es, como concordancia entre la decisión y las expectativas de la conciencia jurídica popular.<sup>22</sup> Por otra parte, puede imaginarse también que el juez considere que la costumbre es tan contraria a principios jurídicos fundamentales (tan irrazonable), que se niegue a aceptarla.

La razón básica por la que el juez toma en cuenta la costumbre es el elemento psicológico —el sentimiento de obligación o validez— con el que la conducta consuetudinaria es vivida (*experientia*). La conducta exterior, por otra parte, solo es significativa como indicación externa y visible y prueba de que ese sentimiento existe con seriedad y vigor tales que es capaz de prevalecer en forma efectiva dentro de un determinado grupo. Vistas así las cosas el juez no tiene por qué exigir que la costumbre haya sido observada durante un cierto lapso, cuando las circunstancias proporcionen fundamento suficiente para creer que ha llegado a predominar una actitud ético-jurídica con cierto grado de estabilidad. Cuando la exigencia de la conducta exterior y del factor tiempo se debilitan, la costumbre como fuente de derecho conduce imperceptiblemente a situaciones en las que el juez es motivado por una nueva concep-

<sup>22</sup> La certeza jurídica, en el sentido que le asigna el profesional, significa el grado de probabilidad con que el jurista experto puede calcular de antemano las reacciones del tribunal.

ción jurídica de la comunidad, aun cuando tal concepción no haya encontrado expresión en ninguna costumbre.

Hay un dominio particular en el que la doctrina tradicional de que una costumbre tiene que haber sido observada por largo tiempo para ser reconocida como jurídica, es, evidentemente, inadecuada. Las costumbres relativas al comercio —especialmente las costumbres o usos comerciales de un gremio particular— no son por lo común muy antiguas. No obstante ello, es obligatorio, además de ser una práctica jurídica general, tomarlas en consideración al interpretar los contratos.

La doctrina tradicional del derecho consuetudinario, como la doctrina inglesa del precedente, trata de establecer bajo qué condiciones objetivas el juez está obligado por una costumbre. Desde el tiempo del desarrollo de esta doctrina en la teoría romano-canónica de los siglos XII a XVI (período de los glosadores) hasta nuestros días, los pormenores de la formulación de aquellas condiciones ciertamente han variado; la idea subyacente, empero, ha sido la misma, a saber, que es posible enunciar criterios objetivos para determinar cuándo una costumbre es "obligatoria". Para el derecho inglés Allen ha formulado las condiciones siguientes.<sup>23</sup>

La costumbre tiene que:

- 1) ser "inmemorial", esto es, haber existido por lo menos desde el año 1189. Cuando la costumbre ha tenido vigencia por un tiempo largo, se presume que ha existido desde aquella fecha;
- 2) haber sido acatada continuamente;
- 3) haber sido ejercida en forma pacífica y nec clam nec precario;
- ④ haber sido sustentada por la opinio necessitatis;
- 5) ser cierta; y
- ⑥ ser razonable, lo que implica entre otras cosas que no tiene que ser incompatible con los principios fundamentales del common law y del derecho legislado.

Si hay pruebas de que tales condiciones se encuentran satisfechas (dice Allen) el juez tiene el deber de declarar que la costumbre es derecho válido. Esta doctrina —como la doctrina del precedente— es una ideología, cuya función consiste en ocultar la libertad y la actividad jurídica creadora del juez. Es obvio que las condiciones establecidas, en particular, en 4) y 6), dejan al juez amplia libertad.

<sup>23</sup> ALLEN, op. cit., págs. 127 y sigs.

XIX LA TRADICIÓN DE CULTURA ("RAZÓN")

En el párrafo anterior intenté mostrar cómo el derecho se desarrolló originariamente a partir de costumbres de la tribu, hasta ser gradualmente establecido mediante la práctica de los tribunales y la legislación. El derecho creado de esta manera es llamado derecho positivo. La expresión sugiere la existencia del derecho en la forma de normas objetivamente fijas. Esta positividad es más manifiesta en el derecho legislado, esto es, el derecho que ha hallado formulación verbal revestida de autoridad. Pero el derecho del caso (*case law*), especialmente si hay una práctica de larga data, posee también un alto grado de positividad, aun cuando carezca de formulación verbal revestida de autoridad.

El derecho legislado no es, por supuesto, un *fiat* arbitrario emanado del legislador. El poder de éste es un poder sobre los espíritus de los hombres y reposa en la conciencia jurídica institucional (par. XI). Pero hay un límite para la posible discordancia entre el respeto leal hacia el derecho legislado, por una parte, y por la otra las costumbres tradicionales de la comunidad y la tradición cultural en que se sustentan. Las costumbres populares no son absolutas ni últimas, sino que son manifestaciones de una fuente aún más profunda. En todo pueblo vive una tradición común de cultura que anima todas las formas manifiestas de vida de aquél, sus costumbres y sus instituciones jurídicas, religiosas y sociales. Es difícil describir la naturaleza y esencia de esta tradición. Se puede hablar de un conjunto de valoraciones, pero esta expresión es engañosa porque puede sugerir principios de conducta y standards formulados en forma sistemática. Sería mejor decir que bajo la forma de mito, religión, poesía, filosofía y arte, vive un espíritu que expresa una filosofía de la vida, que es una íntima combinación de valoraciones (actitudes, par. LXX) y de cosmogonía teórica, que incluye una teoría social más o menos primitiva. Pero sería erróneo pensar, en base a esta distinción abstracta, que la común tradición de cultura es algo compuesto en parte de actitudes valorativas y en parte de una concepción teórica de la realidad. El mito es un credo sobre la creación y la naturaleza del mundo, el poder de los dioses y sus vidas, los orígenes de un pueblo, su historia, destino y misión, la lucha entre el mal y el bien, el origen de la vida y su significado, el lugar de la humanidad respecto de los dioses y de la naturaleza. La religión, la poesía, la filosofía y el arte, se ocupan, en formas diversas, de los mismos objetos. Y todos ellos son, en igual medida, la expresión de ideales, de formas de vida y de creencias teóricas. El concepto "credo" está caracterizado precisamente por esta dualidad. Un credo es una creencia teórica cuya función principal es expresar una filosofía de la vida.



El intento de distinguir entre una aprehensión no valorativa y una actitud valorativa —distinción que es principio orientador de la ciencia— es un fenómeno muy posterior, que se da dentro de una esfera particular de cultura, que es cultivado por un pequeño círculo de especialistas, a menudo con escaso éxito.

La tradición de cultura no es inmutable. El factor de cambio en su desarrollo parecería ser cierta captación racional de tipo más o menos científico que lentamente va surgiendo de la experiencia. De ella proviene, por una parte, un cambio de técnica en todas las fases de la vida —métodos de producción, métodos bélicos, métodos político-administrativos, etc.— y, por otra parte, una revisión crítica de los mitos fundamentales; y ambos actúan en forma refleja sobre la tradición de cultura.

Me limito a señalar aquí estos hechos elementales —cuya adecuada descripción puede hallarse en trabajos sobre sociología de la cultura<sup>24</sup>— para poner en claro cuán poco realista es ese tipo de positivismo jurídico que limita el derecho a las normas puestas por las autoridades y que crea que la actividad del juez solo consiste en una aplicación mecánica de ellas. Podemos comparar dichas normas positivas con cristales que se han depositado en una solución saturada, y que se conservan por obra de esa solución, pero que se destruirían si fueran colocados en un fluido diferente. O podemos compararlas con plantas que mueren cuando son arrancadas del suelo nutritivo en el que crecieron. Las normas jurídicas, al igual que toda otra manifestación objetiva de la cultura, no pueden ser entendidas si se las aísla del medio cultural que las ha originado. El derecho está unido al lenguaje como vehículo para transmitir significado, y el significado atribuido a los términos jurídicos está condicionado de mil maneras por presuposiciones tácitas en la forma de credo y prejuicios, aspiraciones, standards y valoraciones, que existen en la tradición de cultura que rodea por igual al legislador y al juez.

En el cumplimiento de su misión el juez se halla bajo la influencia de la tradición de cultura porque es un ser humano de carne y hueso y no un autómatas, o mejor dicho, porque el juez no es un mero fenómeno biológico sino también un fenómeno cultural. Él ve en su actividad una tarea al servicio de la comunidad. Desea hallar una decisión que no sea el resultado fortuito de la manipulación mecánica de hechos y párrafos, sino algo que tenga un propósito y un sentido, algo que sea "válido". La tradición de cultura adquiere primordialmente significado porque el juez lee e interpreta el derecho en su espíritu (ver próximo capítulo). Pero

<sup>24</sup> Véase, por ejemplo, RUTH BENEDICT, *Patterns of culture*, 1934. En relación con la palabra "mito", véase R. M. MAC IVER, *The Web of Government*, 1948, 3 y sigs. y 447 y sigs.

la tradición de cultura puede también actuar como una "fuente de derecho" directa, esto es, puede ser el elemento fundamental que inspira al juez al formular la regla en que basa su decisión.

¿Puede surgir una situación en la que el juez sea incapaz de hallar entre las fuentes positivas alguna regla que pueda tomarse como fundamento para su decisión. El juez siempre puede fallar en favor del demandado sobre la base de que "no hay norma con autoridad" que sustente la pretensión del actor. Tal sería probablemente el resultado si, por ejemplo, A inicia un juicio para que se ordene a su vecino B que retire una estatua emplazada en el jardín del último, cuya mala calidad artística resulta intolerable para A, que puede verla desde sus ventanas. Pero el resultado no sería necesariamente el mismo si A pretende que se prohíba a B usar la historia de la vida del primero como tema para una película. Podría ser que en este caso un fallo en favor del demandado pareciera insatisfactorio a los ojos del juez, por cuanto tal resultado, quizás, no armonizaría con las actitudes y puntos de vista inherentes a la tradición jurídica y cultural que determina la reacción emocional de aquél. En tal supuesto el juez puede sentirse poco inclinado a rechazar la demanda porque "no hay norma con autoridad" que le dé apoyo. La ausencia de toda norma con autoridad es vivida (felt) como una falta, como un defecto o "laguna" en el derecho, que el juez debe suplir. Éste lo hará decidiendo la concreta cuestión planteada en la forma que estime justa, y al mismo tiempo tratará de justificar su decisión destacando aquellos puntos del caso que le parecen relevantes. Y así, inspirado por las ideas fundamentales de la tradición jurídica y cultural, el juez formará, como quien dice, experimentalmente, una regla jurídica general. A través de una serie de decisiones referentes a circunstancias análogas los perfiles de esa regla se irán fijando en forma gradual, y hará su aparición un derecho de precedentes creado por el juez.

Al preparar así el camino para un nuevo derecho, el juez puede dejarse orientar directamente por su "sentido de justicia", o puede intentar racionalizar su reacción mediante un análisis de las consideraciones prácticas sobre la base de un cálculo jurídico-sociológico de los efectos presumibles de una regla general u otra. Pero también en el último caso la decisión surgirá de una valoración fundada en los presupuestos de la tradición jurídica y cultural. Lo que llamemos "razón" o "consideraciones prácticas" es una fusión de una concepción de la realidad y de una actitud valorativa (par. LXXVIII).

La premura del tiempo, sin embargo, impedirá en la mayor parte de los casos todo estudio teórico más profundo de las condiciones sociales involucradas en la cuestión jurídica que el juez tiene que decidir. Librado a sus propias fuerzas, el juez tendrá que confiar principalmente en lo que íntimamente siente. Pero en

relación con esto la doctrina puede suministrar a la práctica un concurso valioso. Porque es precisamente tarea de la doctrina, en consideraciones hechas de *sententia ferenda*, reunir y sistematizar aquellos conocimientos y valoraciones de hechos sociales y circunstancias anexas que pueden constituir una contribución valiosa al progreso del derecho a través de la práctica de los tribunales.

El positivismo, por lo tanto, tiene que ser rechazado, porque le falta comprensión respecto de la influencia de la atmósfera cultural en la aplicación del derecho. Por otra parte, con igual firmeza debemos rechazar la actitud antipositivista corriente que interpreta el fundamento no positivista de las normas positivas en términos metafísicos. Esto es, como un derecho natural basado en una captación racional *a priori*. Bastará a esta altura de las cosas con que nos remitamos al parágrafo XIII y al capítulo XI. La palabra "positivismo" es ambigua. Puede significar tanto "lo apoyado en la experiencia" como "lo que está formalmente establecido". La reacción contra el positivismo que parece ser una característica predominante de la moderna filosofía jurídica está justificada en relación con el último de estos significados, pero no en relación con el primero. Una doctrina realista de las fuentes del derecho se apoya en la experiencia, pero reconoce que no todo el derecho es derecho positivo en el sentido de "formalmente establecido".

#### XX LA RELACION DE LAS DIVERSAS FUENTES CON EL "DERECHO VIGENTE"

En general se admite como cosa que no merece mayor análisis que una ley que ha sido debidamente sancionada y promulgada es derecho vigente por sí misma, esto es, con independencia de su ulterior aplicación en los tribunales. A la inversa, es probable que rara vez se piense que lo que puede ser derivado de la "razón" tenga, nada más que por ello, carácter de derecho vigente; solo el reconocimiento en la práctica de los tribunales confiere tal carácter al producto de la "razón". Con respecto a la costumbre, las opiniones se encuentran agudamente divididas. La doctrina mecánica tradicional del derecho consuetudinario presupone que la costumbre, si llena las exigencias para su reconocimiento como costumbre jurídica, es derecho por sí misma, de la misma manera que lo es una ley. Otros sostienen que la costumbre no se transforma en derecho hasta que sea formulada autoritativamente y reconocida por los tribunales.<sup>25</sup> Mediante este reconocimiento la costumbre recibe un nuevo

<sup>25</sup> Esta es la línea que, siguiendo a Austin, ha adoptado la doctrina inglesa. El mismo punto de vista es sostenido por Lambert en Francia y por una pequeña minoría de autores en Alemania. Confróntese la

*status*, deja de ser algo simplemente fáctico para transformarse en derecho vigente. En el derecho de Europa continental no se plantea el problema respecto de los precedentes, ya que allí éstos no son reconocidos como una fuente jurídica genuina (en sentido metafísico). En el derecho anglo-americano se da por admitido, en general, que los precedentes son, por sí mismos, derecho vigente.

Estas cuestiones por lo común son planteadas de la siguiente manera: ¿En qué medida el derecho existe ya creado en la fuente misma (en la legislación, en la costumbre, en el precedente, en la "razón"), y en qué medida es el juez quien lo crea?

A la luz de nuestro análisis del concepto "derecho vigente" (par. VIII a X) no será difícil, creo, comprender que lo que hemos examinado aquí como si se tratara de la elaboración de un producto material, se refiere en realidad al grado de probabilidad con que puede predecirse la influencia motivadora de una fuente sobre el juez.

Considerar que la ley es derecho por sí misma significa que, generalmente y con un grado de probabilidad muy cercano a la certeza, podemos predecir que será aceptada por el juez. Inversamente, las reglas derivadas de la "razón" no son consideradas directamente como derecho por sí mismas, porque aquí solo podemos hacer conjeturas sobre la reacción de los tribunales. La controversia concerniente a la metamorfosis de la costumbre en derecho refleja el hecho de que aunque puede haber puntos objetivos que den apoyo a un pronóstico, al mismo tiempo el juez tiene amplia libertad para aceptar o rechazar la costumbre.

Se trata de una diferencia de grado. Aun una ley puede, según las circunstancias, ser dejada a un lado por el juez. Esto condujo a Gray a negar que las leyes, como tales, sean derecho. Según Gray, no son más que un factor de motivación, un intento de crear derecho, y no podemos conocer el resultado del intento hasta ver si los tribunales aceptan la ley y cómo la interpretan. Sostuvo este autor, por ello, que el derecho consiste únicamente en aquellas reglas que son aplicadas por los tribunales, y que todo el derecho, por tanto, es de creación judicial.<sup>26</sup> Pero este modo de ver es ilógico. Para saber qué reglas son "aplicadas" en la práctica hay que atender al comportamiento de los tribunales hasta el presente. Esto implica, en consecuencia, que Gray remite a los precedentes como fuente que crea derecho por sí misma. Pero no entiendo por qué Gray no adopta

bibliografía de trabajos sobre derecho consuetudinario incluida en ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, 435 y sigs.

<sup>26</sup> JOHN CHIPMAN GRAY, *The Nature and Sources of Law*, 1909, 84, 125 y pasajes concordantes. Confróntese *supra*, par. XIV, nota 34, y ALF ROSS *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, 59 y sigs.

respecto de los precedentes en tanto que fuentes la misma posición que adopta frente a la ley. También aquéllos no son más que factores motivadores y no sabemos con ninguna certeza qué influencia tendrán sobre las decisiones jurídicas futuras. El problema se reduce a esto: si una regla solo ha de ser reconocida como derecho vigente si podemos decir con certeza que será aplicada por los tribunales en el futuro, entonces ninguna regla puede ser reconocida como derecho vigente. Tal fue la conclusión a que arribaron Jerome Frank<sup>27</sup> y otros realistas norteamericanos, cuando sostuvieron que el derecho no consiste en reglas, sino, exclusivamente, en el conjunto de las decisiones jurídicas específicas.

## XXI LA DOCTRINA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

La caracterización de los diversos tipos de fuentes hecha en la sección precedente es tema propio de una teoría general de las fuentes del derecho. Corresponde a la doctrina de las fuentes del derecho, como parte de la ciencia del derecho (par. V), suministrar una descripción detallada de cada una de las fuentes y de su importancia relativa dentro de un orden jurídico específico.

Tal descripción tiene particular significado respecto de la legislación (en el sentido más amplio) como fuente. Todos los órdenes jurídicos modernos contienen una abundante serie de normas referentes a los diversos procedimientos para formular reglas de derecho, a la relación recíproca entre los diversos niveles del derecho legislado, desde la Constitución hasta los contratos particulares, a la promulgación y puesta en vigor de las leyes, a la delegación del poder legislativo, a la anulabilidad y al control judicial, etc. Todos estos son elementos de la doctrina de las fuentes del derecho aun cuando no se los agrupe bajo este rótulo, y se los incluya bajo rótulos diversos: derecho constitucional, derecho administrativo, derecho de los contratos.

Por otra parte, es prácticamente imposible desarrollar en forma análoga una doctrina de las fuentes del derecho no legislado. Porque, tal como surge de lo que ya hemos dicho, no pueden indicarse las condiciones objetivas para que tenga lugar la influencia motivadora de la costumbre, del precedente y de la "razón". Los intentos de enunciar tales condiciones no son en realidad otra cosa que racionalizaciones ideológicas para mantener la ficción de que el juez únicamente aplica derecho objetivamente existente. En este campo, la doctrina de las fuentes del derecho tiene que limitarse a indicar en términos imprecisos el papel desempeñado por las diversas fuentes en un orden jurídico específico.

<sup>27</sup> JEROME FRANK, *Law and the Modern Mind*, 1930, 46, 132. Confróntese *supra*, par. XIV, nota 3 y ALF ROSS, *Ibid.*, 68 y sigs.

A este respecto puede haber grandes variaciones. Mientras que la legislación tiene un papel preponderante en el derecho continental europeo, el derecho anglo-americano continúa basado en el precedente, aunque hay una creciente tendencia a sistematizar y aun quizás a codificar el derecho del caso. En el derecho primitivo, la costumbre es la fuente primaria, como todavía lo es en el derecho internacional, aunque acompañada hoy por una tendencia a la estabilización, que se acentúa, y que se manifiesta tanto en el desarrollo de un derecho del caso como en la codificación.

La "razón", aquella creación de derecho que sin ninguna objetivación en forma directa se apoya en actitudes culturales fundamentales, valoraciones y *standards*, aparece especialmente en el período que sigue a una revolución. Hasta que los vencedores revisan el derecho legislado y lo reformulan según el espíritu de la revolución, se requiere del juez que se inspire en forma directa en la mitología y filosofía social del nuevo régimen. Después de la revolución bolchevique la filosofía de Marx y la "conciencia revolucionaria de la clase trabajadora" vino a desempeñar el papel de fuente suprema del derecho, tal como lo hicieron la ideología del Führer y el *Mein Kampf* de Hitler en la Alemania posterior a la revolución nazi.<sup>28</sup> Cuando las condiciones llegan gradualmente a estabilizarse y a volver a la normalidad, esta tendencia deja paso a un mayor respeto por el derecho legislado.

## XXII DISCUSIÓN

Tal como se destacó en el párrafo XV, una doctrina realista de las fuentes del derecho tiene que ocuparse de la ideología que efectivamente anima a los tribunales, que los motiva en la búsqueda de las normas que han de tomar como fundamento de sus decisiones. Tal ideología solo puede ser descubierta estudiando la conducta efectiva de los tribunales.

Según el punto de vista corriente, empero, la doctrina de las fuentes del derecho es normativa, no descriptiva (con más precisión: expresiva de normas, no descriptiva de éstas). Apunta a prescribir cómo está obligado a comportarse el juez, y no a describir cómo se comporta en los hechos. Pero ¿a qué tipo de deber se refiere esta doctrina? ¿Y de qué norma obligatoria se deriva ese deber?

Parece obvio que el deber aludido no puede ser concebido como un mero deber moral, porque de otro modo la doctrina de las fuentes del derecho pertenecería a la filosofía moral, y su contenido sería

<sup>28</sup> En relación con los decretos soviéticos del 27 de noviembre de 1917, y del 18 de marzo de 1918, que remiten al juez a la conciencia revolucionaria, véase JOHN N. HAZARD, en el *British Journal of Sociology*, IV, 1953, 1-2.

una cuestión de conciencia. Por supuesto que no es ésa la intención de dicha doctrina.

Pero parece igualmente imposible considerar al deber como una obligación jurídica del juez, en el mismo sentido, por ejemplo, en que un deudor se encuentra en el deber de pagar su deuda. Porque un deber jurídico como éste, a su vez, tendría que fundarse en una regla de derecho derivada de una fuente jurídica. Para determinar, por lo tanto, qué es una fuente de derecho, tendríamos que presuponer un conocimiento de las fuentes del derecho, lo que es un círculo vicioso. Este defecto se hace patente cuando la doctrina de las fuentes del derecho es desarrollada sobre la base de la interpretación de normas positivas, tales como, por ejemplo, el Código Civil suizo, art. 1º, o el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.<sup>29</sup> En estos ejemplos está presupuesto que el derecho legislado y los tratados, respectivamente, son obligatorios para los tribunales, y esto precisamente forma parte de esa doctrina de las fuentes del derecho que se supone debe ser deducida de aquellas normas.

Lo mismo puede decirse, en principio, cuando, como ocurre a veces, al desarrollar la doctrina de las fuentes del derecho se ha afirmado que su autoridad no emana del derecho escrito, sino de la llamada "razón". Esto es, cuando la doctrina se desenvuelve valorando qué actitud puede ser recomendada como la más conveniente en vista de consideraciones diversas.<sup>30</sup> Por interesantes y bien fundadas que sean tales recomendaciones, ellas son irrelevantes para una descripción del derecho vigente, si los tribunales no actúan en los hechos según aquellos puntos de vista.

Frecuentemente, empero, la doctrina normativa de las fuentes del derecho no se refiere a un deber impuesto por el derecho positivo ni a un deber basado en la "razón". De acuerdo con los presupuestos de la filosofía del derecho idealista, la idea es que el derecho posee en sí mismo una validez inherente y supraempírica, o fuerza obligatoria, y que la fuente de derecho es precisamente aquel factor del cual fluye esta validez. Que algo es una fuente de derecho y que el juez está obligado a aplicarlo es, por lo tanto, la misma cosa.

<sup>29</sup> Por ejemplo, MAX GUTH, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 1908; ERIC DANZ, *Einführung in die Rechtsprechung*, 1912; GEZA KISS, "Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht", *Iherings Jahrbücher* LVIII, 1911; y "Theorie der Rechtsquellen in der angloamerikanischen Literatur", *Arch. f. bürgerl. Recht*, XXXIX, 1913, 265 y sigs. Confróntese también ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, 321-322 conjuntamente con la nota 14. El método de derecho positivo es común en los estudios sobre las fuentes del derecho internacional.

<sup>30</sup> PHILIP HECK, *Gesetzesauslegung und Interessen jurisprudenzen*, 1914, representa esa tendencia. Véase, además, ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, Cap. XIII, 2, donde se citan numerosos ejemplos.

No hay aquí, pues, presuposición de ninguna norma, distinta de la fuente de derecho misma, que obligue al juez a seguir la fuente. El deber del juez es solo otra expresión de la idea de que el derecho por sí mismo, esto es, con independencia de toda sanción física, posee "fuerza obligatoria" o "validez" supraempírica.

Si se adopta esta línea de pensamiento, no puede haber varias fuentes independientes de derecho. La unidad del concepto de derecho quedaría destruida si hubiera que asumir, por una parte, que una ley es "válida" porque fue sancionada por una autoridad con poder de mando, y por otra parte, que la costumbre es "obligatoria" porque fue producida por la conciencia jurídica de los súbditos. De acuerdo con el aludido concepto de "validez" del derecho, tiene que haber una fuente, y solo una, de fuerza obligatoria, y todas las otras fuentes tienen que ser consideradas en relación con aquélla.

La doctrina tradicional de las fuentes del derecho consiste principalmente en especulaciones tales como éstas: de dónde derivan las diferentes fuentes del derecho su "fuerza obligatoria", cuál es en última instancia la fuente suprema de toda la "validez del derecho" y qué conclusiones podemos extraer, por lo tanto, respecto de la fuerza relativa de estas fuentes entre sí (por ejemplo, si una costumbre puede abolir una ley, si la libre creación del derecho puede tener lugar no solo *praeter legem*, sino también *contra legem*, etc.). Todo esto es tan ocioso como especulativo. Pueden mencionarse aquí, brevemente, unas pocas teorías en boga.

a) En el continente europeo, seguramente debido a la influencia del sistema político de la monarquía absoluta, la doctrina positivista ha sido predominante. Según ella, en toda comunidad existe una voluntad soberana, que es la fuente suprema de toda validez jurídica. La expresión de esta voluntad, el derecho legislado, es, en consecuencia, la fuente suprema del derecho. A su lado solo se admite la costumbre, la razón de cuya fuerza obligatoria se cree hallar en el reconocimiento —expreso o tácito, especial o general— del legislador.

b) Según la teoría iusnaturalista, la fuente de validez del derecho es la idea de derecho o la idea de justicia, como principio racional a priori. El derecho legislado, en consecuencia, solo posee fuerza obligatoria absoluta en la medida en que es una realización, o un intento de realización, de la idea del derecho. Puesto que se presupone que el derecho natural, aunque con algunas reservas, exige obediencia a las autoridades establecidas de la comunidad, las consecuencias prácticas de la teoría se adecuan a los hechos. Pero se insiste con firmeza en la inadecuación del derecho escrito, y las deducciones "científicas" a partir de la idea del derecho constitu-

yen una fuente importante e independiente al lado del derecho legislado.<sup>31</sup>

c) La escuela romántica o histórica del derecho (par. LVI y LXXXI) creyó hallar la fuente fundamental de la fuerza obligatoria del derecho no en una voluntad soberana ni en principios racionales abstractos, sino en la conciencia jurídica popular revelada en la historia y en la vida de una nación. La costumbre — como espejo del espíritu popular — es, en consecuencia, la fuente suprema del derecho. La legislación es posible no como un acto arbitrario de la voluntad soberana sino únicamente como un intento de conceptualizar la conciencia jurídica del espíritu popular.

<sup>31</sup> Como ejemplo típico, puede citarse la teoría de las fuentes de Gény; sobre el particular véase ALF. ROSS, *ibid.*, cap. III, 5-7.

#### CAPÍTULO IV

#### EL METODO JURIDICO (INTERPRETACION)

#### XXIII DOCTRINA Y TEORIA DEL METODO

En el capítulo II se explicó cómo las proposiciones doctrinarias que aluden al derecho vigente según la fórmula

A — D. es derecho vigente

pueden ser interpretadas como predicciones en el sentido de que bajo condiciones determinadas los tribunales tomarán a D como base para sus sentencias. En el capítulo III se intentó explicar el papel que desempeña la ideología de las fuentes del derecho en relación con tales predicciones.

La doctrina no se limita, empero, a proposiciones que responden a aquella fórmula. Entre otras contiene, por ejemplo, proposiciones referentes a la interpretación de D, esto es, de aquellas normas que son consideradas derecho vigente. Tales enunciados interpretativos, podemos decir en forma provisional, están dirigidos a determinar el significado de la directiva, indicando más específicamente bajo qué circunstancias ha de ser aplicada, y en tal caso cómo ha de conducirse el juez. El artículo 67 de la Constitución dinamarquesa, por ejemplo, garantiza a los ciudadanos la libertad religiosa. Si se sostiene que la palabra "ciudadano" ha de interpretarse aquí en el sentido de que incluye tanto a los nacionales de Dinamarca como a los que no lo son, ello significa que al aplicar el artículo 67 el juez no debe asignar importancia alguna a la nacionalidad de la persona que invoca el derecho a profesar su culto.

Debemos examinar ahora si esos enunciados, referentes a la interpretación, pueden ser considerados como aserciones sobre lo que es "interpretación vigente", análogas a aserciones acerca de lo que es "derecho vigente". Si éste es el caso, entonces también estos enun-



ciados, de acuerdo con su contenido real, han de ser entendidos como predicciones. Esto es, predicciones en el sentido de que tal interpretación recibirá la adhesión de los tribunales cuando la regla en cuestión sea adoptada como base para la decisión de un caso jurídico específico.

Una predicción de este tipo puede apoyarse en precedentes. En ese caso el pronunciamiento referente a la interpretación puede ser equiparado a pronunciamientos sobre el derecho vigente.

Cuando los precedentes no proporcionan un criterio dotado de autoridad, hay que preguntarse si mediante el estudio de la práctica de los tribunales pueden descubrirse ciertos principios —una cierta ideología— que de hecho guía a aquéllos en su aplicación de las reglas generales a los casos específicos. Si esto es posible, entonces también lo es considerar a las proposiciones doctrinarias sobre la interpretación como aserciones acerca de la "interpretación vigente". Esto es, predicciones que nos dicen cómo será aplicada la regla por los tribunales. En la medida, empero, en que la interpretación no pretende estar basada en principios de interpretación "vigentes", ella es política jurídica y no ciencia del derecho.

Tenemos que analizar, por lo tanto, la práctica de los tribunales y tratar de descubrir los principios o reglas que realmente los guían en el tránsito de la regla general a la decisión particular. Esta actividad es denominada "método jurídico" o, en el caso de la aplicación de derecho formulado (derecho legislado en sentido amplio), "interpretación".

Podríamos adelantar que no es posible enunciar una ideología del método con la misma precisión que una ideología de las fuentes del derecho, particularmente en lo que atañe a la interpretación del derecho legislado. No pueden darse reglas fijas. Lo más que puede alcanzarse es, digamos, un estilo de método o estilo de interpretación. Por ello el grado de certeza de las aserciones concernientes a la interpretación vigente es muy bajo. Siendo así las cosas, como se señaló en el párrafo IX, los pronunciamientos teóricos referentes al derecho vigente se confunden con directivas de política jurídica. Por lo tanto es comprensible que muchos juristas no atribuyan a su interpretación el carácter de enunciados teóricos sobre cómo aplicará el juez el derecho, sino de consejos e instrucciones al juez sobre la forma cómo debe hacerlo. Es indudable, sin embargo, que incluso un jurista cuya intención es político-jurídica se deja guiar, consciente o inconscientemente, por el estilo o espíritu del método que en los hechos es "vigente" en los tribunales. Si no lo hace, sus interpretaciones no tienen posibilidad de ser atendidas por éstos. Por otra parte, mientras más inspirada esté su interpretación política por el mismo espíritu y estilo que anima el método de los tribunales, mayor será la probabilidad de que éstos sean permeables a la influencia de aquellos consejos. La interpretación del jurista se tor-

nará "verdadera", y, no obstante su intención en contrario, ella también podrá ser considerada como una predicción acerca de la forma en que los tribunales aplicarán efectivamente el derecho. En la interpretación del derecho vigente se demuestra con la máxima claridad que la ciencia jurídica y la política jurídica no pueden, en último análisis, ser separadas.

Al igual que la doctrina de las fuentes del derecho, una doctrina del método que se proponga servir como guía de la interpretación, tiene que referirse a la manera como se comportan de hecho los tribunales en la aplicación del derecho vigente a situaciones específicas. La doctrina del método debe ser descriptiva, no normativa (descriptiva de normas, no expresiva de éstas). Por supuesto, nada impide que, partiendo de algunos axiomas presupuestos, se establezcan directivas acerca de cómo deben proceder los tribunales en la aplicación práctica del derecho. Pero tal doctrina normativa del método sería el bosquejo de un estado diferente del derecho, sin valor como guía para la interpretación doctrinaria o para los cálculos del jurista práctico sobre la manera como será resuelta por los tribunales una determinada controversia jurídica.

El estudio del método, tal como el de las fuentes del derecho, tiene que ser dividido en una parte doctrinaria y una teoría general. La primera investiga el método seguido por los tribunales en un orden jurídico específico, y constituye una parte de la ciencia del derecho. No hay un método universal, como no hay una ideología universal de las fuentes del derecho. La tarea de la teoría general del método solo puede consistir en 1) explicar ciertas presuposiciones fácticas de los problemas de los métodos, y 2) subsumir y caracterizar dentro de una tipología general varios estilos de método e interpretación que de hecho se dan.

Las ideologías de las fuentes del derecho y del método están estrechamente conectadas, y por esta razón resulta claro que el estudio doctrinario del método tiene que asumir un carácter diferente en los diversos sistemas. Los problemas del método tienen que asumir una forma diferente, por ejemplo, en un sistema como el inglés, donde los precedentes son la fuente predominante del derecho, comparado con un sistema donde la legislación es la fuente principal.

En el primer sistema el juez no se encuentra con una formulación revestida de la autoridad de una regla general de derecho. El problema del método, por lo tanto, es cómo derivar una regla general de los precedentes existentes, y aplicarla al caso a decidir. La situación se complica por el hecho de que la regla general a menudo cambia en el curso de este desarrollo de un caso a otro. Que haya continuidad o cambio depende de que el juez, al considerar las semejanzas y las diferencias entre el caso presente y el precedente, entienda que los hechos relevantes pueden ser clasificados bajo los

mismos conceptos presupuestos en el precedente, o bien decida que es menester introducir una distinción con la ayuda de otros conceptos. En el último caso la regla general ha adquirido un contenido diferente. Al comienzo de una línea de precedentes la regla general presupuesta tendrá a menudo un contenido muy poco definido. No ha cristalizado aún una "doctrina". Por ello la tarea que el juez tiene ante sí no consiste tanto en aplicar una regla general a un caso específico, como en decidir si el caso difiere del precedente de manera tal que hay fundamentos para arribar a una decisión distinta. El "razonamiento jurídico" (método jurídico) en un sistema como éste es "razonamiento por vía de ejemplos", y la técnica de argumentación que este método requiere se dirige a mostrar los parecidos y diferencias que exhiben los casos, y a sostener que las diferencias son o no relevantes.

En el segundo sistema, en el que la legislación es la fuente predominante del derecho, el método tiene el carácter de interpretación de un texto dotado de autoridad. La atención se concentra aquí en la relación existente entre una formulación lingüística dada y un complejo específico de hechos. La técnica de argumentación requerida por este método se dirige a descubrir el significado de la ley y a sostener que los hechos dados están comprendidos o no por el mismo.

Esta última es la forma típica que asumen los problemas del método en los sistemas jurídicos de Europa continental. La contribución a una teoría general del método contenida en este capítulo está limitada a la interpretación del derecho legislado (en sentido amplio).

XXIV EL FUNDAMENTO SEMÁNTICO<sup>2</sup>

Toda interpretación del derecho legislado comienza con un texto, esto es, una fórmula lingüística escrita. Si las líneas y puntos

<sup>1</sup> Ver el excelente estudio hecho por Edward H. Levi en *An Introduction to Legal Reasoning*, 1949.

<sup>2</sup> En años recientes hemos asistido al desarrollo de la "semántica general", que se ocupa del lenguaje como medio de expresión y comunicación, su importancia respecto de la acción y la comprensión, el papel de las palabras como símbolos y su valor emotivo, y otros problemas conexos. Se ha formado una abundante literatura sobre el tema. Como introducción popular puede recomendarse S. I. HAYAKAWA, *Language in Thought and Action*, 1949. Entre las obras más conocidas pueden mencionarse también: C. K. OGDEN e I. A. RICHARDS, *The Meaning of Meaning*, 8ª ed., 1946; C. MORRIS, *Signs, Language and Behavior*, 1946; A. KORZYBSKI, *Science and Sanity*, 2ª ed., 1941; M. BLACK, *Language and Philosophy*, 1949; C. L. STEVENSON, *Ethics and Language*, 1945; ARNE NAESS, *Interpretation and Preciseness*, I - V, 1947-1951; STEPHEN ULLMAN, *Words and their Use*, 1951.

negros que constituyen el aspecto físico del texto de la ley son capaces de influir sobre el juez, esto es así, evidentemente, en razón de que ellos poseen un significado que nada tiene que ver con la sustancia física real. Ese significado es atribuido a lo impreso por la persona que mediante la facultad de la visión tiene experiencia de dichos caracteres. La función de éstos es la de ciertos símbolos, es decir, ellos "designan" o "apuntan a" algo distinto de sí mismos.

Hay muchas cosas que tienen una función simbólica entre las personas de un grupo determinado. Ciertos emblemas usados por un oficial indican su rango; un distintivo en la solapa acredita que quien lo usa pertenece a una cierta asociación; la hoz y el martillo son el símbolo de una convicción política; los químicos se han puesto de acuerdo en que H significa hidrógeno, O, oxígeno, etc. Los carteros, los militares, los policías, los *boy scouts*, los sacerdotes, los reyes y muchas otra personas usan vestimentas o condecoraciones que simbolizan su ocupación, dignidad o rango. Por todas partes, tanto en las comunidades primitivas como en las más civilizadas, nos encontramos con símbolos de los tipos más diversos.

Es posible formular una distinción entre signos y símbolos. La humedad de la tierra es un signo de que ha llovido recientemente, el trueno un signo del rayo, el llanto de una criatura un signo de que le ha ocurrido algo desagradable. La diferencia entre signo y símbolo consiste en el hecho de que el signo es "natural" mientras que el símbolo es "artificial", un producto elaborado por seres humanos. Más precisamente, la significación del signo está simplemente en mi conocimiento del curso de la naturaleza y del juego recíproco de las cosas. Sabiendo por experiencia que A y B ocurren por lo común juntos, tomo a A (la humedad de la tierra, el trueno, el llanto del niño) como signo de B (la lluvia, el rayo, la experiencia desagradable). Una luz roja que se alterna con otra verde y con otra amarilla en un cruce de calle es, para una persona que posee el conocimiento necesario, el signo de una instalación eléctrica y de un mecanismo que enciende y apaga las luces en un cierto orden regular. Sin embargo, que la luz roja sea también símbolo de una restricción policial respecto del cruce depende de una convención que muy bien podría haber dado al rojo un significado diferente. Todos los símbolos son convencionales; esto es, la conexión entre el símbolo y lo que él simboliza es producida por seres humanos mediante acuerdo o uso (costumbre).<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Muchos engaños y muchos problemas ilusorios de la filosofía metafísica derivan de la creencia de que las palabras representan objetivamente conceptos o ideas dados cuyo significado debe ser descubierto y descrito por la filosofía. Partiendo de esta concepción, que se remonta al idealismo de Platón y a la teoría de la definición de Aristóteles (par. LII), el filósofo se pregunta qué "son realmente" "verdad", "belleza", "bondad", etc., y

De todos los sistemas de símbolos, el lenguaje es el que se encuentra más plenamente desarrollado, el más efectivo y el más complicado. El lenguaje puede manifestarse como una serie de formas auditivas o visuales (habla y escritura). El significado atribuido a estas formas es claramente convencional. Nada impediría que la palabra "gato" fuera usada para designar al animal doméstico de cuatro patas que hace "guau-guau", y "perro" para designar al que hace "miau". El significado atribuido a los símbolos lingüísticos está determinado por las costumbres de la comunidad referentes a las circunstancias en las que se considera adecuado emitir ciertos sonidos. Quienes se han hecho a los hábitos de una comunidad de habla española están tan acostumbrados a ellos que consideran adecuado decir: "mire, ahí hay un gato" cuando se aproxima el animal doméstico que maúlla, pero hallarían a esa expresión totalmente fuera de lugar si se la usara para aludir al animal que ladra.

Las costumbres o normas lingüísticas que establecen la función simbólica del lenguaje solo pueden ser descubiertas mediante un estudio de la manera en que la gente se expresa. Por "expresión" entiendo la unidad lingüística más pequeña que es soporte de significado por derecho propio. "Mire, ahí hay un gato" es una expresión. Ella, en su integridad, es el soporte de un significado. La comunicación lingüística entre los seres humanos tiene lugar por medio de tales unidades, y, en consecuencia, ellas deben constituir el punto de partida para el estudio de la función simbólica del lenguaje.

Es importante subrayar esto, porque de otra manera se puede fácilmente caer en el error de que el significado de una expresión es el resultado de la suma total de los significados de las palabras individuales que la forman. Las palabras individuales carecen de significado independiente, solo tienen un significado abstraído de las expresiones en las que aparecen. Si uno dice "gato" en forma aislada, esto nada significa. No es una expresión, a menos que la palabra, de acuerdo con las circunstancias (por ejemplo, si huelo y miro inquisitivamente en derredor), pueda ser interpretada como una forma abreviada de un juicio tal como: "debe haber un gato por aquí cerca".

¿Qué significa la palabra "mesa"? La respuesta solo puede ser dada estudiando un gran número de expresiones en las que aparece esta palabra. Tal es el procedimiento adoptado en la preparación de un diccionario. Se colecciona una vasta cantidad de material consistente en expresiones que constituyen ejemplos de usos de la pa-

creo posible establecer definiciones verdaderas. La filosofía tradicional del derecho, siguiendo este modelo, ha considerado que su principal tarea es dar una definición del "concepto del derecho".

labra. El contexto mostrará la referencia con que la palabra ha sido usada en cada caso individual. Si se anota así cada referencia individual, surgirá un campo de referencia correspondiente a la palabra, que puede ser comparado con un blanco. En torno al centro habrá una densidad de puntos, cada uno de los cuales marca un impacto en la referencia. Hacia la periferia la densidad decrecerá gradualmente. La referencia semántica de la palabra tiene, como quien dice, una zona central sólida donde su aplicación es predominante y cierta, y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre, donde su aplicación es menos usual, y donde gradualmente se hace más dudoso saber si la palabra puede ser aplicada o no. No dudó por un instante que puedo llamar "mesa" al mueble a cuyo lado estoy sentado y sobre el que escribo. Del mismo modo usaré la palabra para otros objetos semejantes, pero de tamaño menor: la mesa del cuarto de los niños, la mesa de una casa de muñecas. Pero, ¿no hay un límite en cuanto a la pequeñez del objeto? En otros casos parece que es la función, y no la forma, lo que determina el uso lingüístico. "¿Colocamos la mesa?", pregunto a mi compañero de viaje en el compartimiento del ferrocarril, y aludo aquí a una tabla colgante. Normalmente no describiríamos a un cajón de madera como una mesa. Pero si por falta de algo mejor hemos tendido un mantel sobre ella y depositado allí la comida, podemos muy bien decir que "la mesa está puesta". ¿Podemos llamar mesa a una mesa de operaciones o solo puede usarse la expresión compuesta?

No tiene objeto, por lo tanto, preguntar qué es lo que una mesa "realmente es". Si en ciertos casos dudo si algo es o no una mesa, esta duda no revela falta de conocimiento acerca de la "naturaleza" del objeto; nace, simplemente, del hecho de que no estoy seguro si estará de acuerdo con el uso aplicar la palabra "mesa" para designar el objeto particular. Esta vacilación, a su vez, resulta del hecho de que es posible usar la palabra de esta manera en ciertas expresiones y ciertas circunstancias, pero no en otras expresiones y en otras circunstancias. Hemos visto, por ejemplo, que en ciertas circunstancias puedo describir un cajón de madera como una mesa, mientras que, claro está, generalmente no lo haría.

Estas observaciones acerca de la palabra "mesa" valen para todas las palabras en el uso ordinario cotidiano. Para todas ellas vale que su significado es vago, o que su campo de referencia es indefinido y consiste en una zona central de aplicaciones acumuladas, que se transforma gradualmente en un círculo de incertidumbre que abarca posibles usos de la palabra en condiciones especiales no típicas.

La mayor parte de las palabras no tienen un campo de referencia único, sino dos o más, cada uno de ellos construido en la forma de

\* Ver la nota 2 de este capítulo.

una zona central a la que se añade un círculo de incertidumbre. Talas palabras son llamadas ambiguas. Tal es el caso, por ejemplo, de la palabra inglesa nail que quiere decir "uña" y "clavo".

En resumen, los siguientes axiomas se aplican a las palabras en el uso cotidiano:

① El significado posible de toda palabra es vago; su posible campo de referencia es indefinido.

② La mayor parte de las palabras son ambiguas.

③ El significado de una palabra se determina en forma más precisa cuando ella es considerada como parte integrante de una determinada expresión.

④ El significado de una expresión —y con ello el significado de las palabras contenidas en la misma— se determina en forma más precisa cuando la expresión es considerada en la conexión en que es formulada. Esta conexión puede ser lingüística (el contexto) o no lingüística (la situación). A partir de 3) y 4) es posible formular la siguiente generalización: el significado de una palabra es una función de la conexión —expresión, contexto, situación— en que la palabra aparece. Para analizar más de cerca el papel que desempeña la conexión, veamos unos pocos ejemplos.

La palabra inglesa nail puede referirse a una parte del cuerpo humano y a un artículo de uso general. En la expresión "my nail hurts" ("me duele la uña" o "mi clavo hace doler") parecería claro que la palabra es usada en el primer sentido, porque solo en ese sentido la expresión parece tener un significado razonable. Partimos de la hipótesis, por lo tanto, de que la expresión tiene un significado razonable. Sobre la base de esta hipótesis la interpretación espontánea es la más obvia, pero no la única. Es posible imaginar circunstancias en las que una interpretación diferente sea la indicada; por ejemplo, si la expresión se formula cuando dos personas están tratando de ver si duele pincharse con diferentes tipos de clavos.

Lo mismo se aplica a la manera en que el significado de una expresión es especificado por el contexto o por la situación. Si tomamos la frase "the nail is too long" ("la uña es o está demasiado larga" o "el clavo es demasiado largo"), en forma aislada, es imposible ver con qué significado se emplea la palabra nail. Pero si del contexto o de la situación resulta claro que la expresión se formula como preliminar de un pedido de que le corten a uno las uñas, entonces no cabe duda alguna.

De todo esto podemos deducir que el papel desempeñado por las conexiones en la determinación del significado consiste en que ellas proporcionan un fundamento para decidir, sobre la base de ciertas hipótesis, cuál de las varias interpretaciones —cada una de

ellas posible si solo se toma en cuenta el uso lingüístico— es la más probable. (La interpretación por conexión no se apoya en el uso lingüístico y no utiliza como herramientas las palabras empleadas, sino otros datos. Ella trabaja con todos los hechos, hipótesis y experiencias que puedan arrojar luz sobre lo que una persona intentó comunicar. La interpretación por conexión es un estudio de prueba indiciaria, que hace recordar a la labor de un detective que investiga un crimen.

En mérito a todo esto hay que decidir qué puede ser aceptado, de acuerdo con las circunstancias, como contexto y situación. El contexto se extiende hasta donde se pueda suponer que una expresión fue formulada teniendo otra en mente, y que el autor quiso que ambas se aplicaran en forma conjunta. A menudo se da por sentado, no sin optimismo, que ello ocurre con todas las expresiones que aparecen en una misma obra científica. Pero si las primeras obras de un autor se toman como datos de interpretación, hay que tener en cuenta que sus opiniones, junto con su terminología y su estilo, pueden haber cambiado con el correr del tiempo. En el campo jurídico es frecuente considerar que las expresiones que aparecen en una misma ley (decreto, contrato, etc.), forman parte del mismo contexto. Si se toman en consideración provisiones legales antiguas junto con otras más recientes, es menester hacer las mismas reservas. La situación abarca todos los hechos y circunstancias que pueden indicar cuál era la intención del autor. Incluye así la orientación política de éste, sus ideas filosóficas, las características de las personas a quienes estaban dirigidas sus declaraciones, la razón probable que lo movió a formularlas, los ademanes, las expresiones faciales, el énfasis, etc., además de toda la situación vital fáctica, física y social, que condicionó la expresión.

La actividad que se dirige a exponer el significado de una expresión se llama interpretación. Esta palabra se usa también para designar el resultado de tal actividad. La interpretación puede asumir (dos) formas. Puede ser hecha de manera tal que el significado de una expresión sea definido más claramente por medio de una descripción formulada en palabras o expresiones diferentes, cuyo significado sea menos vago. O bien puede ser hecha de manera tal que frente a un conjunto de hechos concretos experimentados en forma definida sea posible decidir con un "sí", un "no" o un "quizás", si el conjunto de hechos constituye o no una referencia que corresponde a la expresión. Tomemos, por ejemplo, la expresión "cuando se combina ácido clorhídrico y zinc se libera hidrógeno". Una interpretación del primer tipo, apuntará a explicar en palabras, con más plenitud, qué es lo que ha de entenderse por cada una de las expresiones usadas. Podría mostrar, v. gr., que "se combina" significa que el zinc es puesto en contacto con el ácido pero no, por ejemplo, que un pedazo de zinc y una botella de ácido clorhídrico son envueltos

INTERPRETACIÓN POR CONEXIÓN

uno al lado del otro en un pedazo de papel. Una interpretación del segundo tipo estará dirigida a decidir si un cierto curso de hechos "satisface" el significado de la expresión, de modo que pueda afirmarse que nos hallamos en presencia de hechos que la expresión designa. La interpretación del primer tipo se llama interpretación por significado y la del otro tipo interpretación por referencia.

El principio guía para toda interpretación es el de la primaria función determinativa de significado que cumplen la expresión, como una entidad, y las conexiones en que ella aparecen. El punto de partida de toda comprensión es la expresión como entidad, tal como es experimentada por la persona que la recibe en una situación concreta definida. A partir de ese punto la interpretación puede proseguir, parcialmente hacia un análisis de los elementos que constituyen la expresión: las palabras individuales y su conexión sintáctica, y parcialmente hacia un análisis del contexto en el que la expresión aparece, y de la situación en que fue formulada.

En el primer análisis—esto es, el que se dirige al significado de las palabras— es importante entender que el significado de una expresión no está construido como un mosaico con el significado de las palabras individuales que la componen. Por el contrario, el significado que el análisis puede atribuir a los elementos individuales es siempre una función del todo en el cual aparecen. A menudo nos encontramos con la opinión de que la interpretación de la ley puede o tiene que tomar como punto de partida el significado ordinario de las palabras tal como resulta de su uso. Este parecer es ilusorio. No existe tal significado. Solo el contexto y el deseo de hallar un significado "bueno" o "razonable" en relación con una situación dada, determinan el significado de las palabras individuales. Pero con frecuencia no nos hacemos cargo de la función del contexto. Si en una de las entradas de una exhibición ganadera hay un cartel que dice: "Por aquí solo pueden entrar cuidadores con animales", nadie imaginaría que el cartel autoriza la entrada a cuidadores que lleven consigo a sus canarios. Es fácil pasar por alto el hecho de que la palabra "animal" recibe aquí una interpretación condicionada por la situación y el propósito, que es mucho más restringida que una definición del significado de la palabra según el uso. Por supuesto que en otras situaciones la palabra podría incluir a los canarios.

En el segundo análisis, referente al contexto y a la situación en que la expresión es formulada, las cosas son algo diferentes. La conexión externa de la expresión no resulta dada en forma inmediata junto con ésta. El contexto no es aprehendido en forma simultánea, sino sucesiva. Cuando leo un libro, no es verdad que no atribuyo ningún significado a la primera frase hasta que he leído toda la obra. Pero, de todos modos, el contexto es co-determinativo. Ocurre a menudo que mi comprensión de las primeras páginas del libro ha cambiado cuando lo termino y comienzo a leerlo de nuevo. Tiene lugar

una curiosa "vibración interpretativa". Mi comprensión de las primeras frases co-determina la comprensión de las siguientes. Pero mi aprehensión del libro en su totalidad, que surge como resultado, puede tener un efecto retroactivo modificador que influye sobre mi comprensión de las frases individuales, y esto, a su vez, ofrece la posibilidad de que mi concepción del todo pueda resultar cambiada, y así sucesivamente. Algo semejante puede ocurrir respecto del papel de la situación en que la expresión ha sido formulada.

En el lenguaje cotidiano el contexto y la situación constituyen los factores más importantes en la determinación del significado. Pero no son los únicos. El significado de las palabras es relativo o dependiente en un plano totalmente distinto, que podríamos llamar sinonímico o sistemático. Esto quiere decir que el significado de una palabra queda determinado más precisamente si se la compara con otras palabras que pueden ocupar el mismo lugar en una frase, y que ofrecen un "campo de significado" más amplio. Por ejemplo, la escala de adjetivos: ardiente, caliente, tibio, fresco, frío, helado. Al comparar una determinada palabra con otras cercanas a ella o con palabras opuestas, podemos determinar su posición relativa en un campo de significado. El significado, por ejemplo, de la palabra "intencionalmente" en una expresión dada, es definido en forma más precisa imaginando qué otras palabras o giros pueden ocupar el mismo lugar en la expresión y determinando así la posición relativa ocupada por "intencionalmente" en el campo de significado deslindado de esa manera (accidentalmente, con negligencia, con negligencia grave, intencionalmente, con premeditación deliberada y así sucesivamente). Para el lenguaje cotidiano, sin embargo, el método sinonímico nunca puede remplazar al contexto y a la situación como fundamento de la interpretación. El lenguaje científico, por otra parte, está caracterizado por una tendencia a cultivar la formación pura de conceptos sistemáticos, independizándose así del contexto y de la situación. Sin embargo, solo en la forma más elevada del lenguaje científico, en el lenguaje símbolo de las matemáticas puras, este esfuerzo ha tenido pleno éxito. Puesto que las directivas jurídicas están preponderantemente acuñadas en la terminología del lenguaje cotidiano, el contexto y la situación son los auxiliares fundamentales para la interpretación judicial. El método sinonímico-sistemático solo desempeña el papel más modesto que le cabe en otros usos lingüísticos no científicos.

Una interpretación, sea de un tipo o de otro, con frecuencia no nos conducirá a un resultado preciso exento de ambigüedad. Consideremos los siguientes ejemplos tomados del filósofo noruego Arne Naess.<sup>6</sup> Algunos estudiantes creían que más del 25% de los candidatos que en un cierto año habían intentado aprobar un examen de filosofía habían fracasado. En este enunciado la frase "más del 25% de

<sup>6</sup> ARNE NAESS, *Interpretation and Preciseness*, I, 1947, 51.



los candidatos habían fracasado" puede interpretarse por lo menos de las siguientes maneras distintas:

- 1) "Más del 25% de los candidatos que se anotaron para el examen no obtuvieron una nota suficiente para aprobar."
- 2) "Más del 25% de los candidatos que efectivamente se presentaron a dar examen no aprobaron" (algunos candidatos no se presentaron por razones de enfermedad, etc.).
- 3) "Más del 25% de los candidatos que se presentaron a dar examen y no abandonaron el aula en seguida de haber leído las preguntas, no aprobaron" (algunos candidatos se presentan para abandonar de inmediato si las preguntas les resultan demasiado difíciles).
- 4) "Más del 25% de los candidatos que intentaron contestar las preguntas no aprobaron."
- 5) "Más del 25% de los candidatos que entregaron respuestas no aprobaron."

¿A cuál de estos posibles significados se refería la opinión de los estudiantes? Hay dos razones para que esta pregunta probablemente no pueda ser contestada. En primer lugar puede ocurrir que una interpretación basada en el contexto y en la situación no conduzca a resultado alguno, tal como puede ocurrir que un detective no sea capaz de encontrar pruebas concluyentes que permitan identificar al autor de un asesinato. En segundo lugar, puede ocurrir que el resultado negativo se deba al hecho de que los propios estudiantes no tenían conciencia clara de lo que exactamente querían decir. Esto puede hacerse visible si se los interroga al respecto, porque ellos pueden admitir que no se les habían ocurrido las diversas posibilidades y, por lo tanto, que no se habían decidido por ninguna de ellas. En una situación como ésta el detective no puede resolver el asesinato por la sencilla razón de que no se ha cometido asesinato alguno. Frente a estos casos Naess diría que el tema a interpretar posee menor "exactitud de intención o profundidad intencional" que las interpretaciones posibles.

Una falta de exactitud de intención no es necesariamente un defecto del autor. Probablemente un cierto grado de inexactitud es siempre inevitable, puesto que es posible imaginar en todos los casos determinaciones cada vez más sutiles. El propósito práctico de una expresión determina el grado de exactitud de intención apropiado. Es perfectamente sensato decirle a un automovilista que la distancia entre Nueva York y Boston es de 184 millas. Es verdad que la intención puede ser profundizada mediante precisión interpretativa (desde qué punto de Nueva York hasta qué punto de Boston y así sucesivamente), de modo que podamos expresar la distancia en pulgadas, pero en la práctica esto carecería de objeto.

te), de modo que podamos expresar la distancia en pulgadas, pero en la práctica esto carecería de objeto.

Si por una razón u otra (es decir ya sea porque no se puede hallar prueba concluyente o porque la intención no tiene suficiente profundidad) no es posible llevar adelante la interpretación más allá de un punto que deja abierto un número de posibilidades, entonces el intérprete debe abandonar. Si, con todo, elige una posibilidad en particular, ello no constituye el próximo paso dentro de una interpretación, sino que es una decisión motivada por consideraciones ajenas al deseo de aprehender el significado de una expresión. La interpretación de directivas, especialmente, exige decisiones de ese tipo. Si hay una regla, por ejemplo, en el sentido de que cuando más del 25% de los candidatos fracasa en los exámenes de filosofía, el jefe del departamento debe tomar ciertas medidas, entonces este puede verse forzado a elegir una u otra de las posibles interpretaciones especificadas. En tal caso, el jefe del departamento toma una decisión que nada tiene que ver con la interpretación de la directiva.

INTERPRETACIÓN  
SUBJETIVA  
y Obj

A menudo se hace una distinción entre las llamadas interpretación subjetiva e interpretación objetiva, en el sentido de que la primera se dirige a descubrir el significado que se intentó expresar, esto es, la idea que inspiró al autor y que éste quiso comunicar, mientras que la última se dirige a establecer el significado comunicado, esto es, el significado que está en la comunicación como tal, considerada como un hecho objetivo. Un trabajo literario o científico, por ejemplo, puede ser interpretado tratando de llegar a lo que el autor realmente pensó y quiso expresar, o puede ser considerado como una manifestación intelectual objetiva, desligada de su autor, en cuyo caso la interpretación procura encontrar el significado que la obra puede transmitir a una persona que la lee. Del mismo modo una promesa puede ser interpretada teniendo en vista lo que el promitente realmente intentó expresar (aun cuando se haya expresado mal), o teniendo en vista el significado que sus palabras pueden haber transmitido al destinatario.

Tomada así como un contraste absoluto entre intención y comunicación, entre lo que se quiere decir y lo que se dice, la distinción es insostenible. Por una parte, la intención, siendo un fenómeno de conciencia interno del autor, es fundamentalmente inaccesible. Lo que entendemos por interpretación subjetiva es en realidad la interpretación que alcanzamos cuando tomamos en consideración no solo la expresión lingüística, sino todos los otros datos relevantes: el contexto y la situación, que incluye las opiniones políticas y filosóficas del autor, el propósito declarado y el propósito presumido que lo guió al formular la expresión, etc. Podemos incluso interrogarlo, y su respuesta proporcionará datos interpretativos adicionales. Por otra parte, la comunicación como tal no tiene un significado

objetivo preciso, la comprensión que suscita en los demás varía con los datos de interpretación que el destinatario toma en cuenta.

La diferencia entre interpretación subjetiva y objetiva, por lo tanto, no ha de ser buscada en el contraste entre los propósitos de la interpretación (el significado intentado como cosa opuesta al significado comunicado). Toda interpretación parte de la comunicación y procura llegar a la intención. La diferencia depende de los datos que se toman en cuenta al interpretar. La interpretación subjetiva se vale de todas las circunstancias que pueden arrojar luz sobre el significado, en particular todas las circunstancias personales y de hecho ligadas a la composición de la expresión y a su declaración. La interpretación objetiva limita los datos a aquellos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión. La diferencia es más significativa cuando la situación en que la expresión es aprehendida difiere de la situación en que ha sido formulada. Si, por ejemplo, el objeto de la interpretación es una obra literaria del pasado, una interpretación subjetiva investigará las opiniones culturales básicas del período y la vida del autor, con la esperanza de hallar allí indicios para la comprensión de la obra; una interpretación objetiva, en cambio, prescindirá de todo esto e intentará comprender la obra a partir de su contenido ideal "immanente". Esto no quiere decir, empero, que la interpretación objetiva es puramente lingüística. Tal como señalaremos en los párrafos siguientes, la creencia en una "interpretación literal" es una ilusión. La interpretación se apoya siempre en otros factores; en particular, en conjeturas acerca de la "idea", el "propósito" o "la intención" asociados a la obra. La misma conciencia del hecho de que uno está ocupándose de un poema, de una obra científica, de una ley, etc., es en sí importante. La interpretación objetiva simplemente se rehúsa a investigar la intención estudiando la manera en que la obra llegó a producirse. De tal modo, la interpretación objetiva —en obvio contraste con lo que la terminología autorizaría a creer— adquiere un tono de mayor inexactitud y arbitrariedad que la interpretación subjetiva. La interpretación "objetiva" de obras poéticas tales como el *Fausto* de Goethe o el *Hamlet* de Shakespeare, tiende a transformarse en "subjetiva", en el sentido de que llega a ser la expresión de lo que épocas diferentes han visto en estas obras.

La interpretación objetiva puede llegar a ser una construcción ideal en conflicto directo con la intención del autor. Las diversas interpretaciones de Kant, por ejemplo, no se dirigen a verificar lo que Kant "realmente quiso decir". Incluso la respuesta de éste, si fuera posible interrogarlo, no sería decisiva para determinar cuál de las interpretaciones es la "correcta". Estas interpretaciones, por decir así, traspasan la obra del autor y poseen una profundidad intencional mayor que la de la propia obra. Ellas se apoyan en un ideal de

consistencia lógica interna al sistema, que no respeta los hechos, y apuntan a un significado hipotético-ideal, más que al significado de Kant en tanto que hecho histórico-psicológico. Pero ese "traspasar" con el pensamiento puede hacerse en más de una manera, según qué es lo que se considere de mayor importancia en el sistema. Las interpretaciones de este tipo son, pues, valorativas y creadoras, y están más allá de los límites de una interpretación genuina, en el sentido en que esta palabra ha sido entendida aquí.

XXV PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN. I: SENTÁCTICOS

El principio guía para toda interpretación, tal como vimos en el par. XXIV, es el de la primaria función determinativa de significado de las expresiones como entidad y de las conexiones en que ellas aparecen (principio de entidad). Esto debe tenerse en cuenta al distinguir los diferentes grupos de problemas de interpretación: problemas sintácticos, lógicos y semánticos (en sentido restringido). Es menester recordar que estamos hablando de abstracciones analíticas, y que los problemas de interpretación que aquí consideramos en forma aislada, en realidad son siempre aprehendidos como partes orgánicas dentro de la conexión de significado captada en forma simultánea o sucesiva.

El significado de una expresión depende del orden de las palabras y de la manera en que éstas se hallan conectadas. Los problemas que se refieren a la conexión de las palabras en la estructura de la frase se llaman problemas sintácticos de interpretación.

El principio de entidad se aplica también a la interpretación sintáctica; así como las palabras no tienen en sí mismas una referencia exacta, tampoco las conexiones sintácticas tienen una inequívoca función determinativa de significado. También aquí el sentido "natural" está condicionado por factores no lingüísticos: el deseo de hallar un significado "bueno" o "razonable" que concuerde con aquel que el contexto y la situación señalan como tal.

Los problemas sintácticos de interpretación no han sido objeto, que yo sepa, de una exposición y análisis sistemáticos. El presente estudio no pretende ser nada de eso. Mi objetivo es simplemente inducir a la comprensión de problemas de este tipo ofreciendo algunos ejemplos. Por cierto que los estudios sistemáticos serían importantes para la interpretación de las leyes y, en particular, para la redacción de éstas.

a) *Frasas adjetivales*

1 a) Fue un intento de hallar una solución que satisficiera a todos.

1 b) Fue un intento de hallar una solución *que*, sin embargo, no tuvo éxito.

2 a) Nadie puede tener un tutor *que* sea menor que él.

2 b) Nadie *que* no tenga por lo menos 21 años de edad puede ser designado tutor.\*

Estos ejemplos muestran que no hay reglas sintácticas que especifiquen el antecedente de una cláusula de relativo. Sin embargo, los ejemplos no ofrecen lugar a dudas, porque solo hay una interpretación que arroja un significado razonable. Pero en otros casos el significado puede suscitar dudas. Si decimos, por ejemplo:

3) La instigación a un delito *que* ha tenido lugar en un país extranjero, no está incluida,

no sabemos a ciencia cierta si el requisito de haber tenido lugar en un país extranjero se aplica a la instigación o al delito. La interpretación, en este caso, tiene que apoyarse en datos no lingüísticos, en particular en informaciones sobre el propósito de la regla. Si el intérprete permite que sus preferencias personales decidan la cuestión, excede los límites de una interpretación genuina (par. XXIV).

b) El problema de si los adjetivos y las frases adjetivales califican dos o más palabras.

4 a) No pueden importarse libros y periódicos *que* contengan ilustraciones indecentes.

4 b) Los oficiales y los soldados rasos *que* hayan sido llamados a las filas durante más de seis meses tienen derecho a un suplemento de remuneración.

5 a) Los hombres y las mujeres *jóvenes que* hayan aprobado el examen pueden ser designados.

5 b) Los hombres y las mujeres *jóvenes que* hayan prestado servicios en las organizaciones auxiliares femeninas pueden ser designados.\*\*

6 a) El Rey puede hacer que proyectos *de* leyes y otras medidas se presenten en el Parlamento.

6 b) El Consejo se ocupa de proyectos *de* leyes y otras materias de importancia.

\* El texto inglés dice: "Nobody can be appointed a guardian who is not at least twenty-one years old". En la traducción se pierde necesariamente el paralelo con el ejemplo (2a) — "Nobody can have a guardian who is younger than himself" — que el autor quiere destacar (N. del T.).

\*\* En la traducción se pierde parte de la ambigüedad del original: "Young men and women who have served in the WACS can be appointed" (N. del T.).

Estos ejemplos demuestran que no hay reglas fijas que definan cuándo un adjetivo, un pronombre relativo o una preposición se refieren solamente a una palabra y cuándo se refieren a más de una. En estos ejemplos el significado es aceptablemente claro a la luz de la exigencia de un significado "razonable". Al interpretar 4 a), sin embargo, el propósito presumible del legislador o la propia actitud del intérprete habrán de desempeñar un papel; y en 4 b) será decisivo para la interpretación ver si de acuerdo con el contexto es posible que los oficiales sean "llamados a las filas". En otros casos pueden surgir serias dudas.

7) En el contexto "agencias e instituciones de caridad" la expresión "de caridad" se refiere, según el uso ordinario del idioma, tanto a las "agencias" como a las "instituciones". Pero puede haber dudas si, además de la conectiva, hay una palabra o giro que califica el primer miembro, como ocurre en la frase "organizaciones con personería jurídica e instituciones de caridad". Así, en el caso *Summers' Trustees vs. Summers*, 1918 S. C. 337, los fideicomisarios recibieron instrucciones de dividir el remanente entre "*such charitable institutions or deserving agencies as they may select*". Se decidió que el legado era nulo por falta de certeza, ya que la descripción "*deserving agencies*" tenía que ser entendida en forma separada de "*charitable institutions*", y, de tal modo, el legado no era exclusivamente de caridad.<sup>6</sup>

8) Tenemos otro ejemplo en las siguientes palabras de la *British Road Traffic Act* (Ley inglesa de tránsito por caminos) de 1930, parágrafo 11, apartado 1:

"Si una persona conduce en un camino un vehículo a motor en forma descuidada, o a una velocidad o de una manera peligrosa para el público, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluso la naturaleza, condición y uso del camino, y la densidad del tránsito que hay en el mismo, o que podría razonablemente esperarse que hubiera en él, será responsable etc."

Parece haberse aceptado sin problemas que las palabras subrayadas se refieren tanto a la conducción descuidada como a la velocidad y a la manera de conducir (ver, por ejemplo, *Elwes v. Hopkins*, 1906, 2 K. Bl.; *Justices' Manual* de Stone, 1950, vol. II, pág. 2056). Sin embargo, en relación con una ley australiana redactada en términos similares, se decidió en el caso *Kane v. Dureau*, 1911 V. D. R. 293, que aquellas palabras solo calificaban las frases "a una velocidad" y "de una manera".<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Cita de E. L. PIESSE y J. GILCHRIST SMITH, *The Elements of Drafting*, 1950, 14.

<sup>7</sup> Obra citada, 16-17.

c) *Pronombres demostrativos y relativos*

9 a) "El Rey citará anualmente a un parlamento ordinario y decidirá cuándo terminan las sesiones. *Esto*, sin embargo, no puede tener lugar hasta que, de acuerdo con el párrafo 48, se haya autorizado lícitamente el cobro de los impuestos y el pago de los gastos del gobierno." (Constitución dinamarquesa, 1920, par. XIX).

9 b) El presidente citará a una reunión e incluirá una copia de su informe. *Esto*, sin embargo, no puede tener lugar mientras el tesorero no haya confeccionado las cuentas.

10 a) "Si una de las Cámaras fuera disuelta cuando el Parlamento está en sesiones, las reuniones de la otra Cámara se suspenderán hasta que todo el Parlamento deba reunirse de nuevo. *Esto* tiene que ocurrir dentro de los dos meses posteriores a la disolución". (Constitución dinamarquesa, 1920, par. XXII).

10 b) Si la competencia del presidente fuera cuestionada, éste levantará la sesión hasta que el Consejo haya llegado a una decisión. *Esto* tendrá que hacerse aun cuando el presidente declare que está dispuesto a renunciar.

11 a) "Los ministros serán responsables ante el rey o el parlamento por el ejercicio de sus funciones" (Constitución dinamarquesa, 1920, par. 14.)

11 b) Los maestros hicieron un regalo a Juan y Pedro en su cumpleaños (del contexto resulta claro que Juan y Pedro son mellizos).

En las citas de la Constitución parece claro a qué se refieren las palabras subrayadas. Los párrafos concebidos como contrapartidas demuestran, sin embargo, que desde un punto de vista puramente sintáctico es posible que ellos sean entendidos de diversa manera, y que la "interpretación natural", por lo tanto, está en realidad determinada no solo por lo que puede leerse, sino también por un juicio sobre el significado que puede "razonablemente" presumirse. Pero este juicio no siempre tiene certeza. Han surgido, por ejemplo, difíciles problemas de interpretación respecto de la frase "la misma obligación" en el Estatuto de la Corte Permanente Internacional de Justicia, art. 36, 5, Sec. 2.<sup>a</sup>

d) *Frases de modificación, excepción o condición*

Desde el punto de vista de la sintaxis a menudo será dudoso con qué miembro primario está conectada una frase de modifica-

<sup>a</sup> Véase HANS KELSEN, *The Law of the United Nations*, 1950, 526.

ción, excepción o condición. En tales casos, la puntuación puede ser importante.

12) "En el ejercicio de sus funciones los jueces están limitados por el derecho. Los jueces no serán separados de sus cargos sino mediante juicio, ni serán trasladados en contra de su voluntad, excepto en aquellos casos en que tenga lugar una reorganización de los tribunales". (Constitución dinamarquesa, 1920, par. LXXI.)

La estructura de la frase en este enunciado no pone en claro si la excepción relativa a la reorganización de los tribunales se aplica solamente a la regla de que los jueces no pueden ser trasladados en contra de su voluntad, o también a la regla de que no pueden ser separados de sus cargos sin juicio. El factor decisivo es la coma después de la palabra "voluntad". Esto demuestra que la interpolación: "ni serán trasladados en contra de su voluntad" se encuentra en oposición respecto de (o es paralela a) la primera parte de la frase, y que la excepción se refiere por igual a ambas alternativas. Si la coma se suprime, la interpretación contraria sería natural.

La importancia de la puntuación se hace patente en el protocolo de Berlín del 6 de octubre de 1945, cuyo único objeto fue reemplazar un punto y coma por una coma. Los "crímenes contra la humanidad" fueron definidos de la manera siguiente en el art. 6º de la Carta del Tribunal Militar Internacional, contenida en el Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945:

13) "Los crímenes contra la humanidad, a saber: homicidio, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o después de la guerra; o las persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas en ejecución de o en conexión con cualquier crimen comprendido dentro de la jurisdicción del Tribunal, sean o no trasgresiones de las leyes internas del país donde fueron cometidos."

En el mencionado protocolo el punto y coma que estaba después de la palabra "guerra" fue reemplazado por una coma. La jurisdicción del tribunal quedó así sustancialmente circunscrita, porque la condición de que el acto fuera cometido en conexión con uno de los crímenes comprendidos dentro de la jurisdicción del tribunal se hizo aplicable a todos los casos de crímenes contra la humanidad, y no solamente a aquel grupo (persecuciones) mencionado después del punto y coma originarios. La corrección, sin embargo, no estuvo inspirada por un cambio de intención. Ocurrió simplemente que la función sintáctica del punto y coma no había sido advertida antes.

Los diversos grupos de ejemplos dados más arriba bastan, probablemente, para confirmar que las formas sintácticas conectivas no

tienen una función inequívoca, y que, por ende, los problemas sintácticos no pueden ser resueltos sobre la base de datos de interpretación puramente lingüísticos. En eso se asemejan a los problemas semánticos en sentido restringido. Por otra parte, difieren de ellos en un aspecto: aun cuando la vaguedad de significado de las palabras no tiene remedio, los problemas sintácticos, mediante una prolija, y quizás tediosa, composición lingüística, podrían limitarse a aquellos cuya solución se hace patente sin asomo de duda por el simple sentido común. Por ejemplo, que la palabra "sus" en 11 a) se refiere a "los ministros" y no al "rey o al parlamento". Los casos realmente dudosos de problemas sintácticos de interpretación, tales como los contenidos en la *British Road Traffic Act* de 1930 s. 11(1), y en el art. 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, podrían evitarse mediante una redacción más cuidadosa. Si acostumbramos a decir que un texto es claro o está exento de ambigüedad, esto, hablando con propiedad, solo puede referirse a la interpretación sintáctica. Desde el punto de vista de la semántica en sentido restringido, un texto se ve siempre afectado por la inevitable vaguedad de significado de las palabras, y en esa medida nunca resulta claro o libre de ambigüedad. Esto significa que siempre pueden surgir situaciones atípicas frente a las cuales es dudoso si el texto se aplica o no. Por otra parte, ello no excluye que en otras situaciones, de carácter típico, no haya lugar a dudas. Pero la certeza de aplicación en algunas situaciones no justifica la afirmación general de que el texto no es ambiguo.

XXVI PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN. II: LÓGICOS

Los problemas lógicos de la interpretación son aquellos que se refieren a las relaciones de una expresión con otras expresiones dentro de un contexto. Entre esos problemas tienen particular importancia la inconsistencia, la redundancia, y las presuposiciones.

Inconsistencia

Existe inconsistencia entre dos normas cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas.

Puede haber inconsistencia entre dos normas de tres maneras distintas.

1) Inconsistencia total-total, esto es, cuando ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra. Si los hechos condicionantes de cada norma son simbolizados por un círculo, hay una inconsistencia de este tipo cuando ambos círculos coinciden.

2) Inconsistencia total-parcial, esto es, cuando una de las dos

normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera. Tal inconsistencia se da cuando un círculo se encuentra dentro del otro.

3) Inconsistencia parcial-parcial, esto es, cuando cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos. Tal inconsistencia existe cuando los dos círculos son secantes.

Para simplificar nuestro lenguaje, podemos usar también la siguiente terminología:

1) Inconsistencia total, o incompatibilidad absoluta.

2) Inconsistencia total-parcial, o inconsistencia entre la regla general y la particular. Las expresiones "regla general" y "regla particular" son correlativas. Una regla es particular en relación a otra si su hecho condicionante es un caso particular del hecho condicionante de la otra regla. Si el hecho condicionante de la última es H (a, b, c), esto es, un hecho definido por las notas a, b, c, entonces el hecho condicionante de la regla particular es H (a, b, c, m, n). Si, por ejemplo, hay una regla que dispone que los extranjeros no tienen derecho a pescar en las aguas territoriales de un país marítimo, y hay otra que establece que los extranjeros con más de dos años de residencia en el país tienen ese derecho, entonces la primera regla es general en relación con la segunda, y la segunda es particular en relación con la primera.

3) Inconsistencia parcial, o superposición de reglas.

Al juzgar las inconsistencias es un factor importante la relación que existe entre las leyes a las que pertenecen las normas en conflicto. Debe hacerse una distinción entre a) inconsistencias dentro de la misma ley y b) inconsistencias entre una ley anterior y otra posterior. En el último grupo hay que distinguir según que las dos leyes estén en el mismo nivel o en niveles diferentes (par. XVI).

I. Son raras las inconsistencias totales dentro de una misma ley. Sin embargo, la Constitución dinamarquesa, 1920, establece en la primera parte del párrafo 36, que el número de los miembros de la Primera Cámara no puede exceder de setenta y ocho, mientras que en la segunda parte se establecen normas detalladas para su elección y distribución, de las que surge que el número a ser elegido es de setenta y nueve. No hay reglas generales que indiquen cómo resolver una incompatibilidad absoluta como ésta entre dos normas. La decisión, según las circunstancias, tendrá que descansar ya en una interpretación basada en datos ajenos al texto, ya en la discreción.



La relación entre una regla general y una regla particular dentro de la misma ley rara vez origina dudas. A menudo, como ocurre en el lenguaje hablado normal, la regla particular está conectada con la regla general mediante un nexo sintáctico ("sin embargo", "a menos que", "con excepción de", etc.), que indica que la regla general solo deberá aplicarse con la limitación impuesta por la particular. Aquí no hay una genuina inconsistencia, sino una forma de expresión lingüística que puede ser parafraseada en una regla.

Además, al redactar una ley se acepta una convención general casi fija, según la cual los nexos conectivos sintácticos pueden omitirse sin que se altere por ello el significado. La regla particular sigue limitando a la general. Es frecuente que la regla general esté contenida en una sección, y las excepciones en una o más secciones distintas. No se discute que la regla particular limita a la general. Tiene muy poca importancia determinar si esto ha de ser considerado como una simple interpretación lingüística que introduce una conjunción sintáctica implícita, o como un caso de una regla positiva de interpretación que puede ser llamada *lex specialis* (dentro de una misma ley).

Por otra parte, la superposición de normas dentro de una misma ley origina frecuentes problemas de interpretación. No hay reglas generales para su solución, y la decisión debe descansar en datos ajenos al texto, o en la discreción. De acuerdo con el art. 53 de la Carta de las Naciones Unidas, por ejemplo, no se puede tomar ninguna medida de fuerza dentro de los tratados regionales o por los organismos regionales, sin la autorización del Consejo de Seguridad. Según el art. 51, sin embargo, nada de lo establecido en la Carta restringe el derecho a la auto-defensa individual o colectiva en caso de ataque armado, y las medidas de defensa no están sujetas a autorización. Estas dos reglas se superponen parcialmente, y el problema es, en consecuencia, cuál de ellas debe ceder si, de acuerdo con un tratado regional, se desea poner en práctica una medida de fuerza que consiste en una auto-defensa colectiva contra un ataque armado. Este problema ha tenido carácter prominente en la discusión del Tratado del Atlántico y no puede ser resuelto por interpretación lingüística o construcción lógica. La respuesta al mismo ha de depender de la información relativa a las circunstancias que rodearon la creación de la Carta y de una valoración de las ventajas políticas de una u otra interpretación.

II. Se piensa a menudo que cuando se trata de la relación entre leyes diferentes las inconsistencias pueden ser resueltas mediante dos simples reglas convencionales de interpretación, conocidas como *lex posterior* y *lex superior*.

*Lex posterior* significa que de dos leyes del mismo nivel, la última prevalece sobre la anterior. Sin duda que es un principio jurí-

dico fundamental, aunque no esté expresado como norma positiva, que el legislador puede derogar una ley anterior, y que puede hacerlo creando una regla nueva incompatible con la anterior, que ocupe su lugar. Pero no es correcto elevar este principio a la categoría de axioma absoluto. La experiencia muestra que no se le presta adhesión incondicional, sino que puede dejárselo a un lado cuando chocha con otras consideraciones. El principio de *lex posterior*, por lo tanto, solo puede ser caracterizado como un importante principio de interpretación, entre otros. Además, la fuerza del principio variará según los diferentes casos de inconsistencia.

1) En el caso de incompatibilidad absoluta es muy difícil concebir consideraciones de suficiente peso como para justificar que se deje a un lado el principio de *lex posterior*.

2 a) Lo mismo ocurre en aquellos casos de inconsistencia total-parcial en que la regla última es la particular. En tal supuesto *lex posterior* opera en conjunción con *lex specialis*.

2 b) En los casos de inconsistencia entre reglas particulares anteriores y reglas generales posteriores, *lex specialis* puede, según las circunstancias, prevalecer sobre *lex posterior*. Imaginemos, por ejemplo, una ley anterior que contiene una regla general, a la que en leyes posteriores se le han introducido varias excepciones para situaciones particulares. Más tarde la primitiva regla general es remplazada por otra que no menciona las excepciones. En tal situación, para determinar si las excepciones anteriores pueden todavía ser consideradas válidas habrá que recurrir a otros datos y a consideraciones valorativas.

3) En los casos en que las reglas se superponen parcialmente, *lex posterior* da apoyo, por cierto, a la presunción de que la regla más reciente se encontrará en una situación de preferencia respecto de la anterior, pero esto no es incondicionalmente así. *Lex posterior* solo se aplica en la medida en que, en términos subjetivos, el legislador "tuvo la intención" de remplazar la ley anterior. Pero puede también haber tenido la "intención" de que la nueva regla se incorporará en forma armónica al derecho existente, como un suplemento del mismo. La decisión acerca de cuál de las dos posibilidades se aplica en un caso concreto dependerá, como de costumbre, de una prueba ajena al texto, o de la discreción.

*Lex superior* quiere decir que en un conflicto entre previsiones legislativas de diferente nivel, la ley de nivel más alto, cualquiera sea el orden cronológico, se hallará en una situación de preferencia respecto de la de nivel más bajo: la constitución prevalece sobre una ley, una ley sobre un decreto, y así sucesivamente.

Pero en la experiencia jurídica tampoco este principio es incondicionalmente válido. En primer lugar, la prioridad de la Cons-

titución depende de que los tribunales tengan competencia para revisar la constitucionalidad material de las leyes. Y aun cuando los tribunales tengan tal competencia, a menudo se rehusarán en los hechos a hacerse cargo del conflicto y a declarar la invalidez. En tales casos, seguramente, prestarán acatamiento formal a *lex superior*, pero se negarán a admitir la existencia de un conflicto que en otras circunstancias habrían reconocido. En segundo lugar, la instancia legislativa superior puede ser competente para autorizar a la inferior a dictar reglas que tengan fuerza derogatoria respecto de normas de un nivel inmediatamente superior. Así, por ejemplo, una ley puede autorizar al Poder Ejecutivo a dictar decretos que puedan derogar leyes vigentes o apartarse de ellas, o autorizar a los particulares a celebrar transacciones contrarias a normas legislativas (de aquellas que no se aplican si las partes pactan otra cosa). No puede excluirse la posibilidad de que los tribunales, aun sin autoridad para ello, se aparten de *lex superior*.

### Redundancia

Hay redundancia cuando una norma establece un efecto jurídico que, en las mismas circunstancias fácticas, está establecido por otra norma. Una de las dos normas, en la medida en que ello ocurre, es redundante. En la conversación diaria, con frecuencia, salpicamos nuestras expresiones con redundancias ("¡No digas mentiras, cuántas cómo ocurrieron realmente las cosas!") En la redacción de las leyes, donde se requiere mayor cuidado, se busca evitar decir más de lo necesario. Se da por supuesto que una ley no contiene redundancias y una coincidencia aparente de dos normas, por lo tanto, lleva a interpretar a una de ellas de manera tal que la aparente redundancia desaparezca. Pero no es posible sostener que existe un principio incondicional de interpretación según el cual no puede haber redundancias. Es menester tomar en cuenta la posibilidad de que quien tuvo a su cargo redactar la ley no advirtiera la coincidencia (en especial si se trata de una redundancia que surge al comparar la ley con una norma anterior); o la posibilidad de que por razones históricas se deseó poner de relieve un punto de vista particular; o que para proporcionar un cuadro general (en beneficio, particularmente, del lector no experimentado) se consideró necesario incluir en un solo texto material que, de otro modo, tendría que ser buscado en otra parte (enunciados *ex tuto*).

En realidad, la teoría de la redundancia podría ser desarrollada en forma semejante a la teoría de la inconsistencia, pero tal desarrollo tendría poco interés. El punto esencial es que para la redundancia tampoco hay solución mecánica; la decisión tiene que basarse en consideraciones diversas, entre las que se encuentra la presunción general de que no hay redundancias.

### Presuposiciones

Si le digo a un niño que tiene una manzana en la mano: "Dame la manzana que robaste", y el niño no ha robado la manzana, la directiva no puede cumplirse. Sea que el chico decida entregar la manzana o retenerla consigo, su decisión estará fundada en motivos e ideas que nada tienen que ver con el acatamiento a la directiva. Algo similar ocurre cuando una regla hace presuposiciones incorrectas o defectuosas. Los problemas que surgen en tal caso no pueden ser resueltos por interpretación lingüística, sino que hay que recurrir a otros datos de interpretación o a la discreción.

Hay falsas presuposiciones fácticas cuando, por ejemplo, una ley califica a una sustancia inocua de veneno, o prohíbe la pesca en un área que ahora es desértica, o reglamenta la navegación en un río que ya no es más navegable, o dispone que la administración debe consultar a un organismo que ya no existe. Hay falsas presuposiciones jurídicas cuando una norma hace presuposiciones incorrectas o defectuosas sobre el contenido del derecho vigente o respecto de situaciones jurídicas específicas. Por ejemplo, que en California la mayoría de edad se adquiere a los 30 años, o que las mujeres no tienen derecho al sufragio, o que una cierta zona se encuentra bajo una autoridad municipal diferente de la que en realidad le corresponde. Por supuesto, no es probable que tales errores gruesos ocurran. Por otra parte, es fácil que se incurra en errores menos graves, especialmente cuando una ley hace referencia a leyes anteriores, que posteriormente son derogadas por otras, y se olvida que las referencias deben ser modificadas en forma concordante.

De las falsas presuposiciones fácticas o jurídicas surgen problemas de interpretación que no pueden ser resueltos mediante reglas mecánicas. También aquí la armonía se logra con la ayuda del sentido común y de la discreción. La regla puede ser aplicada a pesar de la presuposición incorrecta o defectuosa, o modificada o considerada nula. En el caso de un error jurídico se presenta la cuestión de si puede considerarse que la presuposición autoriza a crear derecho de conformidad con su contenido.

Recapitulando sobre lo que hemos dicho acerca del conflicto de normas, resulta claro que no hay en realidad principios fijos para la solución mecánica de estos problemas. Todos los problemas lógicos de la interpretación son lógicos en el sentido de que pueden ser determinados mediante un análisis lógico de la ley. Pero no son en modo alguno lógicos en el sentido de que puedan ser resueltos con ayuda de la lógica o de principios de interpretación que operan en forma mecánica. *Lex specialis, lex posterior y lex superior* no son axiomas, sino principios de relativo peso que gra-

vitan en la interpretación al lado de otras consideraciones, en particular una valoración sobre la mejor manera de hacer que la ley esté de acuerdo con el sentido común, con la conciencia jurídica popular, o con los objetivos sociales supuestos.

XXVII PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN. III: SEMÁNTICOS

Los problemas semánticos de la interpretación, en sentido restringido, son aquellos que se refieren al significado de las palabras individuales o de las frases.

Son de aplicación a este tópico, en lo principal, los comentarios hechos en el par. XXIV. Debe recordarse, en particular, que la mayor parte de las palabras son ambiguas, y que todas las palabras son vagas, esto es, que su campo de referencia es indefinido, pues consiste en un núcleo o zona central y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre; y que el significado preciso de una palabra en una situación específica está siempre en función de la unidad total o entidad: la expresión como tal, el contexto y la situación.

Por lo tanto, es erróneo creer que la interpretación semántica comienza por establecer el significado de las palabras individuales y llega al de la expresión por la suma de los significados parciales. El punto de partida es la expresión como un todo con su contexto, y el problema del significado de las palabras individuales está siempre unido a este contexto. La palabra "casa" puede designar una gran variedad de objetos. Se habla de casa habitación, de la casa que lleva a cuevas un caracol, de casas de prisión, de casas de familias reales, etc. En ciertas circunstancias (como todo niño sabe) un zapato viejo puede ser una casa. Pero en una ley de la vivienda la mayor parte de tales posibilidades quedan descartadas por absurdas.

Es erróneo también, por lo tanto, creer que un texto puede ser tan claro que es imposible que suscite dudas en cuanto a su interpretación.<sup>9</sup> Tal como vimos en el párrafo XXV *in fine*, tal claridad solo es alcanzable —siempre que haya un cierto mínimo de

<sup>9</sup> Este punto de vista erróneo está, ampero, difundido. El proyecto del Code Civil del año VII contenía esta provisión: "Quand une loi est claire, il ne faut pas en étudier le texte sous prétexte d'en respecter l'esprit". En relación con esto dice Henri Lévy-Bruhl en la obra colectiva *Introduction à l'étude du droit*, 1951, 283: "Si la norma es clara es inútil y hasta peligroso, interpretarla". La Corte Internacional (la Corte Permanente de Justicia Internacional) ha declarado repetidamente que "los trabajos preparatorios no pueden ser invocados para interpretar un texto que es, en sí mismo, suficientemente claro". Véase, por ejemplo, *Interpretation of the Statute of the Memel Territory*, C.P.J.I., Serie A/B, N° 47, pág. 249, y *Employment of Women during the Night*, C.P.J.I., Serie A/B, N° 50, pág. 378.

sentido común— respecto de la interpretación sintáctica, no respecto de la interpretación semántica, en sentido restringido. En cuanto pasamos del mundo de las palabras al mundo de las cosas, encontramos una incertidumbre fundamentalmente insuperable<sup>10</sup> aun cuando en situaciones típicas la aplicación del texto no ofrezca ninguna duda.

Por ello, tampoco la interpretación semántica es un proceso mecánico. Salvo en los casos de referencia clara y obvia, el juez tiene que tomar una decisión que no está motivada por el mero respeto a la letra de la ley.

XXVIII INTERPRETACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En los párrafos precedentes hemos dado ejemplos de aquellos problemas de interpretación que enfrentan los jueces y las otras autoridades de aplicación del derecho.

Dirigimos ahora nuestra atención al problema de cómo son resueltos esos problemas en la administración de justicia.

Con esto no queremos decir cómo deben ser resueltos. Tal como se verá con más detenimiento en el par. XXXI, las teorías en boga sobre la interpretación tienen un contenido normativo. Esto es, se proponen dar directivas que prescriben cómo debe ser interpretado el derecho en la administración de justicia. En la medida en que esas directivas derivan de ideas preconcebidas referentés a la "naturaleza del derecho", "el concepto del derecho", "el propósito de la administración del derecho", y cosas semejantes, equivalen a postulados dogmáticos. En la medida en que están fundadas en consideraciones prácticas de ventajas y desventajas sociales apreciadas en relación con ciertos valores presupuestos, equivalen a sugerencias de política jurídica dirigidas al juez. En ambos casos —salvo cuando en forma más o menos casual reflejan el método seguido en la práctica por los tribunales —tales directivas carecen de valor para comprender el derecho positivo y para predecir decisiones jurídicas futuras.

Nuestro problema es de naturaleza analítico-descriptiva, esto es, intentamos describir cómo ocurre en la práctica la interpretación. Corresponde al estudio doctrinario de un sistema jurídico específico realizar un análisis más concienzudo. Una teoría general del método solo puede mostrar los factores generales que operan en toda administración de justicia y bosquejar una tipología general a fin de caracterizar las variedades de estilo de método e interpretación existentes. Además, tal descripción y tipología son requisito previo

<sup>10</sup> Quizás haya que exceptuar las designaciones individuales (nombres) y los números.

esencial de un examen político-jurídico racional del método. Sin la comprensión de lo que realmente ocurre en la administración de justicia, falta la base necesaria para establecer objetivos de política jurídica bien fundados respecto de cómo debe tener lugar dicha tarea.

En primer lugar, es esencial tener una idea clara de la actividad del juez cuando hace frente a la tarea de interpretar y aplicar la ley a un caso específico.

Nuestro punto de partida es que la tarea del juez es un problema práctico. El juez tiene que decidir si habrá de ejercerse o no la fuerza contra el demandado (o el acusado). Por supuesto que el conocimiento de diversas cosas (los hechos del caso, el contenido de las normas jurídicas, etc.) desempeña un papel en esta decisión y, en esa medida, la administración de justicia se funda en procesos cognoscitivos. Pero esto no modifica el hecho de que la administración de justicia, aun cuando su camino resulta preparado por procesos cognoscitivos, es por su naturaleza propia, sin lugar a dudas, una decisión, un acto de voluntad.

Como toda decisión deliberada —ver más en detalle en el par. LXX— ella surge de un sustrato de la conciencia constituido por dos componentes: 1) un motivo que da a la actividad su dirección en procura de una meta, 2) ciertas concepciones operativas, esto es, elementos cognoscitivos que dirigen la actividad hacia dicho fin.

(Para ilustrar este punto; mi decisión de salir con paraguas brota del deseo de no mojarme, como motivo, en conexión con la concepción operativa de que probablemente lloverá y de que el paraguas es un instrumento de protección.)

La primitiva teoría de la función de la administración de justicia, de naturaleza positivista-mecanicista, ofrecía un cuadro muy simple de estos componentes. Se suponía que el motivo era (o debía ser) la obediencia a la ley, es decir, una actitud de acatamiento y respeto hacia el derecho vigente (concebido como voluntad del legislador). Se suponía que las concepciones operativas consistían en un conocimiento del verdadero significado de la ley y de los hechos probados. El significado de una ley, por supuesto, no es siempre claro. A menudo tiene que ser descubierto mediante interpretación, pero la interpretación —según este punto de vista— es fundamentalmente una tarea teórico-empírica. Puede ocurrir que no se pueda establecer con certeza el significado, y que, en razón de ello, el juez tenga libertad para estimar qué es lo que en las circunstancias debe ser presumido como lo más probable. Pero una incertidumbre de este tipo caracteriza a muchos otros problemas cognoscitivos, y no afecta el carácter teórico de la interpretación.

Según este cuadro de la administración de justicia, el juez no valora ni determina su actitud ante la posibilidad de interpretaciones diferentes. El juez es un autómat. Se da por sentado que tiene que respetar la ley y su función se limita a un acto puramente ra-

cional: comprender el significado de la ley y comparar la descripción de hechos que ésta hace con los hechos del caso que tiene que decidir.

Este cuadro no se asemeja para nada a la realidad.

Es equivocado, y para advertirlo basta con señalar que la interpretación —en el sentido de determinación del significado como hecho empírico— con frecuencia no conduce a ningún resultado cierto (ver par. XXIV). La inevitable vaguedad de las palabras y la inevitable limitación de la profundidad intencional hacen que, a menudo, sea imposible establecer si el caso está comprendido o no por el significado de la ley. El caso no es obvio. Es razonablemente posible definir el significado de las palabras de tal manera que los hechos resulten comprendidos por la ley. Pero también es posible, en forma igualmente razonable, definir el significado de las palabras de tal manera que el caso quede fuera del campo de referencia de aquélla. La interpretación (en sentido propio, es decir, como actividad cognoscitiva que solo busca determinar el significado en tanto que hecho empírico) tiene que fracasar. Pero el juez no puede dejar de cumplir su tarea. Tiene que decidirse, y esta elección ha de originarse, cualquiera sea su contenido, en una valoración. Su interpretación de la ley (en un sentido más amplio) es, en esta medida, un acto de naturaleza constructiva, no un acto de puro conocimiento. Sus motivos no se reducen al deseo de acatar una determinada directiva.

Pero el cuadro es falso también en otro aspecto, por cuanto se basa en una apreciación de la actividad del juez que es psicológicamente insostenible. El juez es un ser humano. Detrás de la decisión que adopta se encuentra toda su personalidad. Aun cuando la obediencia al derecho (la conciencia jurídica formal) esté profundamente arraigada en el espíritu del juez como actitud moral y profesional, ver en ella el único factor o móvil es aceptar una ficción. El juez no es un autómat que en forma mecánica transforma reglas y hechos en decisiones. Es un ser humano que presta cuidadosa atención a su tarea social tomando decisiones que siente como "correctas", de acuerdo con el espíritu de la tradición jurídica y cultural. Su respeto por la ley no es absoluto. La obediencia a ésta no es su único motivo. A sus ojos la ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, standards o valoraciones que hemos denominado tradición cultural (par. XIX). Bajo el nombre de conciencia jurídica material esta tradición vive en el espíritu del juez, y crea un motivo que puede llegar a entrar en conflicto con la conciencia jurídica formal y su reclamo de obediencia al derecho. La crítica del juez puede dirigirse así contra la decisión en el caso específico, que siente como injusta, no obstante aprobar la regla; o puede dirigirse contra la regla misma. La crítica puede aparecer en la conciencia del juez como una reacción emocional es-

*Interpretación operativa*

## SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA

pontánea; o resultar de un análisis consciente de los efectos de la decisión, hecho en relación con *standards* presupuestos. En todos los casos, estas actitudes participan activamente en el espíritu del juez, como un factor que motiva su decisión. En la medida de lo posible el juez comprende e interpreta la ley a la luz de su conciencia jurídica material, a fin de que su decisión pueda ser aceptada no solo como correcta sino también como justa o socialmente deseable.

Si la discrepancia entre la conciencia jurídica formal y la material excede cierto límite, el juez puede llegar a prescindir de restricciones obviamente impuestas por las palabras o por la intención del legislador. Su interpretación constructiva, en tal caso, no se reduce a buscar una mayor precisión, sino que enmienda los resultados a que llegaría una interpretación de la ley que simplemente averiguase lo que ésta significa.

Puede decirse así que la administración de justicia es la resultante de un paralelogramo de fuerzas en el que los vectores dominantes son la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material. La decisión a que se arriba está determinada por el efecto combinado de la interpretación cognoscitiva de la ley y de la actitud valorativa de la conciencia jurídica.<sup>11</sup> Sería erróneo limitar la actividad valorativa a aquellas ocasiones, relativamente raras, en que ella se manifiesta como desviación del resultado a que llevaría una interpretación meramente cognoscitiva de la ley. La conciencia jurídica material está presente en todas las decisiones. Si en la mayoría de los casos el juez decide dentro del campo de la interpretación cognoscitiva, ello es signo de que su conciencia jurídica ha considerado posible aprobar la decisión, o en todo caso, no la ha hallado incompatible con lo "justo" o lo socialmente deseable, en un grado tal que hiciera necesario recurrir a algún expediente para liberarse de las ataduras legales. Si los postulados político-jurídico-morales de su conciencia jurídica hubieran llevado al juez a considerar que la decisión era inaceptable, éste habría podido también, mediante una argumentación adecuada, hallar la vía para una mejor solución.

Aunque la tarea de administrar justicia es mucho más amplia que la de interpretar la ley, en el sentido genuino de esta expresión, es común, sin embargo, usar la palabra "interpretación" para designar la actividad integral del juez que lo conduce a la decisión, inclusive su actividad crítica, inspirada por su concepción de los valores jurídicos, que surge de actitudes que están más allá del simple respeto al texto legal. Este uso lingüístico responde al deseo de ocultar la

función creadora del juez, preservando la apariencia de que éste no es otra cosa que un portavoz de la ley. El juez no admite en forma abierta, por lo tanto, que deja a un lado el texto. Mediante una técnica de argumentación que se ha desarrollado como ingrediente tradicional de la administración de justicia, el juez aparenta que, a través de varias conclusiones, su decisión puede ser deducida de la verdadera interpretación de la ley (para más detalles ver par. XXX).

Podemos decir, en definitiva, que la administración del derecho no se reduce a una mera actividad intelectual. Está arraigada en la personalidad total del juez, tanto en su conciencia jurídica formal y material como en sus opiniones y puntos de vista racionales. Se trata de una interpretación constructiva, que es a la vez conocimiento y valoración, pasividad y actividad.

Para llegar a una verdadera comprensión de la función del juez es importante subrayar esta naturaleza doble. Pero al mismo tiempo hay que reconocer que la distinción entre la función cognoscitiva y la valorativa es artificial, en la medida en que ambas se fusionan en la práctica. Lo que imposibilita decir con precisión dónde termina una y dónde comienza la otra. Esto es así porque es imposible para el propio juez, así como para los demás, distinguir entre las valoraciones en las que se manifiestan las preferencias personales del juez y las valoraciones atribuidas al legislador, que son, por lo tanto, datos para una interpretación puramente cognoscitiva. Tal como señalamos en el par. XXIV, la función determinativa de significado del contexto consiste en el hecho mismo de que proporcionan un fundamento para presumir qué es lo que el autor puede razonablemente haber querido decir en la situación dada. Del mismo modo, toda interpretación jurídica en sentido propio incluye presunciones respecto de los criterios y valores sociales que motivaron al legislador. Si el juez, errónea o acertadamente, identifica sus propias valoraciones con las de aquél, los dos tipos de interpretación se fusionan en su espíritu. La situación es paralela a aquella de que hablamos en la parte final del párrafo IX al ocuparnos del límite impreciso entre la intención teórica-jurídica y la intención político-jurídica que se advierte en la doctrina. De aquí se sigue que existe un límite borroso entre a) aquellos casos en los que el juez cree que hay — en la ley misma o en su historia legislativa — ciertos elementos que prueban que su interpretación concuerda con la intención del legislador; b) aquellos casos en los que, con acierto o con error y sin tener una clara conciencia de ello, el juez identifica sus propias actitudes pragmáticas con las del legislador; y finalmente c) aquellos casos en los que el juez se da cuenta de que está interpretando la ley a la luz de ideas que no pueden ser atribuidas al legislador, y que incluso posiblemente se hallan en oposición directa con las intenciones de este último.

<sup>11</sup> Esto no significa que los dos vectores aparecen en el espíritu del juez como motivos independientes a ser balanceados, en un paso subsiguiente, el uno contra el otro. Esto podría ocurrir, pero es más probable que ellos se fusionen en la actividad subconsciente del juez.



En las páginas anteriores hemos enunciado los factores generales que están presentes en toda administración de justicia: por un lado, una actividad puramente cognoscitiva dirigida a expresar ciertos datos; por otro, una actividad emotivo-volitiva fundada en valoraciones sociales y en observaciones sociológico-jurídicas. Pero se pueden distinguir dentro de esta estructura diversos tipos de estilos de interpretación, que varían con la fuerza relativa de cada uno de estos factores y con los datos que convencionalmente se toman en consideración en el caso de la interpretación de la ley en sentido propio (el factor cognoscitivo).

(a) De acuerdo con el grado de libertad que el juez se atribuye en la interpretación de la directiva de la ley, a la luz de los reclamos de la conciencia jurídica material y de las exigencias sociales, puede distinguirse entre un estilo de interpretación (relativamente) libre y un estilo (relativamente) limitado. Sin embargo, es difícil decidir si la diferencia en estilo es tan grande como puede parecer a primera vista. Puede que la diferencia no esté tanto en el grado de libertad de que goza el juez, como en la franqueza con la que esta libertad es reconocida.

A mediados del siglo pasado se desarrolló en Francia y Alemania un estilo de interpretación claramente limitado. En armonía con una doctrina de las fuentes del derecho estrictamente positivista, se quiso crear la apariencia de que, en todos los casos, era posible derivar una decisión de la ley con la ayuda de la interpretación lingüística y de los métodos lógicos de inferencia, o construirla por deducción a partir de conceptos jurídicos presupuestos ("jurisprudencia de concepciones" o "jurisprudencia mecánica").<sup>12</sup> Hacia fines del siglo pasado y a comienzos del presente, surgió una fuerte oposición en ambos países. En Francia fue conocida como *le combat pour la méthode* y en Alemania como *die Freirechtsbewegung*.<sup>13</sup> El método tradicional fue calificado de "reverencia a los textos", y de "construcción de conceptos formalistas".<sup>14</sup> Y sus opositores exigieron que el juez tuviera una mayor libertad para inspirarse en la vida, en las necesi-

<sup>12</sup> Véase, además, ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, cap. II, 3 y IV, 6.

<sup>13</sup> Véase, además, *ibid.*, cap. III, 4-9, y VII con bibliografía detallada.

<sup>14</sup> Un ejemplo típico es la siguiente caricatura de la concepción positivista del juez:

"Este docto funcionario superior está sentado en su celda, equipado únicamente de una máquina de calcular, aunque, por cierto, de la mejor calidad. El único mueble de la habitación es una mesa verde sobre la que se encuentra, delante de él, el código. Podemos colocar ante sus ojos cualquier caso, real o ficticio, y él podrá, pues tal es su deber, establecer con exactitud absoluta la decisión predeterminada por el legislador, utilizando tan solo operaciones lógicas y una técnica secreta que solo él entiende". GNAEUS FLAVIUS, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, 7.

dades y en los intereses prácticos. Esta exigencia estaba ligada a ideas de un "derecho natural", desarrollado por la ciencia sobre fundamentos filosóficos o sociológicos, para complementar el derecho positivo (*la libre recherche scientifique; das freie Recht*). No es fácil decidir en qué medida este movimiento fue expresión de una exigencia genuinamente político-jurídica en pro de un nuevo espíritu en la administración del derecho, y en qué medida fue meramente una transacción, en el campo de teoría jurídica, con las ficciones formalistas de la interpretación entonces en boga.<sup>15</sup>

(b) Otra diferencia en estilo de interpretación es la amplitud con que se toman en consideración elementos de juicio ajenos a las palabras de la ley. En el párrafo XXIV se examinó la diferencia entre la llamada interpretación *subjetiva* y *objetiva*; de acuerdo con esto puede formularse una distinción entre estilo subjetivo y estilo objetivo de interpretación de la ley. Es inconcebible un estilo de interpretación completamente objetivo, en el sentido de que se funde exclusivamente en las palabras de la ley. La actitud del juez hacia la ley estará siempre influida por una serie de factores, productos de la situación y por la conexión entre la ley y el resto del derecho. Nunca podrá evitar tomar en cuenta que el texto que tiene ante sus ojos no es un trozo de ficción ni un artículo científico, sino precisamente una ley, esto es, un instrumento de dirección política, que se origina en intereses e ideas en conflicto, y que apunta a ciertos objetivos sociales. La comprensión de la ley por parte del juez dependerá siempre de su comprensión de los motivos y propósitos sociales de aquélla. Lo único que realmente distingue un estilo subjetivo de un estilo objetivo de interpretación es que de acuerdo con el primero, y no con el segundo, se admite echar mano de los antecedentes de la ley como prueba para demostrar el propósito de ésta y arrojar luz sobre los detalles de su significado.

Esta distinción entre interpretación *subjetiva* y *objetiva* no coincide con la distinción entre interpretación *libre* y *limitada*. La primera se refiere al modo en que tiene lugar la interpretación en sentido propio; la segunda, al grado de libertad con que el juez reacciona frente a los resultados de esta interpretación. Hay, empero, una conexión entre ambas. Precisamente porque la interpretación *objetiva* rechaza ciertos datos de interpretación (los antecedentes de la ley) y se atiene únicamente al texto mismo, conducirá frecuentemente a resultados menos precisos que la interpretación *subjetiva*,

<sup>15</sup> Como un producto extremo de las ideas del derecho libre es frecuente citar al juez francés Magnaud, quien durante la última década del siglo pasado fue presidente del tribunal de Chateau-Thierry. Por sus decisiones, caracterizadas por una gran humanidad y por un escaso respeto a la letra de la ley, se ganó el apodo de *le bon juge*. Confróntese H. LEYRET, *Les Jugements du président Magnaud*, 1900.

dejando así mayor ámbito para la libertad del juez. En un cierto sentido, en consecuencia, la interpretación "objetiva" es más subjetiva que la subjetiva.

¿De qué modo los <sup>método subjetivo</sup> antecedentes de la ley pueden proporcionar información sobre las intenciones del "legislador"? Si el legislador fuera una persona individual, que preparara por sí misma las leyes, no habría problemas. Pero en la realidad no hay tal legislador unipersonal, y las leyes, así como el material aclaratorio de las mismas, son en gran medida producto del trabajo de personas que no integran la legislatura. Lo único decisivo para la aprobación de una ley es que el texto, en su versión final, obtenga el número requerido de votos en el parlamento. La real "voluntad del legislador" se encuentra, en último grado, en los miembros de la cámara que han votado el proyecto de ley. Pero, ¿cómo es posible que la historia del proyecto proporcione información acerca de las actitudes de estas personas que quizá ni siquiera lo conocen, sino que, como cosa de rutina, se limitaron a votarlo?

La respuesta se halla, quizá, en una convención. Una vez que se admite la importancia de los antecedentes legislativos, dicha convención sirve de base para la conclusión razonable de que la pasividad de los miembros que votaron puede ser considerada como expresión de que, al hacerlo, aprobaron las opiniones aclaratorias de la ley vertidas en el curso del proceso de sanción de ésta. Porque de acuerdo, precisamente, con esta convención, los miembros de la legislatura tienen un motivo para familiarizarse con lo que ocurre durante ese proceso, y si no se oponen a lo expresado en el curso del mismo, tal actitud será interpretada como aprobación. Puede también decirse que lo que se pone a votación no es únicamente el texto, sino el texto a la luz de las notas aclaratorias que lo acompañan y de otras partes de los antecedentes de la ley.

De acuerdo con estos puntos de vista, diversas circunstancias influyen en el peso que se acuerda a las diversas partes de los antecedentes legislativos. La importancia de las notas del proyecto depende de la medida en que éste fue modificado durante su paso por el Parlamento. Las notas no son vueltas a redactar si el proyecto se modifica. Mientras más cuidadosamente haya sido preparado el proyecto —particularmente si es obra de una comisión de expertos— mayor es el peso que se atribuye a las notas que lo acompañan. Dada la importancia del trabajo en comisión para la redacción de un proyecto de ley, se asigna, en general mayor peso a las manifestaciones contenidas en un informe de comisión que a las manifestaciones vertidas en la cámara.

No puede negarse que la interpretación subjetiva se traduce en falta de certidumbre. Hace difícil a los ciudadanos saber cómo tienen que comportarse. Esta circunstancia y la tradicional aversión de los ingleses hacia el derecho legislado, (que es considerado como

una intrusión en el territorio del *common law*) explica por qué la teoría jurídica inglesa solo admite un uso muy limitado de la historia de la ley para la interpretación de ésta. Los diarios de sesiones no son admitidos como prueba del propósito perseguido por una ley, y el informe de una Comisión Real solo puede ser usado para mostrar en qué estado se encontraba el derecho antes de la aprobación de la ley. Los jueces ingleses, por lo tanto, tienen que formarse opinión acerca de los propósitos de la ley únicamente en base a la ley misma.<sup>16</sup>

En Europa continental y en los Estados Unidos, es usual que se reconozca a los antecedentes de la ley el carácter de elemento de interpretación. Por supuesto esto no significa que la historia de la ley sea "obligatoria" para el juez; ella constituye, en la interpretación en sentido propio, solo un elemento entre otros, que puede ser contrabalanceado por valoraciones y consideraciones en sentido contrario. Mientras más libre es la interpretación, más fácilmente puede suceder que el juez llegue a prescindir de manifestaciones claras que aparecen en los antecedentes legislativos. Estos últimos son primariamente importantes para la elección entre alternativas cuando el juez no tiene una preferencia particular.

Los antecedentes legislativos se tornan menos importantes a medida que la ley envejece. La interpretación subjetiva de la ley asume entonces el carácter de interpretación histórica de la ley. A pesar de ciertas ideas dogmáticas referentes a "la voluntad del legislador", es prácticamente inevitable que el juez se resista al poder de los muertos si las condiciones de la vida presente favorecen una interpretación animada de un nuevo espíritu.<sup>17</sup> Esto es particularmente importante para la interpretación de las leyes constitucionales que a menudo permanecen estáticas, mientras las condiciones de la vida política siguen evolucionando. En tales circunstancias puede tener lugar una amplia *Verfassungswandlung*<sup>18</sup> o metamorfosis de la Constitución sin que se opere ningún cambio en el texto de ésta.

<sup>16</sup> Ver, por ejemplo, G. W. PATON, *Jurisprudence*, 1946, 191; W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, 2ª ed. 1949, 282; C. K. ALLEN, *Law in the Making*, 4ª ed., 1946, 404 y sigs.

<sup>17</sup> Ballot-Beaupré, presidente de la Corte de Casación, en oportunidad del centenario del *Code Civil*, en 1905, expresó vivamente este punto de vista en las siguientes palabras, tantas veces citadas: "(El Juez) no debe dejarse llevar por una búsqueda obstinada de lo que era, hace cien años, la idea de los autores del Código; debe preguntarse cuál sería esta idea si aquéllos tuvieran que redactar hoy el mismo artículo; debe comprender que, tomando en cuenta todos los cambios ocurridos, durante un siglo, en la moral, en las instituciones y en las condiciones económicas y sociales de Francia, la justicia y la razón exigen una adaptación liberal del texto a las realidades y a las necesidades de la vida moderna".

<sup>18</sup> GEORG JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, 1906.

## XXIX LOS FACTORES FRAGMÁTICOS EN LA INTERPRETACIÓN

En los parfs. XXIV y XXVII se destacó que toda interpretación tiene su punto de partida en la expresión como un todo, en combinación con el contexto y la situación en la que aquélla se da. Es erróneo creer, pues, que el punto de partida son las palabras individuales consideradas en su significado lingüístico natural. Este significado lingüístico tiene una amplia aplicación, pero tan pronto como una palabra se da en un contexto, su campo de referencia queda restringido. Por ejemplo, la palabra "casa", desde un punto de vista puramente lingüístico, ¿qué es lo que no puede abarcar? Pero si aparece en una ley de la vivienda, la mayor parte de esas posibilidades quedan automáticamente excluidas (par. XXVII).

Se sugirió también que la función determinativa de significado del contexto consiste en el hecho de que éste ofrece una base para conclusiones acerca de lo que el autor razonablemente puede haber querido decir. Específicamente, al interpretar las leyes, "razonable" significa lo que es en la práctica razonable. La interpretación se basa aquí en la suposición de que el legislador quiso sancionar provisiones que en sus efectos prácticos armonizaran con las exigencias, valoraciones o actitudes que presumiblemente gravitaban sobre él.

Los factores pragmáticos en la administración de justicia son consideraciones basadas en una valoración de la razonabilidad práctica del resultado, apreciado en relación con ciertas valoraciones fundamentales presupuestas. Los factores pragmáticos son colocados aquí en contraste con los factores puramente lingüísticos. Su influencia se hace sentir en un grado mucho mayor del que generalmente se admite. Como regla, el "cero" de la escala de medida de la interpretación pragmática se coloca al nivel del "sentido lingüístico natural en consonancia con el significado usual de las palabras". Pero, tal como dijimos más arriba (par. XXIV y XXV), este *standard* mismo está en realidad teñido, aun cuando en forma más o menos inconsciente, por la razonabilidad práctica del resultado. Por ejemplo, si una regla constitucional establece que cada Cámara designará "quince miembros" para formar una comisión, resulta claro que esto significa quince miembros de la cámara pertinente, y no, por ejemplo, quince miembros de un club deportivo. Esto es tan obvio que tenemos que hacer un esfuerzo para advertir que podría ser posible tomar la regla en un sentido distinto de ese sentido "obvio". Sin embargo, es verdad que en éste y en innumerables casos similares la interpretación se halla codeterminada por consideraciones pragmáticas en la forma de "sentido común".

En consecuencia, tenemos que afirmar claramente que la interpretación no tiene punto de partida lingüístico independiente, sino

que desde el comienzo está determinada por consideraciones pragmáticas en la forma de "sentido común".

En lo que sigue, sin embargo, dejaremos a un lado los factores pragmáticos implícitos en el simple "sentido común" y nos ocuparemos únicamente de los factores pragmáticos "superiores", que aparecen como deliberaciones acerca de las consecuencias que tendrá una cierta interpretación, estimadas y mutuamente ponderadas a la luz de valores fundamentales. Este tipo de razonamiento es lo que estamos acostumbrados a llamar argumentos basados en consideraciones prácticas ("razón"). En lo que a esto respecta, no hay diferencia fundamental entre la argumentación político-jurídica de *lege ferenda* y de *sententia ferenda*. La diferencia consiste únicamente en los límites puestos por las palabras de la ley a la libertad de acción en la administración de justicia.

Sería impracticable enumerar o clasificar las posibles valoraciones en la interpretación pragmática. Esta puede considerar no solo los efectos sociales previsibles, sino también la finura técnica de la interpretación y su concordancia con el sistema jurídico y las ideas culturales sobre las que dicho sistema reposa. Aquí destacamos únicamente el punto de vista negativo, a saber, que la interpretación pragmática no puede ser identificada con la interpretación desde el punto de vista del propósito o línea de orientación de una ley, y que la expresión corriente "interpretación teleológica" es, por lo tanto, demasiado restringida.

Primero: aun cuando el propósito de una actividad pueda ser establecido en forma inequívoca, no proporciona la única guía para esa actividad. Porque nunca ocurre que una persona persiga un propósito único con exclusión de todas las consideraciones restantes. Por ejemplo, si el propósito al construir un puente es crear mejores medios de comunicación entre dos regiones de un país, este propósito exige que el puente sea lo más útil posible. Pero esta exigencia tiene que ser contrabalanceada por consideraciones tales como costo, posible interferencia con la navegación, razones estéticas, exigencias militares y políticas, intereses locales y muchas otras. El propósito indica el efecto directamente buscado. Pero es también necesario tomar en consideración los diversos efectos incidentales en otras direcciones. Lo mismo ocurre con la actividad que consiste en le- gislar y ejecutar la ley. Tampoco aquí es posible mantener la mirada rigidamente fija en la ratio aislada de la ley individual, y es menester adoptar enfoques valorativos más amplios.

Segundo: a menudo es imposible establecer, sin ambigüedad, el propósito de una ley. Sobre una base subjetiva quizá sea posible obtener informaciones acerca de qué es lo que se propuso realizar

el legislador.<sup>19</sup> Pero si la historia legislativa guarda silencio a este respecto, o si se siguen principios objetivos de interpretación, ¿cómo podría obtenerse una información semejante? ¿Cuáles de los efectos calculables han de ser elegidos como el propósito de la ley? En tales condiciones el "propósito de la ley" es en mayor o menor medida una construcción arbitraria.

Por último: a menudo es imposible atribuir algún propósito a una ley. Hay un propósito evidente, sin duda, en aquellas medidas mediante las que el legislador de nuestros días interviene en forma técnica y administrativa en la vida de la comunidad: leyes económicas, leyes reguladoras del comercio y la industria, medidas de justicia social, leyes referentes a construcciones, a la salud, etc. Por otra parte, en las normas que hacen a nuestras instituciones jurídicas centrales, que están profundamente arraigadas en la tradición cultural, parece imposible percibir algún propósito. Por ejemplo, ¿cuál es el propósito de nuestras leyes de matrimonio, divorcio, propiedad y herencia? Cualquier cosa que pueda decirse acerca de esto es trivial. Por ejemplo, que el propósito de las normas sobre divorcio es habilitar a la gente a tener un razonable acceso al divorcio. El hecho es que las instituciones jurídicas, fundamentalmente, existen como postulados culturales a título propio, y no porque sirven algún propósito social.

En resumen: la interpretación pragmática es la integración de una multiplicidad de valoraciones; y el propósito de la ley solamente indica una consideración única dentro de esta multiplicidad. Si a pesar de ello se prefiere usar la expresión interpretación "teleológica" (en lugar de interpretación "pragmática"), es menester subrayar que *telos* no designa el propósito aislado de la ley individual, sino que *pars pro toto* se refiere a todas las consideraciones admisibles.

De acuerdo con el resultado de la interpretación comparado con los "significados lingüísticos naturales" del texto, la interpretación pragmática puede ser *especificadora*, *restrictiva* o *extensiva*.

(a) La interpretación *especificadora* tiene lugar cuando las consideraciones pragmáticas son decisivas para la elección entre varias interpretaciones, todas ellas posibles y razonables dentro del "significado lingüístico natural" del texto. La elección puede referirse a dudas interpretativas de naturaleza sintáctica, lógica o semántica; las últimas pueden consistir en ambigüedad o en vaguedad.

El autor noruego Per Augdahl cita un curioso ejemplo de una osada interpretación pragmática especificadora. Durante la guerra entre Noruega e Inglaterra una orden de 1807 declaró que, entre otras cosas, las "monturas y *tømmer*" eran contrabando de guerra

<sup>19</sup> A veces el propio texto legal contiene tal información.

(cosas que pueden ser aprehendidas como presas). *Tømmer* es una palabra ambigua. Puede significar madera o bridas. Un buque neutral, con un cargamento de vigas, mástiles, arboladuras, etc., que navegaba hacia Inglaterra, fue capturado por un corsario noruego, llevado a Kristiansand y sometido al tribunal de presas local. ¿Era ese cargamento una presa? De acuerdo con el contexto de la orden resultaba innegablemente claro que el sentido que se quiso expresar era el de "bridas" y el Tribunal de Presas, en razón de ello, liberó el buque. Pero la Suprema Corte del Almirantazgo, al conocer de la apelación, declaró que el buque era una presa. Se trataba de una guerra naval, y Noruega nada tenía que temer de la caballería inglesa. Los mástiles y arboladuras eran indispensables para la flota británica. Tomando en cuenta estos antecedentes no podía suponerse que la palabra *tømmer* se refería a bridas.

(b) Se habla de *interpretación restrictiva* cuando las consideraciones pragmáticas excluyen la aplicación de una regla que según "el sentido lingüístico natural" sería aplicable. Aquí pueden distinguirse dos categorías subordinadas:

(1) Hay una interpretación restrictiva en cuanto al propósito cuando la aplicación de la regla es superflua para la obtención del propósito de la ley. Por ejemplo, de acuerdo con la Constitución danamarquesa toda persona arrestada debe ser traída ante el juez dentro de las veinticuatro horas. Si suponemos que el propósito de esta regla es el de asegurar a los ciudadanos contra restricciones a la libertad que excedan de un tiempo muy corto, es innecesario presentar al prisionero ante los tribunales cuando la policía está dispuesta a ponerlo en libertad antes de que hayan transcurrido veinticuatro horas. La provisión es, pues, interpretada restrictivamente.

(2) La interpretación restrictiva de *excepción* está motivada por consideraciones contrarias, a pesar del hecho de que el caso en sí mismo está comprendido por el propósito de la provisión. Si las consideraciones contrarias han hallado expresión en otras reglas de derecho superpuestas, esta interpretación se confunde con la que tiene lugar en los casos de superposición de reglas (par. XXVI).

Es difícil dar ejemplos claros de este tipo de interpretación, pues normalmente los tribunales no se muestran dispuestos a admitir en forma abierta que están restringiendo la esfera de actuación de la ley. Prefieren decir, en cambio, que no es posible suponer que "el propósito de la ley" o "la intención del legislador" es que ella se aplique a un caso como el que tienen que decidir. Tal como hicimos notar más arriba, estas expresiones "teleológicas" son utilizadas para encubrir consideraciones pragmáticas del más cerrado tipo. El juez atribuye cortésmente a la voluntad real o hipotética del legislador todo aquello que él considera correcto.

c) Se habla de interpretación extensiva (interpretación por analogía) cuando las consideraciones pragmáticas se traducen en la aplicación de la regla a situaciones que, contempladas a la luz del "sentido lingüístico natural", se encuentran claramente fuera de su campo de referencia.

A primera vista podríamos hallarnos inclinados a suponer que la interpretación extensiva es análoga a la interpretación restrictiva. Pero un mejor examen nos demuestra que las cosas no son así. Tomando en cuenta el propósito, a menudo parece muy claro que, en ciertos casos, para realizarlo, no es necesaria determinada reacción jurídica, y que, por lo tanto, una interpretación restrictiva es la indicada. Por otro lado, rara vez será necesaria una interpretación extensiva para hacer que una regla de derecho alcance su propósito presupuesto. En esta situación hay que contemplar la posibilidad de que la restricción haya sido motivada intencionalmente por consideraciones contrarias. Sostener que esas consideraciones contrarias no prevalecen y que, por lo tanto, la regla debe ser extendida, requiere una investigación más detallada y denota una valoración mucho más radical de la regla jurídica. También la interpretación restrictiva de excepción a menudo aparece como algo obvio. Esto no ocurre en la interpretación extensiva.

El problema que subyace a la interpretación extensiva (interpretación por analogía) puede ser descrito de la siguiente manera. Si según su "sentido lingüístico natural" una regla se aplica a la esfera A), su extensión a la esfera B) presupone:

1) Que milita una valoración jurídica en favor de la aplicación de la misma a la esfera B). Tal valoración puede fundarse en particular en la concepción de que la regla es una formulación parcial, una revelación incompleta y esporádica de un punto de vista más general.

2) Que no hay diferencias entre A) y B) que puedan justificar el distinto tratamiento de los dos casos. Si, por ejemplo, una ley antigua utiliza palabras tales como "él" y "hombre", se puede sostener que en el derecho actual ya no subsiste la diferenciación jurídica entre hombres y mujeres, y que la ley, por lo tanto, debe extenderse por analogía a las últimas.

Se dice habitualmente que solo puede extraerse una analogía de A) a B), si B) no está ya comprendida por una ley. Sin embargo, este criterio no es respetado en la práctica, y no parece hallarse justificado. Hay que presuponer que la relación entre la regla analógica y una regla legislativa existente que se refiere al mismo caso será decidida como otros casos de conflicto de normas. Nada impedirá, por ejemplo, la extensión por analogía de una regla de excepción, aunque el caso esté comprendido por la (anterior) regla general.

d) No hay otras variantes posibles además de las mencionadas en a), b) y c). Una interpretación, comparada con el "sentido natural", es especificadora, restrictiva o extensiva. El tipo de interpretación conocido como conclusión a contrario no es una nueva variedad de interpretación pragmática superior, sino simplemente una parte del "sentido natural" o un rechazo de la extensión por analogía.

Se puede hablar de conclusión a contrario espuria cuando un significado acorde con el uso lingüístico acostumbrado se expresa indirectamente, pero sin ambigüedad. Si decimos: "Diez candidatos se presentaron al examen y uno de ellos aprobó", esto claramente significa que los otros nueve fueron aplazados. Sería caprichoso sostener que el enunciado solo dice que uno aprobó y que por lo tanto no excluye la posibilidad de que tal vez otros también hayan aprobado. En el lenguaje jurídico hallamos con frecuencia una forma similar de expresión. Cuando, por ejemplo, se dispone que una persona es mayor de edad al cumplir dieciocho años, esto significa sin lugar a dudas, que hasta entonces es menor de edad. En este caso, y en casos similares, la "conclusión a contrario" es simplemente parte de la interpretación lingüística general.

Sin embargo, una conclusión a contrario real (es decir, que va más allá de una interpretación lingüística general) no es una conclusión en sentido auténtico. Solo significa que el contenido de una regla jurídica únicamente se aplica con cierta limitación, excluyendo, de tal modo, la interpretación extensiva por analogía respecto de esa limitación. Unos pocos ejemplos aclararán más esto. Supongamos que una ley dice que una promesa ilegítimamente obtenida por la fuerza no es obligatoria para la persona que fue constreñida a formularla, si el propio beneficiario de la promesa ejerció la violencia o sabía o debió haber sabido que ella fue arrancada por un tercero en aquellas circunstancias. Se suele decir que de esto puede inferirse a contrario que la promesa es obligatoria si el beneficiario actuó de buena fe. Ahora bien, puesto que la aludida ley se presenta como una excepción a la regla general principal referente a la fuerza obligatoria de las promesas, la "inferencia" simplemente significa que entendemos la excepción con la limitación dada de que el beneficiario haya actuado de mala fe, con lo cual rechazamos la posibilidad de extender la regla por analogía a casos de buena fe. Del mismo modo, si una ley regula los casos en que el matrimonio puede ser disuelto, presumiblemente se "inferirá" a contrario que un matrimonio no puede ser disuelto en otros casos. Pero esto no significa otra cosa que el rechazo de la extensión por analogía de los casos de disolución. En conexión con el criterio general de que el matrimonio no puede ser disuelto salvo cuando la ley lo autorice, este rechazo conduce a dicho resultado.

En los documentos legislativos sistemáticos la conclusión a contrario se basa en la suposición de que la ley ha sido concebida

con tanta escrupulosidad que sus normas respecto de excepciones, condiciones, etc., pueden ser consideradas exhaustivas. También hay casos, empero, en los que la misma ley o sus notas aclaratorias, indican lo opuesto.

Se suele decir que podemos optar, frente al texto de una ley, entre extraer una conclusión por analogía o hacer una inferencia *a contrario*. De lo que se ha dicho resultará claro que en realidad optamos entre hacer o no hacer una interpretación extensiva por analogía.

**XXX LOS FACTORES PRAGMÁTICOS Y LA TÉCNICA DE ARGUMENTACIÓN**

El papel creador desempeñado por el juez en la administración de justicia, al definir con más precisión o enmendar la directiva de la ley, se manifiesta solo rara vez. Por lo común el juez no admite que su interpretación tiene este carácter constructivo, sino que, mediante una técnica de argumentación, intenta hacer ver que ha llegado a su decisión objetivamente y que ésta se halla comprendida por el "significado de la ley" o por la "intención del legislador". Trata así de preservar ante sus propios ojos, o por lo menos ante los ojos de los demás, la imagen examinada en el parágrafo XXVIII, es decir, que la administración de justicia solo está determinada por el motivo de la obediencia al derecho, en combinación con una captación racional del significado de la ley o de la voluntad del legislador.

Una vez que los factores de motivación combinados —las palabras de la ley, las consideraciones pragmáticas, la estimación de los hechos— han producido su efecto en el espíritu del juez e influido sobre él en favor de una determinada decisión, construye una fachada de justificación que a menudo no concuerda con lo que en realidad lo hizo decidir el caso en la forma en que fue decidido.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Las observaciones siguientes, hechas por el Juez BERNARD BOEIN, *Trial Judge*, 1952, 52, ilustran la función constructiva del juez, aunque se atienen a la ficción de que el juez solo "conforma" el derecho:

"El Juez indaga primero en los hechos, luego indaga en el derecho y por último escudriña su alma. Si las tres pesquisas apuntan en la misma dirección, su tarea será fácil, pero si divergen, no podrá ir muy lejos.

"Las leyes no están hechas para ser violadas por los jueces, pero en manos sensibles ellas poseen una cierta tolerancia elástica que les permite ceder para hacerse cargo de una situación especial. La ley rebotará (*snap back*) si es apretada demasiado por un juez insensible que la maneje con violencia. Puede ser deformada por un juez impulsivo.

"El juez experto conformará la ley dentro del ámbito de tolerancia de ella, para adecuarla a los perfiles del caso particular. El juez preciso y minucioso no verá esos perfiles, cegado por la rígida severidad de su plomada."

Si el juez se limita a aplicar la ley a los casos claros de referencia, se atiene a las palabras literales de aquélla, actitud que posiblemente se liga al rechazo de una concebible restricción de la misma, para lo cual aplica por analogía otras normas jurídicas. Por otra parte, si el juez desea dar una decisión que se encuentra en la zona dudosa de la regla (interpretación especificadora) o que incluso es contraria al "significado lingüístico natural" (interpretación restrictiva o por extensión), entonces busca apoyo para el resultado deseado doquiera pueda hallarlo. Si el informe de la comisión redactora de la ley puede ofrecer tal apoyo, se lo cita: si no puede ofrecerlo, se lo ignora. Cuando hay superposición de reglas, el juez goza de gran libertad, pues ello le ofrece amplia posibilidad para justificar el resultado deseado. Además, la interpretación restrictiva puede lograrse recurriendo al propósito probable de la ley. Las interpretaciones extensivas se apoyan en el argumento de que están reunidas las condiciones para el uso de la analogía. Si al juez no se le ocurre ninguna otra posibilidad, puede recurrir a meros postulados acerca de la supuesta intención del legislador, presumiendo simplemente que éste tiene que haber querido lo que es deseable para el propio juez.

El secreto de esta técnica de argumentación consiste en que no hay criterio que indique qué regla de interpretación ha de usarse. ¿Cuándo son decisivas las manifestaciones hechas durante el proceso de sanción de la ley? ¿Cuándo no hay consideraciones de suficiente peso como para dejarlas a un lado? ¿Cuándo ha de usarse la analogía, cuándo el razonamiento *a contrario*? En cierta medida la elección puede ser motivada por los datos de la interpretación. Tal como se dijo más arriba, el carácter sistemático de una ley puede ser una razón fuerte, en muchos casos incontrovertible, para rechazar la extensión por analogía. Fuera de esto no hay criterio externo que indique cuándo debemos recurrir a la inferencia por analogía y cuándo a la inferencia *a contrario*. Es común dar por sentado que la prohibición de llevar perros en un tranvía tiene que ser interpretada por analogía en el sentido de que incluye también a los monos, u osos u otros animales que ocasionan los mismos inconvenientes. Pero, según las circunstancias, sería igualmente posible extraer una conclusión *a contrario*, por ejemplo, si la prohibición estuviera motivada por el peligro de que se difundan ciertas enfermedades caninas. Supongamos que hay una regla que prohíbe andar en traje de baño y que nos preguntamos, en base a ella, si es lícito o no andar desnudo. ¿Debemos extraer una conclusión *a contrario* o por analogía? La decisión dependerá, sin duda, de que la prohibición esté colocada en un campo nudista o en un hotel de templanza.

Estas técnicas de argumentación son recursos que forman parte del equipo de cualquier jurista experimentado. Él tiene que saber



cómo justificar técnicamente, mediante argumentos interpretativos, la solución jurídica que considera "justa" o deseable. Pero sería un error aceptar los argumentos técnicos como si fueran las razones verdaderas. Estas deben ser buscadas en la conciencia jurídica del juez o en los intereses defendidos por el abogado. La función de los métodos de interpretación es establecer límites a la libertad del juez en la administración de justicia. Ellos determinan el área de soluciones justificables.

Las máximas de interpretación varían de un país a otro. Pero en todas partes muestran las mismas características, fundamentalmente: son conjuntos sistemáticos de frases atractivas (a menudo acuñadas en forma de proverbios) y de significado impreciso que pueden fácilmente ser manejadas de manera tal que conduzcan a resultados contradictorios. Dado que no existen criterios objetivos que indiquen cuándo debe aplicarse una máxima y cuándo otra, ellas ofrecen gran amplitud para que el juez llegue al resultado que considera deseable.

No debe sorprender, por lo tanto, que Allen, escribiendo sobre el derecho inglés, concluya que es cierto que:

"... toda nuestra doctrina de la interpretación de la ley... exhibe inconsistencias que sugieren que en algún lado hay una debilidad radical... La inconsistencia más grande es la que hay entre la interpretación "amplia" y la "restringida". La antítesis es de definición imposible; todo lo que uno puede decir es que a veces un tribunal llevará la interpretación hasta sus límites más lejanos para dar efecto a la "política" de una ley, y que otras veces se prosternará ante "la letra de la ley" cuando, según la opinión corriente, parecería muy fácil y razonable dejarse guiar por el espíritu."<sup>21</sup>

No me parece, sin embargo, que estas contradicciones sugieran una debilidad. Ellas indican la verdad fundamental de que las máximas de interpretación no son reglas efectivas, sino implementos de una técnica que —dentro de ciertos límites— habilita al juez para alcanzar la conclusión que considera deseable en las circunstancias, y al mismo tiempo, preserva la ficción de que solo está obedeciendo la ley y los principios objetivos de interpretación. El escritor norteamericano Max Radin expresa la misma idea con mucha claridad. Nos dice que las máximas "no son realmente 'reglas' en el sentido de que nos obliguen a llegar a un resultado y no a otros en la aplicación de una ley, sino que constituyen un vocabulario y un método de presentación para casos en los que, por razones totalmente distintas de esas 'reglas' y de sus excepciones, se alcanza un resultado de cierto tipo en el esfuerzo de saber si un acto está prohibido o permitido según una ley".<sup>22</sup>

<sup>21</sup> C. K. ALLEN, *Law in the Making*, 4ª ed., 1948, 428 y 433.

<sup>22</sup> *California Law Review*, t. 33, 219.

Puede ser un problema interesante de psicología social el determinar por qué se desea ocultar lo que realmente ocurre en la administración de justicia. Aquí tenemos que limitarnos a enunciar que la pretensión de que la administración de justicia es una simple deducción lógica a partir de reglas jurídicas, sin ninguna valoración por parte del juez, parece ser un fenómeno universal.

Probablemente no hay razón para que nos preocupemos por este ficcionalismo en la administración de justicia, sea que el propio juez crea o no que la fachada de argumentación expresa lo que realmente motivó su decisión. Y sin una investigación a fondo de psicología social no nos animamos siquiera a negar que es probable que esa ficción tenga incluso efectos socialmente beneficiosos.

XXXI [DISCUSIÓN]

Al igual que la doctrina tradicional de las fuentes del derecho, la teoría tradicional del método no está construida como una teoría analítico-descriptiva, que explica cómo el derecho es administrado (en particular, interpretado), sino como una doctrina dogmático-normativa que expresa cómo debe ser administrado (interpretado). Estos postulados dogmáticos se desarrollan en forma deductiva a partir de ideas preconcebidas sobre "el concepto del derecho", "la naturaleza del derecho" y "el papel de la administración de justicia", y se formulan como afirmaciones sobre el "objetivo" o el "propósito" de la interpretación. De estos postulados se deducen, a su vez, una serie de principios generales de interpretación o reglas de interpretación más concretas. En general, estas construcciones carecen de valor para la comprensión del derecho vigente o para la predicción de decisiones jurídicas futuras, a menos que reflejen, en forma más o menos casual, el método que en la práctica usan los tribunales; su relativo valor de verdad es limitado porque intentan unir artificialmente, en un "propósito" único, las diversas consideraciones que influyen en la interpretación.

Hay, naturalmente, una relación estrecha entre la doctrina de las fuentes del derecho y la teoría del método. La doctrina positivista de las fuentes del derecho que desea derivar la validez de todo el derecho de una voluntad soberana, suprema, poderosa (par. XXII), halla su paralelo en una teoría del método que considera que la teoría de la interpretación consiste en establecer, exclusivamente por métodos "lógicos" y sin hacer referencia a propósitos y valoraciones ajenos al texto legal, la verdadera voluntad del legislador immanente en sus sanciones. Se desarrolla un número de "métodos lógicos de inferencia" con cuya ayuda se cree posible deducir el significado de la legislación más allá de lo que está expresado en forma directa. Estos métodos de inferencia suelen ser desarrollados

mediante la llamada construcción de conceptos. Se piensa que los efectos jurídicos posibles están determinados por un número limitado de conceptos dados, presupuestos por el orden jurídico. La decisión de un caso jurídico se obtiene mediante su clasificación en uno de los conceptos reconocidos, y la solución se deduce luego, de acuerdo con los efectos jurídicos que aquel concepto contiene. La doctrina alemana y francesa del siglo XIX en particular, constituyeron ejemplos representativos de una "jurisprudencia conceptual" de este tipo.

En contraste con esto, se encuentran las teorías del método de la "escuela del derecho libre" (correspondientes a las teorías jurídicas idealistas) según las cuales la validez del derecho se deriva de una idea, principio, o propósito, inherente al derecho; la idea de justicia, las predominantes actitudes ético-jurídicas del pueblo, el principio de solidaridad, el principio de justicia social, etc. La ley, de acuerdo con esto, es considerada como un intento más o menos fructífero de llevar a cabo esa idea, y la tarea de la interpretación legislativa se define como un "pensar plenamente" la ley, en armonía con el principio immanente al derecho. Las teorías interpretativas del movimiento del derecho libre, según sean los presupuestos básicos que se adopten respecto de la naturaleza del derecho, pueden llevar el sello jusnaturalista o presentar un carácter sociológico-histórico-psicológico. En tiempos modernos ha sido corriente referirse, en particular, a consideraciones de propósito social y al balance de los intereses, como guías para la interpretación libre.<sup>28</sup>

Las teorías del movimiento del derecho libre se encuentran más cerca de la verdad que las teorías positivistas. Detrás de la apariencia dogmático-normativa hay una comprensión correcta del hecho de que la administración de justicia no se reduce a una derivación lógica a partir de normas positivas. Las teorías positivistas ocultan la actividad político-jurídica del juez. De la misma manera que el jugador de ajedrez está motivado no solo por las normas del ajedrez, sino también por el propósito del juego y por el conocimiento de su teoría, también el juez está motivado por exigencias sociales y por consideraciones sociológico-jurídicas. El papel desempeñado por las consideraciones "libres" puede variar con el estilo de interpretación, pero jamás puede ser excluido por completo. La "lógica immanente" que las teorías positivistas subrayan, es una ilusión. La "razón jurídica" immanente o la regla de derecho misma, no puede ser separada del propósito práctico que se encuentra fuera de ella, ni las "consecuencias formales" pueden ser separadas de un ajuste valorativo de las reglas, en relación con los valores presupuestos.

<sup>28</sup> Ver, además, ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, cap. III, 4-9 y VII, con bibliografía detallada.

Dentro de la doctrina de la interpretación en sentido restringido, tradicionalmente se hace una distinción entre las teorías llamadas subjetiva y objetiva. Según la primera, el propósito de la interpretación es descubrir la voluntad del legislador. Según la segunda, la ley es considerada como una manifestación objetiva del espíritu que, una vez generada, "vive una vida propia" y debe ser comprendida únicamente sobre la base de lo que de ella surja. La comunicación externa, "las palabras" y no "la voluntad" que está detrás de ellas, constituye lo jurídicamente obligatorio y, por ende, el objeto de toda interpretación.

Tal como vimos en el párrafo XXIV, esta distinción es falsa. Se refiere en realidad a los elementos de interpretación que se toman en cuenta. La teoría subjetiva y la teoría objetiva se distinguen por la importancia atribuida a la historia de la sanción de la ley. Este problema no puede ser resuelto sobre la base de ideas metafísicas acerca de si la "fuerza obligatoria" del derecho emana de "la voluntad" o de "la palabra". Sería posible analizar las ventajas y desventajas de uno y otro orden; pero en lo que hace al sistema jurídico vigente, es una cuestión de hecho saber si los tribunales siguen tradicionalmente un estilo de interpretación subjetiva u objetiva (párrafo XXIX).

## CAPÍTULO V

## LAS MODALIDADES JURÍDICAS

## XXXII TERMINOLOGÍA DEL LENGUAJE JURÍDICO

En el parágrafo VII explicamos que las normas jurídicas deben ser interpretadas como directivas a los jueces. Sin embargo, es raro que una ley esté estructurada lingüísticamente (como los códigos penales) de esa manera. Por lo común, la ley se dirige a todos los ciudadanos, dándoles instrucciones respecto de su conducta mutua, de modo tal que la directiva al juez emerge de la misma en forma indirecta.

Las directivas a los ciudadanos tampoco tienen ordinariamente la forma de instrucciones lisas y llanas acerca de su comportamiento. Una ley típica no está expresada en frases directivas corrientes —esto es, en palabras que expresan en forma directa un llamado a la acción (una orden, un deseo, un pedido)—, sino que describe un mecanismo según el cual diversos acontecimientos (hechos o acciones) producen efectos invisibles (llamados “deber”, “facultad” [“claim”], “capacidad” [“ability”], “validez”, etc.). Las normas hablan, con frecuencia, como si detrás del mundo del tiempo y del espacio existiera otra realidad, un mundo de “relaciones jurídicas” determinadas por fuerzas puestas en libertad por hechos “creadores” (“modificadores” y “extinguidores”). Hablan, por ejemplo, de ciertos hechos que obligan a una persona, de otros que tienen el “efecto de liberarla”; pueden decir que ciertos hechos crean un “derecho” en favor de una persona, derecho que puede ser modificado o extinguido por otros hechos y que puede prevalecer sobre el “derecho” de otras personas o ceder ante él. Por ejemplo, las normas hablan de una compraventa como si el acuerdo produjera una “relación jurídica” entre las partes, consistente en un conjunto de “facultades” y “deberes” para cada una de ellas. Estos efectos, sin embargo, se desarrollan en forma dinámica por virtud de otros hechos.

Por ejemplo, si el vendedor no entrega la cosa en su oportunidad, el comprador adquiere el “poder” de dejar sin efecto el contrato y de exigir daños y perjuicios, esto es, ciertas acciones cuyas producen ahora el “efecto” de que su “deber de pagar” queda “extinguido”, mientras que el “deber de entregar” del vendedor se transforma en un “deber” de pagar una cierta suma de dinero. De modo similar, pueden ocurrir muchos otros sucesos posteriores (imposibilidad en el pago, cumplimiento, falencia y otros) y crear “efectos” por cuya virtud cambia la “relación jurídica” entre las partes. Si la relación jurídica no ha tocado ya a su fin, puede en última instancia ser removida mediante sentencia y ejecución y desaparecer así del mundo.

El derecho legislado parece estar constituido, pues, por enunciados teóricos referentes a un mundo invisible de cualidades peculiares —relaciones jurídicas— que son creadas y se desarrollan como efectos de una “fuerza creadora jurídica” particular que ciertos hechos poseen. Pero no podemos, por supuesto, tomar esta descripción en serio. Es absurdo decir que cuando efectúa una compra surgen algunos efectos invisibles. Cualquiera sea la razón por la que esta terminología se ha puesto en uso, resulta claro que el significado y función real que corresponde al derecho legislado no es de índole teórica, sino práctica. Los enunciados aparentemente teóricos de la ley han sido en realidad formulados con el propósito de servir como directivas para influir en la conducta de los hombres: de los ciudadanos y jueces por igual (par. II).

Por otra parte, el modo peculiar de expresión que acabamos de examinar es un hecho y nos obliga a investigar las palabras y frases empleadas por el derecho con la función de directivas. Específicamente, tenemos que desenmarañar las relaciones mutuas entre las diversas frases, y ver si se ha desarrollado una terminología en alguna medida constante y libre de ambigüedades.

En la edición original dinamarquesa de este libro investigué la terminología jurídica dinamarquesa y mostré que las diversas expresiones directivas corrientes eran ambiguas sin excepción. No me siento capaz de llevar a cabo una tarea análoga en el campo de la terminología jurídica inglesa, pero creo que basta una mirada superficial a las leyes para justificar la afirmación de que lo mismo ocurre con expresiones directivas corrientes, tales como “it is the duty of” (“está en el deber de”), “must” (“tiene que”), “is bound to” (“está obligado a”), “is liable to” (“es responsable de”), “shall” (“debe”), “may” (“puede”), “has a right to” (“tiene derecho a”), “is entitled to” (“está facultado para”), “is authorized to” (“está autorizado a”), etc.

Otro defecto fundamental de la terminología es su carga ideológica. Esto se ve claramente en la manera cómo se aplica el concepto de deber. Cuando una ley enuncia que A tiene un cierto deber,

esto normalmente quiere decir que A puede ser condenado a una pena, o a realizar un determinado acto, o a pagar daños y perjuicios. Pero no es posible decir a la inversa que las reacciones jurídicas de este tipo presuponen la transgresión de un deber. La responsabilidad por daños y perjuicios no proviene necesariamente de que A haya cometido lo que la ley describe como transgresión de un deber. Por ejemplo: si A hace una promesa de cumplimiento imposible será condenado, según las circunstancias, a pagar daños y perjuicios, aunque su ignorancia de la imposibilidad sea excusable; pero nadie diría que tenía el deber de ejecutar lo prometido. Algo similar ocurre en el caso de responsabilidad estricta u objetiva por conducta peligrosa. No obstante haber responsabilidad por daños, no hay transgresión de un deber; la conducta peligrosa es considerada lícita.

La relación entre el deber y la reacción jurídica es el resultado de la función ideológica del concepto de deber. Este concepto solo se aplica cuando la reacción condicionada es vivida (*experienced*) con desaprobación social. La reacción no es vivida así en los casos mencionados y, por ello, no se presupone una trasgresión del deber como hecho condicionante de ella.

Esta función ideológica tiene indudablemente su valor en la vida jurídica de la comunidad. La idea de deber actúa como un motivo para el comportamiento lícito, no por temor a las sanciones, sino por virtud de una actitud desinteresada de respeto al derecho. Esta función ideológica, creadora de motivos, da al derecho su "carácter sagrado" o "validez" y sin ello no puede crearse un orden social (par. XI). Tal dependencia ideológica, por otra parte, hace que el concepto de deber no sea muy adecuado como instrumento para la ciencia del derecho. A diferencia de la legislación, la doctrina no se propone ejercer una influencia ideológica sobre los ciudadanos, sino simplemente describir las reacciones jurídicas que en circunstancias dadas se esperan, y el concepto de deber no se adecua al cumplimiento de esta tarea. Por un lado, el enunciado de que A tiene el deber de comportarse de cierta manera, no indica sin ambigüedad qué reacciones jurídicas pueden esperarse si A viola su deber. Por otro, puede ocurrir una reacción de tipo similar a aquélla típicamente conectada con la violación de un deber, sin que se dé tal violación.

Debemos concluir que sería deseable que las exposiciones doctrinarias del derecho vigente eliminaran el concepto de deber. En lugar de operar con este término inadecuado convendría más atender simplemente a la conexión jurídico-funcional entre los hechos condicionantes y las reacciones condicionadas.

Sería muy difícil, sin embargo, llevar a cabo esa idea. El mundo de los conceptos tradicionales, y la dificultad de romper con puntos de vista ideológicos, se oponen a ella.

XXXIII UNA TERMINOLOGÍA MEJORADA

Puesto que el lenguaje del derecho no puede prescindir de una terminología de deberes, facultades, etc., y puesto que tal terminología no puede ser totalmente eliminada de la ciencia del derecho, cabe preguntarse si no sería posible mejorar su uso. Quizá lo importante no es tanto la terminología en sí misma, como la conciencia de las diversas relaciones que ella revela.

De acuerdo con las líneas generales del sistema elaborado por el jurista norteamericano Hohfeld,<sup>1</sup> sugiero aquí una terminología cuya conexión interna puede ser simbolizada así:

Normas de conducta

- 1) deber A — B (C) ~ facultad B — A (C)  
 $\updownarrow$
- 2) libertad A — B (C) ~ no-facultad B — A (C)  
 $\updownarrow$
- 3) facultad A — B (C) ~ deber B — A (C)  
 $\updownarrow$
- 4) no-facultad A — B (C) ~ libertad B — A (C)  
 $\updownarrow$

Normas de competencia

- 5) sujeción A — B (C) ~ competencia B — A (C)  
 $\updownarrow$
- 6) inmunidad A — B (C) ~ incompetencia B — A (C)  
 $\updownarrow$
- 7) competencia A — B (C) ~ sujeción B — A (C)  
 $\updownarrow$
- 8) incompetencia A — B (C) ~ inmunidad B — A (C)  
 $\updownarrow$

En este diagrama el signo ~ indica que las nociones que conecta son correlativas (léase: "corresponde a" o "es equivalente a"); la flecha de doble punta indica que las nociones que conecta son opuestas contradictorias (un término es la negación del otro). La fórmula deber A-B (C) se lee: A tiene un deber hacia B de realizar C. La fórmula sujeción A-B(C) se lee: A está sujeto a las disposiciones de B dentro de la esfera de conducta C.

Hay, por lo tanto, ocho modalidades: deber, libertad, facultad,

<sup>1</sup> W. N. HOHFELD, *Fundamental Legal Concepts*, 1923.

no-facultad, sujeción, inmunidad, competencia e incompetencia (destaco el hecho de que la expresión ambigua "tener derecho a" ha desaparecido). Las cuatro primeras y las cuatro últimas son lógicamente reducibles entre sí. Además, puesto que la sujeción de A a B significa que la posición jurídica de A expresada en términos de deber, facultad, etc., está definida de acuerdo con las disposiciones de B, las cuatro últimas pueden ser reducidas a las cuatro primeras. Se sigue de ello, en consecuencia, que las ocho pueden ser reducidas a términos de deber. Si definimos esta palabra todas las otras quedan definidas.

Lo que sigue puede ayudar a explicar los términos y sus relaciones mutuas con más claridad.

### Deber y facultad

El valor del sistema de modalidades depende de una definición razonablemente libre de ambigüedad del término "deber". Lo más conveniente sería aplicar el término "deber" a situaciones en las cuales una persona puede ser objeto de una pena, o condenada a realizar cierto acto, o al pago de daños y perjuicios. Una definición de este tipo, sin embargo, no sería compatible con la función ideológica tradicional del término. En consecuencia, si abrigamos la esperanza de influir sobre el uso lingüístico, tendremos que restringir el empleo del término a aquellos casos en que la reacción es vivida (*experienced*) como una desaprobación social, y la sentencia, por ende, como un estímulo para el cumplimiento del deber. Es así que no hablaremos de deber, por ejemplo, en los casos de excusable imposibilidad de cumplimiento o en los de responsabilidad objetiva.

La palabra "deber" puede ser remplazada por "prescripción" o por "prohibición", según las siguientes reglas. Afirmar que un acto está prescripto quiere decir que hay el deber de realizarlo; afirmar que un acto está prohibido quiere decir que hay el deber de no realizarlo. Así:

deber (C) = prescripción (C),  
deber (no-C) = prohibición (C),

de lo que se sigue que:

prescripción (C) = prohibición (no-C),  
prohibición (C) = prescripción (no-C).

Al deber de A corresponde la facultad de B. Que B tiene una facultad respecto de A quiere decir que B puede poner en movimiento la maquinaria jurídica para obtener una sentencia contra A; o que el hecho de que B inicie juicio es condición necesaria para que se pueda condenar a A. Si hemos descrito plenamente la

posición jurídica de A, la condición que apunta a la necesidad de juicio está ya mencionada y; en consecuencia, el enunciado correlativo referente a la facultad de B no añade nada nuevo.

Normalmente la persona que tiene potestad (*power*) para iniciar procedimientos será también la persona directamente interesada en que A actúe de conformidad con su deber. Si A ha prometido a B \$ 500, B es la parte directamente interesada y también la persona que tiene potestad para iniciar el procedimiento. Pero puede ocurrir que ambas calidades no concurren en la misma persona. A puede, por ejemplo, prometer a B que pagará \$ 500 a C. Si suponemos que B, y solo B, puede iniciar el procedimiento, se adecuará mejor al uso corriente decir que solo B tiene una facultad respecto de A. La definición formulada más arriba ha sido hecha sobre tal base. B, titular de la facultad, es denominado sujeto del procedimiento. C, la parte directamente<sup>2</sup> interesada, sujeto del interés.

Al decir, pues, que B tiene una facultad contra A, meramente expresamos el hecho de que la demanda de B es una condición necesaria para la sentencia contra A. Esta relación puede ser expresada también diciendo que B tiene la potestad de iniciar una demanda contra A, lo que indica que, mediante un cierto acto, B es capaz de causar efectos jurídicos que él quiere producir. Otro problema es si es optativo u obligatorio para B ejercer su potestad de iniciar procedimientos. Por lo común B es libre de iniciar procedimientos o no. Su facultad está así combinada con la libertad de utilizarla o no, porque el propósito del derecho al otorgar a B una facultad es el de proporcionarle un instrumento para la tutela de sus intereses. Si B no tiene esta libertad, es dudoso que pueda hablarse de facultad; cabe preguntar, por lo tanto, si la libertad para iniciar procedimientos no debe ser incluida en la definición de facultad.

Esta cuestión es importante cuando los procedimientos son iniciados por el Estado en forma de acto oficial, como es normal en las causas criminales. El agente fiscal no es libre de actuar según su voluntad, sino que está jurídicamente obligado a ejercer la potestad con arreglo a las directivas establecidas por el derecho. La acusación pública difiere tan fundamentalmente de la acción privada, que prefiero reservar la palabra "facultad" para la potestad de iniciar procedimientos combinada con la libertad de ejercer esta potestad en interés propio.

Se sigue de aquí que aquellos deberes cuya trasgresión solo da lugar a la acusación pública que procura la aplicación de una pena,

<sup>2</sup> Se puede suponer que B también tiene interés en que A pague, pero su interés es indirecto, esto es, es un interés en el interés de C en que se le pague. Confróntese ALF ROSS, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, cap. VII, sec. 2.

son absolutos, esto es, no hay ninguna facultad correspondiente a los mismos; no tiene facultad la parte cuyo interés ha sido lesionado, ni el Estado.

*Libertad y no-facultad*

Si una conducta no está prohibida es llamada "permitida":  
 permisión (C) = no-prohibición (C) = no-deber (no-C)

Si una conducta no está prohibida ni prescrita, es llamada "libre":

libertad (C) = no-prohibición (C) + no-prescripción (C) = no-deber (no-C) + no-deber (C).

La conducta permitida y la conducta libre tienen, pues, en común el hecho de que no están prohibidas. La diferencia consiste en que un acto permitido puede estar prescrito (me está permitido cumplir con mi deber), mientras que un acto libre no puede estar prescrito.

Si C es libre, entonces no-C también es libre. Ambas fórmulas enuncian la misma cosa, a saber, que no hay deber respecto de C o de no-C.

Decir que un acto es libre es lo mismo que decir que se encuentra fuera de la esfera de las normas jurídicas. Es jurídicamente indiferente. Ni su realización ni su no-realización da lugar a reacciones jurídicas.\*

\* De las definiciones que anteceden se sigue que la negación del deber A-B (C) es, estrictamente hablando, la permisión A-B (no-C), y no como se indicó en el diagrama de las modalidades, libertad A-B (C). Porque tenemos:

- deber A-B (C)
- = prescripción A-B (C), cuya negación es:
- no-prescripción A-B (C)
- = no-prohibición A-B (no-C)
- = permisión A-B (no-C)

**Ejemplo:**

A tiene el deber de pagar \$ 50 a B. La negación de esto es:

A A. le está permitido negarse a pagar \$ 50 a B.

Esto es más restringido que decir

A está en libertad de pagar \$ 50 a B

Pues lo último incluye el sentido

A A. le está permitido pagar \$ 50 a B

Si a pesar de ello he preferido decir que la negación del deber (C) es la libertad (C) y no la permisión (no-C), esto se basa en el razonamiento de que si C no ha sido elegida arbitrariamente, sino que se trata de una conducta que en la práctica puede ser concebida como deber jurídico, hay que descartar en los hechos la posibilidad de que no-C sea un deber jurídico. La negación del deber A-B (C) significa, por lo tanto, no solo la permisión de no-C en favor de A, sino también la permisión

Mi libertad de ir al bosque, de caminar por las calles, de fumar un cigarro, de usar una corbata roja significa, por lo tanto, que no estoy obligado a hacer estas cosas ni a omitirlas; o que los otros (B o aquellos frente a quienes puedo invocar la libertad) no tienen ninguna facultad respecto de mí.

Es imposible enumerar las libertades de que goza una persona. La esfera de libertad está definida negativamente como todo aquello que no es objeto de regulación jurídica.

Ciertas libertades empero, son frecuentemente designadas con un nombre, porque se presentan como excepciones; bien porque la libertad solo pertenece a un individuo, o porque pertenece a todos, pero aparece como excepción a una regla general aceptada. El primer tipo puede ser denominado "libertad especial" o "privilegio". El otro tipo, "libertad general".

El dueño de una propiedad tiene el privilegio de caminar por su tierra. Está en libertad de hacerlo y al mismo tiempo tiene facultad de excluir a los demás. Según las normas dinamarquesas referentes a la preservación de los sitios de esparcimiento naturales, es una libertad general que corresponde a todos caminar por tierra de propiedad particular a lo largo de la costa del mar.

Otra razón para mencionar libertades especiales es el hecho de que la Constitución garantiza a los ciudadanos diversas libertades en tanto que esferas protegidas frente a la intervención de la legislación (libertad religiosa, libertad de prensa, etc.).

Cuando, como es usual, una libertad es común a todos, su valor para el individuo puede ser problemático. Mi libertad, después de todo, significa solamente que otros no tienen facultades respecto de mí, esto es, que no pueden interponerse obstáculos jurídicos en mi camino que me impidan gozar de la libertad. Por otra parte, en la libertad no va implícita facultad alguna frente a los demás a fin de que me acuerden de hecho oportunidad plena para actuar como quiero. Estoy en libertad de sentarme en un banco en Hyde Park. Pero esta libertad no me sirve de nada si el banco está ocupado. No tengo por cierto facultad de que otros me cedan el asiento. Si la libertad de uno no puede ser reconciliada con la libertad de otro, habrá lucha. Sin embargo, una cierta dosis de regulación de esta lucha y, con ello, alguna protección para aquel que ha ocupado en primer término una cierta posición, deriva como reflejo de otras facultades que limitan los medios para desplazar al prójimo. Si estoy sentado en un banco, ciertamente no tengo la facultad de que otros

de C, esto es, que A tiene la libertad (C). De acuerdo con esto en la práctica está justificado decir que la negación del deber de A de pagar \$ 50 a B es no sólo que a A le está permitido no hacerlo, sino que A es libre de hacerlo o no.



me dejen sentar allí. Pero tengo la facultad de que los demás no me ataquen, y esto tiene el resultado reflejo de que (jurídicamente) no puedo ser sacado del banco por la fuerza.

En el mundo de los negocios hay una amplia libertad de operar en el mercado y luchar en procura de clientes. Nadie tiene la facultad de que los demás no interfieran con sus clientes. Pero también aquí el orden jurídico establece límite a los métodos de la lucha de competencia.

El liberalismo es la ideología política que exige un máximo de libertad para el ciudadano y un mínimo de regulación jurídica de las cuestiones de la vida. En contraposición se encuentran las ideologías totalitarias que desean que la esfera de libertad de los individuos se reduzca al mínimo.

### *Sujeción y competencia*

La competencia es un caso especial de potestad. Hay potestad cuando una persona es capaz de causar ciertos efectos jurídicos deseados. Un acreedor tiene potestad para iniciar una acción o para impedir la prescripción de su crédito, y los padres tienen potestad para permitir o no permitir que sus hijos de cierta edad contraigan matrimonio. La competencia es la potestad de disposición y es ejercida por una declaración dispositiva, esto es, una declaración que normalmente produce efectos jurídicos concordantes con su contenido (par. XLIV y XLVIII).

Una declaración dispositiva es una directiva, dada a menudo como un enunciado aparentemente teórico sobre la existencia de deberes y facultades. Las leyes, los contratos y los testamentos son ejemplos de declaraciones dispositivas (parágrafo XLVIII).

El límite entre la competencia y los otros casos de potestades es fluido. Hay una escala de transición gradual. En algunos casos la disposición contiene una descripción detallada de las relaciones jurídicas creadas (una ley, un contrato minucioso, o un convenio colectivo). En otros casos la disposición se limita a llenar los claros de una serie de efectos jurídicos que en lo demás han sido establecidos por la legislación (por ejemplo, un contrato de venta que se limita a expresar el artículo y el precio, mientras que las relaciones de las partes están regidas, en lo restante, por las normas *standard* establecidas en la *Uniform Sales Act* (Ley Uniforme de Ventas). En otros casos, la disposición se limita a una declaración puramente formal que no admite variaciones individuales, y los efectos están enunciados en forma exhaustiva por el derecho; por ejemplo, cuando el comprador anuncia que cancela el contrato. Es materia de preferencia personal optar entre decir que la notificación de la cancelación del contrato es una declaración dispositiva que tiene efectos en concordancia con su contenido, o decir que la notificación de la

cancelación es un acto que da lugar a efectos jurídicos determinados por el derecho. Los efectos de la notificación están *standardizados* y son producidos automáticamente como si se oprimiera un botón.

Como regla principal, los particulares solo son competentes para efectuar disposiciones que los obligan a sí mismos, mientras que las autoridades públicas son competentes para obligar también a otras personas (par. XLIV). Si un particular tiene potestad para hacer disposiciones que obligan a otra persona, esta potestad estará habitualmente fundada en una disposición antecedente hecha por la otra persona. Así una oferta confiere al destinatario la potestad de obligar mediante su aceptación a la parte que la hizo, y la autorización da al agente la potestad de obligar al principal.

La potestad (competencia) de una persona como tal debe ser distinguida de la libertad que la persona tiene de ejercer su potestad como quiera, o si está obligada, del deber de ejercerla según ciertas líneas determinadas. Un agente puede estar obligado frente al principal a ejercer su autoridad dentro de ciertos límites, aun cuando el principal no pueda invocar las restricciones frente a un tercero que ha actuado confiando en la autoridad. Una restricción a la autoridad ostensible del agente, establecida en forma privada y desatendida por éste, no libera de responsabilidad al principal a menos, por supuesto, que su existencia sea conocida por la otra parte de la transacción.<sup>4</sup> Pero el ejercicio de la potestad en violación de las restricciones es ilícito frente al principal. Una regla similar se aplica a la potestad en el derecho público. La potestad no es conferida a las autoridades públicas para ser ejercida como ellas quieran, sino para ser ejercida de acuerdo con reglas establecidas o con principios generales presupuestos. Aquí, también, es frecuente que se pueda distinguir entre la competencia y los deberes relativos al ejercicio de esta competencia; la trasgresión de las normas no trae aparejada invalidez sino solamente responsabilidad.

La sujeción es la situación correlativa de la potestad (competencia). Desde el punto de vista lingüístico este término es de uso engorroso, porque tiene una connotación adversa, aun cuando se suponga que comprende también la situación correlativa de disposiciones favorables. Los ciudadanos están "sujetos" a la potestad del legislador, los herederos a la del testador, la parte que hace una oferta a la del destinatario de ella, el sucesor a la del antecesor, etc., todo ello sin que sea relevante que la disposición particular obligue a la parte sometida o cree facultades en su favor.

<sup>4</sup> G. C. GHESBRE y C. H. S. FOOT, *The Law of Contract*, 2ª ed., 1949, 359.

*Inmunidad e incompetencia*

Los comentarios sobre estas modalidades negativas son análogos a los que expresamos respecto de "libertad-no facultad". Como términos negativos comprenden todo lo que no está sometido a potestad jurídica; en consecuencia no es posible enumerar y designar las inmunidades específicas. Toda persona goza de inmunidad frente a cualquier otra persona, siempre que la otra persona no tenga una potestad en relación con la primera. Se reconocen, sin embargo, "derechos de inmunidad" específicos, porque aparecen como excepciones. Por ejemplo, se dice que los embajadores extranjeros gozan de inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales, y que los ciudadanos gozan de inmunidad respecto de la legislatura cuando la Constitución limita la competencia de esta última.

## XXXIV DISCUSIÓN

Hasta el presente las modalidades casi no han sido consideradas importantes como temas de estudio. Por lo general el análisis de las "relaciones jurídicas" consiste simplemente en dividir las en los conceptos correlativos de deber y derecho. Este análisis, sin embargo, es insatisfactorio.

En primer lugar, no se ha advertido que el tema del análisis es en realidad el lenguaje del derecho, que las diferentes modalidades representan meros vehículos lingüísticos para expresar las directivas contenidas en las reglas jurídicas. En lugar de ello, los deberes y derechos han sido considerados como sustancias metafísicas creadas por ciertos hechos y que a su vez crean efectos jurídicos. Esta manera metafísica de ver en los deberes y derechos entidades sustanciales, prevalece en gran medida en el pensamiento jurídico de Europa continental y en el de los países de habla inglesa, y ha tenido consecuencias infortunadas en el tratamiento de los problemas jurídico-prácticos (par. XXXVII).

En segundo lugar, la división deber-derecho es demasiado superficial. El término "derecho" (en sentido subjetivo) incluye conceptos tan heterogéneos como facultad, libertad, potestad (competencia) e inmunidad, y no se distingue entre "deber" y las otras modalidades pasivas. Este incompleto análisis en términos de deber-derecho, ha causado la confusión que caracteriza al lenguaje jurídico, tanto en la legislación como en el estudio doctrinario del derecho.

Finalmente, es un error introducir "un derecho" como correlato de "un deber". El concepto de derecho (en sentido subjetivo) es un concepto sistemático en el que son unidas un número de reglas

jurídicas (ver cap. VI). Abarca la idea de una colección de efectos jurídicos, cada uno de los cuales puede ser expresado en las modalidades comunes. El derecho de propiedad, por ejemplo, incluye un conjunto de facultades, libertades, competencias e inmunidades. Un "derecho" (tal como la propiedad, los diferentes *jura in re aliena*, derecho de propiedad intelectual, etc.) no es una modalidad jurídica mediante la cual se expresa la particular regla jurídica, sino una construcción doctrinaria para la exposición sistemática del derecho vigente.

Según mi información, el primero en investigar el problema de las modalidades jurídicas fue el norteamericano Wesley Newcomb Hohfeld (*Fundamental Legal Concepts*, 1923).<sup>5</sup> Lo que aquí hemos expuesto está en gran medida inspirado por Hohfeld, en especial la idea de que las modalidades están ligadas por las relaciones lógicas de contradicción y correlación. Mi postura, empero, difiere de la del nombrado autor. Hohfeld no intenta interpretar las modalidades según su función jurídica, y parece no advertir que en realidad ellas no son otra cosa que herramientas del lenguaje del derecho.

<sup>5</sup> Esta obra fue publicada en forma póstuma. Su trabajo original apareció en *Yale L. J.*, t. 23, 1913, 16.

CAPÍTULO VI

EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

XXXV EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO COMO UNA HERRAMIENTA TÉCNICA DE PRESENTACIÓN

En el capítulo anterior se explicó que los enunciados aparentemente teóricos sobre la creación de deberes, facultades, etc., que aparecen en las normas jurídicas, deben ser interpretados como directivas al juez. Una norma jurídica puede ser reformulada, por lo tanto, de la siguiente manera:

D (si H, entonces C)

como una directiva para el juez en el sentido de que cuando se da H su sentencia debe ser C.

Si la tarea de la ciencia del derecho se limitara a una simple enumeración de las reglas jurídicas en vigor, todas las proposiciones doctrinarias podrían ser formuladas de acuerdo con ese esquema. Podría imaginarse, entonces, una exposición científica que presentara como normas vigentes un número de directivas del siguiente tipo:

D<sub>1</sub>: Si una persona ha adquirido legítimamente una cosa por compra, deberá dictarse sentencia en su favor, ordenando la entrega de la cosa, contra cualquier otra persona que la retenga en su poder.

D<sub>2</sub>: Si una persona ha heredado una cosa, deberá dictarse sentencia de daños y perjuicios en su favor contra toda otra persona que con dolo o negligencia haya causado un deterioro a la cosa.

D<sub>3</sub>: Si una persona ha adquirido por prescripción una cosa y ha obtenido un préstamo que no es restituido en el momento oportuno, se deberá dictar sentencia favorable al acreedor para permitirle cobrar del producido de esa cosa.

D<sub>4</sub>: Si una persona ha ocupado una *res nullius* y la ha legado

EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

a otra, se dictará sentencia en favor del legatario, contra la sucesión de aquél, ordenando la entrega de la cosa.

D<sub>5</sub>: Si una persona ha adquirido una cosa mediante ejecución como acreedor, y con posterioridad otra persona se apodera del objeto, ésta deberá ser castigada por robo.

Y así sucesivamente, teniendo en cuenta, por supuesto, que en cada caso la fórmula podría ser mucho más complicada.

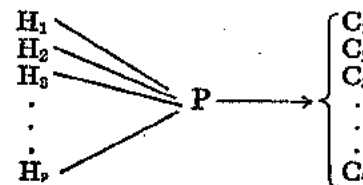
Pero la tarea de la ciencia del derecho obviamente no puede ser limitada de esta manera. Una exposición de este tipo sería tan engorrosa que prácticamente carecería de valor. La tarea del pensamiento jurídico consiste en conceptualizar las normas jurídicas de tal modo que ellas sean reducidas a un orden sistemático, exponiendo así el derecho vigente en la forma más sencilla y conveniente posible. Esto puede ser logrado con la ayuda de la siguiente técnica de presentación.

De entre un gran número de normas jurídicas del tipo indicado, es posible hallar un cierto grupo que puede ser dispuesto de la siguiente manera:

$$\begin{array}{ccccccc} H_1 - C_1, & H_2 - C_1, & H_3 - C_1 \dots & H_n - C_1, \\ H_1 - C_2, & H_2 - C_2, & H_3 - C_2 \dots & H_n - C_2, \\ H_1 - C_3, & H_2 - C_3, & H_3 - C_3 \dots & H_n - C_3, \\ \vdots & \vdots & \vdots & \vdots \\ H_1 - C_n, & H_2 - C_n, & H_3 - C_n \dots & H_n - C_n \end{array}$$

(Léase: El hecho condicionante H<sub>1</sub> está conectado con la consecuencia jurídica C<sub>1</sub> etc.), lo que significa que cada hecho de una cierta totalidad de hechos condicionantes (H<sub>1</sub> - H<sub>n</sub>) está conectado con cada una de las consecuencias de cierto grupo de consecuencias jurídicas (C<sub>1</sub> - C<sub>n</sub>); o que cada hecho H está conectado con el mismo grupo de consecuencias jurídicas (C<sub>1</sub> + C<sub>2</sub>... + C<sub>n</sub>), o que una pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas está conectada con una pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes.

Estas normas jurídicas individuales n x p puede ser presentadas más simplemente y en forma más cómoda mediante la figura:



## SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA

donde P (propiedad) simplemente representa la conexión sistemática de que  $H_1$  así como  $H_2, H_3 \dots H_n$  implica la totalidad de las consecuencias jurídicas  $C_1, C_2, C_3 \dots C_n$ . Como técnica de presentación esto se expresa, luego, enunciando en una serie de reglas los hechos que "crean propiedad", y en otra serie las consecuencias jurídicas que la "propiedad" trae aparejadas.

De aquí resultará claro que la "propiedad" inserta entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas es en realidad una palabra sin referencia semántica alguna, que sirve solamente como herramienta de presentación. Nosotros hablamos como si "propiedad" fuera un nexo causal entre H y C, un efecto ocasionado o "creado" por cada H, que a su vez es causa de una totalidad de consecuencias jurídicas. Decimos, por ejemplo, que:

1) Si A ha comprado legítimamente un objeto ( $H_2$ ) ha adquirido propiedad sobre el mismo.

2) Si A es propietario de un objeto tiene (entre otras cosas) el derecho a que se lo entreguen ( $C_1$ ).

Está claro, sin embargo, que 1) + 2) es solo una reformulación de una de las normas presupuestas ( $H_2 - C_1$ ), a saber, que la compra como hecho condicionante trae aparejada, como consecuencia jurídica, la posibilidad de obtener la entrega. La idea de que entre la compra y la posibilidad de obtener la entrega se ha "creado" algo, que puede ser llamado "propiedad", carece de sentido. Nada se "crea" por el hecho de que A y B cambien unas pocas frases interpretadas jurídicamente como "contrato de compraventa". Todo lo que ha ocurrido es que ahora el juez tomará este hecho en consideración y dictará sentencia en favor del comprador en una acción para obtener la entrega.

Lo que hemos descrito aquí es un ejemplo simple de reducción por la razón a un orden sistemático. Es por cierto tarea del pensamiento científico emprender este proceso de simplificación, pero la labor ha sido en gran medida anticipada por el pensamiento precientífico. Los conceptos fundamentales pertenecientes a la esfera de los derechos subjetivos —por ejemplo el concepto de propiedad— no han sido creados por los autores de derecho, sino heredados de ideas generalmente aceptadas. Aunque la mayoría de la gente solo tiene ideas muy confusas sobre cuáles son los hechos que "crean propiedad" y cuáles los "efectos" que son "consecuencias de la propiedad", en lo fundamental el concepto está construido tal como lo hubiera hecho el pensamiento científico. Conecta ciertos hechos específicos (compra, herencia, etc.) y ciertas experiencias de "facultades" y "títulos" jurídicos y éticos.

La función del concepto de derecho subjetivo, según este esquema, puede ser clarificada en tres contextos.

1) En la presentación abstracta del derecho vigente, su función es claramente la descrita más arriba. La expresión "derecho subjetivo" no tiene referencia semántica alguna. Las frases en las que ella aparece pueden ser reescritas sin hacer uso de la expresión, indicando la conexión que en las directivas jurídicas hay entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas. Por ejemplo: la proposición "la propiedad se adquiere por prescripción de acuerdo con las siguientes reglas..." puede ser reformulada así: "La prescripción (de acuerdo con las reglas siguientes) es uno de los hechos que traen aparejada la totalidad de consecuencias establecidas más abajo en el capítulo sobre los efectos jurídicos de la propiedad".

2) La función del concepto en las argumentaciones de los abogados ante los tribunales y en los fundamentos de las decisiones, también puede ser explicada, sin dificultades, según el mismo esquema. Un abogado, por ejemplo, alegará que por un contrato celebrado en tal y tal día su cliente ha adquirido la propiedad de un automóvil, y que en virtud de ello el mismo puede pedir que se condene al vendedor a entregárselo. Aun aquí la propiedad intermedia puede ser omitida. El abogado en realidad solo quiere sostener a) que se ha celebrado un contrato de compra válido; b) que este hecho implica, como consecuencia jurídica, que el juez debe dictar sentencia condenando a la entrega.

3) El concepto de derecho subjetivo se usa en enunciados que no parecen exponer reglas de derecho, sino describir puros hechos. Tal ocurre, por ejemplo, cuando se expresa que A es propietario de un cierto bien; o cuando una reglamentación describe a la persona que está obligada a remover la nieve llamándola "el propietario del inmueble".

El significado de tales enunciados es, sin embargo más complicado de lo que parece a primera vista. Para comprender esto, recordemos que es usual en la descripción de personas, cosas o situaciones, enunciar conjuntamente con cualidades puramente fácticas otras que están condicionadas por el derecho. En un pasaporte, por ejemplo, además de la edad del titular y del color de su cabello, se enuncian también su nacionalidad y su estado civil. ¿Qué es lo que se quiere decir al expresar que una persona es "casada"? El enunciado se refiere al hecho de que la persona contrajo un matrimonio que no ha sido disuelto. Pero "contraer matrimonio" no es algo puramente fáctico. Tal como no hay ningún movimiento de un objeto en el espacio que sea en sí una movida de ajedrez, no hay ningún suceso de hecho fáctico que constituya *per se* la "celebración de un matrimonio". Ambos fenómenos —tal como se examinó en el párrafo III— solo adquieren su significado específico cuando el suceso fáctico es interpretado en relación con una ideología vigente, las normas del ajedrez o las normas jurídicas. El enunciado de que una

persona ha "celebrado matrimonio", incluye una afirmación sobre el derecho vigente, a saber, que el suceso aludido es "creador de matrimonio", que trae aparejado un cierto complejo de consecuencias jurídicas. Estas consecuencias, por lo común, no son totalmente conocidas por el lego, pero él sabe, por ejemplo, que entre ellas está que no puede contraer otro matrimonio mientras el primero siga en pie. El enunciado de que una persona es "casada" se refiere así a dos condiciones: por un lado, al suceso puramente fáctico de la celebración del matrimonio; por otro, a una condición jurídica: que este suceso, según el derecho vigente, acarrea efectos jurídicos específicos que la gente conoce, por lo común, solo en forma muy vaga.

El uso en apariencia puramente descriptivo del concepto de derecho subjetivo, puede ser comprendido de una manera similar. El enunciado de que A es propietario de cierto objeto se refiere no solo a la circunstancia puramente fáctica de que A ha comprado el objeto, o lo ha heredado, o lo ha adquirido por prescripción, etc., sino también a la circunstancia jurídica de que, según el derecho vigente, estos sucesos acarrear consecuencias jurídicas específicas, y, por lo tanto, se dice que "crean propiedad".

Podemos concluir, por lo tanto, que en todos los contextos que hemos considerado los enunciados referentes a derechos subjetivos cumplen la función de describir el derecho vigente o su aplicación a situaciones específicas concretas. Al mismo tiempo, sin embargo, hay que afirmar que el concepto de derecho subjetivo no tiene referencia semántica alguna. No designa fenómeno alguno de ningún tipo que esté insertado entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas; únicamente es un medio que hace posible —en forma más o menos precisa— representar el contenido de un conjunto de normas jurídicas, a saber, aquellas que conectan cierta pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes con cierta pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas.

Suele emplearse la misma técnica de presentación sin la idea de un derecho subjetivo intermedio. En el derecho internacional, por ejemplo, una serie de reglas pueden expresar cuál es el área que, como territorio, pertenece a cierto Estado. Decir que esta área tiene el carácter de "territorio" es *per se* sin sentido. Solo hay una expresión con sentido cuando este conjunto de reglas es relacionado con otro conjunto de reglas que expresan las consecuencias jurídicas que se imputan al hecho de que un área tiene el carácter de territorio. En este ejemplo sería también posible expresar las relaciones jurídicas sin usar el concepto interpolado ("territorio"), aunque tal enunciado sería innegablemente muy complicado.

A veces el nexo intermedio no es un derecho subjetivo simple, sino una condición jurídica compleja de derechos y deberes. Así, cuando en el derecho de familia se distingue entre las condiciones para celebrar matrimonio y los efectos jurídicos del matrimonio;

cuando en el derecho constitucional se distingue entre la adquisición de la nacionalidad y los efectos jurídicos de la nacionalidad; o en el derecho administrativo entre la creación del *status* de funcionario y sus efectos jurídicos. En estas situaciones y en situaciones semejantes es común hablar de la creación de un *status* (el *status* relativo al matrimonio, a la nacionalidad, a la calidad de funcionario).

Cualquiera sea la construcción, la realidad que se encuentra detrás de ella es, en todos los casos, la misma: una técnica que tiene gran importancia si hemos de alcanzar claridad y orden en una complicada serie de normas jurídicas.

#### XXXVI APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO EN SITUACIONES TÍPICAS

El concepto de derecho subjetivo es una herramienta en la técnica de presentación. Pero esto nada nos dice acerca de las situaciones en que se lo emplea. Como hemos visto, también se puede usar la misma técnica sin este concepto. Nuestra tarea, en consecuencia, debe ser clarificar las condiciones en presencia de las cuales se aplica el concepto de derecho subjetivo. No se trata de decidir cuándo "existe efectivamente" un derecho subjetivo; la expresión "derecho subjetivo" no designa ningún fenómeno que exista en ciertas condiciones específicas. Es perfectamente posible exponer el derecho vigente sin usar el concepto de derecho subjetivo para nada. Nuestra tarea, pues, solo puede consistir en mostrar qué es lo que caracteriza aquellas situaciones jurídicas en cuya presencia se usa hablar de derechos subjetivos. No puede ciertamente afirmarse que el uso común sigue un criterio definido. A pesar de ello, si el concepto ha de prestar alguna utilidad en el estudio del derecho, es esencial definir en forma más precisa su esfera de aplicación. En este apartado examinaremos la aplicación del concepto de derecho subjetivo en situaciones típicas.

a) El punto de partida de cualquier análisis debe ser que el concepto de derecho subjetivo es usado para designar aquel aspecto de una situación jurídica que es ventajoso para una persona. La misma situación jurídica que es ventajosa para A puede ser desventajosa para B o para otros. El concepto de derecho subjetivo significa así que la situación jurídica es contemplada desde la perspectiva de la persona a quien favorece.

Con frecuencia la palabra derecho es indiscriminadamente usada en expresiones del tipo de "tener derecho a" (en el sentido de serie a uno permitido algo), para indicar que una persona es libre de realizar un acto determinado. En tal uso la palabra simplemente quiere decir que este acto se encuentra fuera del derecho objetivo

(par. XXXIII). Tal uso lingüístico no es conveniente. Como herramienta para el estudio del derecho el concepto de derecho subjetivo tiene que indicar un cierto contenido jurídico. Las libertades son aquí diferentes de las ventajas resultantes de regulaciones jurídicas. Las libertades, por lo tanto, están excluidas del concepto de derecho subjetivo.

b) Puesto que las libertades están excluidas, se sigue de allí que las ventajas para una persona determinada a que se refiere el concepto de derecho subjetivo tienen que surgir como consecuencia de una regulación jurídica. Y dado que la regulación jurídica siempre tiene un efecto restrictivo, el derecho subjetivo es siempre el correlato de un deber,<sup>1</sup> esto es, una restricción al prójimo. Los deberes ajenos pueden significar una ventaja para A de dos maneras. Ya sea porque otra persona está obligada a una acción positiva beneficiosa para A, por ejemplo, a pagarle una suma de dinero o a cumplir algún trabajo para él (derechos *in personam*), ya sea porque todas las personas, excepto A, están obligadas a abstenerse de realizar ciertos actos, por ejemplo, el uso y goce de un objeto (derechos *in rem*). En el último caso la libertad de A se convierte en un privilegio. A tiene asegurada una esfera de acción que le está reservada. La propiedad es el ejemplo típico. La propiedad incluye un privilegio para el propietario, un señorío reservado, porque se encuentra en libertad de usar y gozar del objeto, mientras que, al mismo tiempo, los otros están excluidos.

Sin embargo, las situaciones favorables como contrapartidas de un deber no siempre son consideradas como derechos subjetivos. Si B, por ejemplo, ha prometido a A pagar una suma a C, bajo condiciones tales que solo A puede exigirle el pago, como correlato del deber de B surge una ventaja para C. Pese a ello no se diría que se ha creado un derecho en favor de C.

c) El concepto de derecho subjetivo presupone, pues, que el titular del derecho tiene también una facultad respecto de la persona obligada, esto es, que está abierta para él la posibilidad de hacer valer su derecho iniciando una demanda. Se presupone al mismo tiempo que ninguna otra persona puede iniciar procedimientos. La potestad del propietario de iniciar juicio es tan exclusiva como su uso y goce del objeto.

En otras palabras, el titular de un derecho tiene una potestad absoluta de conservar —o abandonar— su posición ventajosa de goce

<sup>1</sup> El uso de la palabra "deber" en relación con esto es inadecuado, porque la desaprobación social implicada ideológicamente en la reacción jurídica contra una trasgresión (par. XXXIII) carece de importancia para la descripción de un derecho. Si se usa la palabra es simplemente porque no hay ninguna otra, libre de ideología, para expresar la misma cosa.

/ pasivo. Esta potestad, por supuesto, no consiste en ninguna fuerza mística conferida por el orden jurídico al sujeto del derecho; significa simplemente que la maquinaria jurídica es puesta en movimiento de acuerdo con la voluntad de aquél. Es como si el titular del derecho, al iniciar un juicio, apretara un botón que pone en marcha esa maquinaria.

d) Según el uso lingüístico jurídico habitual, el concepto de derecho subjetivo se emplea indudablemente en una cantidad de situaciones que combinan las características descritas en a) — c). Pero los casos más típicos, tales como los bien desarrollados derechos del propietario, están caracterizados, además, por una potestad exclusiva (competencia) para disponer del derecho; ello significa que solo el propietario tiene la potestad, mediante declaraciones dispositivas (en particular mediante declaración de transferencia y testamento), de provocar el efecto jurídico de que otra persona, indicada en la declaración, lo suceda en el derecho.

e) En resumen, podemos decir que el concepto de derecho subjetivo se usa típicamente para indicar una situación en la que el orden jurídico desea asegurar a una persona libertad y potestad para comportarse como le plazca, a fin de que proteja sus propios intereses. El concepto de derecho subjetivo indica la auto-afirmación autónoma del individuo.

Esto, por supuesto, no significa un individualismo desenfrenado y no es la antítesis del carácter social de todo orden jurídico. Solo significa que precisamente por consideraciones que hacen al bienestar de la comunidad, se considera deseable —por supuesto dentro de ciertos límites— acordar al individuo la posibilidad de libertad de acción. Hoy ha llegado a ser un *slogan* decir que la propiedad es una función social. Hay algo de verdad en ello, porque la libertad de acción del propietario está en nuestros días mucho más circunscrita por regulaciones sociales que bajo el régimen de individualismo extremo imperante en el siglo XIX. Pero la frase oculta el hecho de que la propiedad, aun con su contenido restringido, sirve todavía a la autonomía del individuo. La autonomía restringida sigue siendo autonomía y no una función social.

Es necesario subrayar esto porque el concepto de derecho subjetivo no debería incluir libertades ni potestades para la protección de intereses sociales. En la vida de una comunidad es frecuente que algunas personas reciban una libertad de acción y potestad privilegiadas para la protección de los intereses de otros o de intereses comunes. En la familia, por ejemplo, los padres tienen libertad para castigar a sus hijos menores y potestad para dirigir sus actos. En la vida pública, en un grado aun mayor, diversas personas tienen libertad de acción y potestad especiales para hacer disposiciones



obligatorias respecto de otras. Pero en estos casos y en casos similares las libertades y potestades no son conferidas a aquellas personas para la protección autónoma de sus propios intereses, sino como una función social. Que tales libertades y potestades son conferidas como una función social, y no en interés de la autonomía del titular, significa algo más que una pretensión moral. Significa también que tales libertades y potestades están jurídicamente limitadas y que el espíritu con que son ejercidas está sometido a control (autoridades de vigilancia, reglas referentes al abuso del poder, etc.). Los casos de este tipo deben ser excluidos, por lo tanto, del concepto de derecho subjetivo. El uso lingüístico corriente es vago, pero hay, sin embargo, una tendencia definida a hablar, en tales situaciones, de "autoridad" o "potestad" (autoridad pública, patria potestad), y no de "derecho subjetivo". En homenaje a la claridad debemos adherir a esta distinción terminológica.<sup>2</sup>

XXXVII APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO A SITUACIONES ATÍPICAS

Como hemos visto, el concepto de derecho subjetivo no es más que una herramienta en la técnica de presentación. Sin embargo, usualmente hablamos como si un derecho subjetivo fuese algo que se interpone entre los hechos y las consecuencias jurídicas; algo que es "creado" y que a su vez causa consecuencias diversas. La compra-venta, se dice, crea el derecho de propiedad en favor del comprador, y el derecho de propiedad tiene por efecto que el comprador puede reclamar la entrega.

Mientras seamos conscientes de la verdadera naturaleza del concepto de derecho subjetivo, el uso lingüístico no causa perjuicios. En caso contrario puede ser engañoso. Si el uso lingüístico nos lleva a creer que "el derecho subjetivo mismo" es distinto de sus "efectos", tendremos entonces un ejemplo típico de lo que en lógica se llama "hipóstasis", esto es, una manera de pensar con arreglo a la cual "detrás" de ciertas correlaciones funcionales se inserta una nueva realidad como "soporte" o causa de esas correlaciones. Este poder del lenguaje sobre el pensamiento se origina posiblemente en ideas mágicas primitivas.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> La teoría jurídica francesa usa a veces la terminología *droits à fin égoïste* y *droits-fonction*. Véase, por ejemplo, JEAN DABRY, *Le droit subjectif*, 1952, 217.

<sup>3</sup> En su libro *Der römische Obligationsbegriff*, 1927, Axel Hägerström ha citado argumentos de peso en apoyo del origen mágico de las concepciones jurídicas romanas. Las modernas investigaciones en el campo de la sociología y de la historia apuntan en la misma dirección. Véase ALF ROSS, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, cap. IX, 2-5.

Tal como veo las cosas, ha habido una fuerte tendencia en el pensamiento de los legos y de los juristas a concebir el derecho subjetivo como una sustancia. Difícilmente alguien de nosotros puede rechazar por completo la idea de asociar al concepto de derecho subjetivo nociones más o menos indefinibles de fuerza sobrenatural, una especie de poder interno e invisible sobre el objeto del derecho subjetivo, o una cualidad de la voluntad que le da "validez" y poder en relación con las voluntades opuestas de otras personas. Si bien no se confunde con ellas, este poder se manifiesta en las medidas de compulsión —sentencia y ejecución— mediante las cuales se realiza el control fáctico y visible que pertenece al titular del derecho.

Aun entre los niños se observa la tendencia a hipostasiar. El niño aprende rápidamente que él "es dueño" de ciertas cosas que llama "suyas", y advierte que ciertas ventajas prácticas están asociadas con esta propiedad. Pero, al mismo tiempo, el "ser dueño", en sí mismo, interesa al niño tanto como las ventajas prácticas, y ese "ser dueño" es concebido por él como cosa distinta de estas últimas. Hasta que mis hijos alcanzaron la edad de diez años yo pude, para nuestro beneficio mutuo, llegar a un arreglo con ellos en virtud del cual mis hijos "tenían" ciertas flores del jardín, al par que yo me reservaba el control completo de lo que podía hacerse con ellas.

Aun cuando el adulto aprende mejor a comprender la función real de la propiedad y no puede ser engañado de igual manera con una palabra, persiste, sin embargo, una indudable tendencia a considerar a un derecho subjetivo como una realidad independiente distinta de las funciones que cumple. Esta tendencia está difundida incluso en el pensamiento profesional. Ideas metafísicas ocultas se ponen de manifiesto en pseudoproblemas, ficciones y engaños, que pueden tener una influencia desdichada en el tratamiento de las cuestiones jurídicas prácticas.

La concepción metafísica del derecho como una fuerza espiritual está caracterizada por dos tesis: a) que un derecho subjetivo es siempre una entidad simple e indivisa que tiene que existir en un sujeto específico; y b) que este sujeto tiene que ser un ser humano o una organización de seres humanos. Ambas tesis pueden conducir a error.

a) la idea de que el derecho subjetivo es una entidad simple e indivisa que tiene que existir en un sujeto específico, no es perjudicial en las situaciones típicas descritas en el párrafo precedente. En estos casos las diversas funciones que constituyen la situación jurídica apuntan todas al mismo sujeto. Normalmente es la misma persona 1) aquella en cuyo beneficio está restringida la libertad de acción de otra persona; 2) aquella que puede hacer

valer el derecho iniciando procedimientos; y 3) aquella que tiene la potestad de disponer del derecho. La misma persona es sujeto del interés, sujeto de los procedimientos y sujeto de la disposición. En consecuencia no crea problemas pensar en estas diferentes funciones como efectos del "derecho subjetivo mismo", en tanto que entidad que encontramos en este sujeto general.

Las cosas son totalmente distintas, sin embargo, cuando las diversas funciones no se relacionan con el mismo sujeto.<sup>4</sup> Esto ocurre con mucha frecuencia. La entidad tal como se la concibe en el concepto sustancialista del derecho subjetivo no aparece aquí por ninguna parte, y la idea tiene que conducir forzosamente a falsos problemas y ficciones.

Por ejemplo, el menor de edad es beneficiario (sujeto del interés), el fideicomisario (*trustee*), sujeto de la administración (sujeto de los procedimientos y de la disposición). Sin embargo, se acostumbra a considerar que el "derecho" pertenece al menor, esto es, al beneficiario. Por otra parte, en los contratos en favor de terceros, exigibles por la persona frente a quien se ha contraído la obligación, esta última, que es el sujeto de la administración, es considerada como titular del "derecho". La distinta interpretación parece estar condicionada por la potestad atribuida al sujeto de la administración. Mientras que en el caso de los contratos en favor de terceros la persona frente a quien se ha contraído la obligación puede ejercer su potestad de iniciar procedimientos y de disposición como le plazca, en su propio interés, en el caso del menor de edad, la potestad del fideicomisario es una autoridad que él ejerce sometido a control, en interés de aquél.

En otros casos la división entre el interés del beneficiario y la administración activa es aún más pronunciada. Los estatutos de las *corporations* y fundaciones pueden establecer reglas respecto de cómo ha de componerse el cuerpo de administración y cómo han de seleccionarse los sujetos beneficiarios. De conformidad con estas reglas, los miembros individuales de cada grupo cambiarán de tanto en tanto. En tales situaciones la idea del derecho subjetivo como una sustancia que incluye una diversidad de funciones y que

<sup>4</sup> Entiendo que el primero en destacar el hecho de que las diferentes funciones dentro de un derecho (goce y administración) podían ser separadas y distribuidas entre manos diferentes, fue BEKKEK, "Zur Lehre von Rechtssubjekt", *Jahrbücher für die Dogmatik*, XII, 1873. Más tarde, RAWL DEMPOLGUE, en *Notions Fundamentales*, 1911, 325 y sigs., desarrolló la idea. La exposición que incluyo aquí está inspirada, en particular, por este último autor. La misma idea es destacada por ALEXANDER NÉKAM, *The Personality Concept of the Legal Entity*, 1938, 21 y sigs., quien, sin embargo, reserva la expresión "sujeto de un derecho" para la parte interesada, y llama a la parte que administra la "administradora de un derecho". Los tres autores se oponen también agudamente al dogma de que solo los seres humanos pueden ocupar la posición de sujeto de derechos.

pertenece a un sujeto específico, es completamente inadecuada. ¿Quién es el dueño de la Fundación Rockefeller, de las canchas de tenis del Chicago Games Club, o de la Institución en favor de las Viudas de Maestros Ladrilleros de Middletown? Nadie es "dueño" de esto en el mismo sentido en que yo soy dueño de una casa. Para preservar la concepción sustancialista es menester recurrir a construcciones. En el derecho de Europa continental es usual imaginar un sujeto simple, indiviso, donde no existe. La llamada persona jurídica<sup>5</sup> es introducida como sujeto del derecho. En el derecho inglés la noción de *trust* se usa con frecuencia en casos similares.<sup>6</sup> Se atribuye propiedad tanto al *trustee* (el sujeto que controla) como al *cestui que trust* (el sujeto beneficiario), al primero propiedad jurídica y al segundo propiedad de acuerdo con las reglas de *equity*. Esta propiedad doble se acerca más a la verdad porque indica que cada parte puede, en cierto sentido, ser considerada como sujeto del derecho. Pero en lugar de hablar de propiedad doble sería más exacto decir que no existe propiedad en el sentido típico; aquellas funciones que concebimos como combinadas en el propietario típico, están en este caso divididas entre personas diferentes, ninguna de las cuales, por lo tanto, ocupa la posición de un propietario típico.

Se presentan otras situaciones atípicas cuando el sujeto del derecho es remplazado en su posición. El ejemplo típico es la transferencia de propiedad. Cuando A transfiere un objeto a B, surge el problema de saber en qué momento B adquiere la posición jurídica de propietario frente a los demás. Esta "relación con los

<sup>5</sup> Hay una abundante literatura que se ocupa del problema de si la persona jurídica es una realidad, esto es, un organismo natural dotado de voluntad propia, una entidad viviente distinta de los individuos que participan en la vida de la colectividad; o si no es más que una ficción de que se vale el legislador cuando, guiado por consideraciones prácticas, desea tratar a una colectividad como si fuera un sujeto individual de derecho. Aun cuando este problema pueda tener algún significado cuando se lo aborda dentro del marco de la sociología, lo cierto es que implica un falso problema de metafísica desde el punto de vista del análisis jurídico. Para este último, el hecho decisivo es que las situaciones jurídicas que están aquí en consideración no son análogas a la situación individual típica de los derechos subjetivos, sino que se hallan estructuradas de un modo diferente. No se puede "tratar a una colectividad como a un sujeto individual de derecho". En tales situaciones simplemente no hay un sujeto general, y toda discusión acerca de la naturaleza de tal sujeto no conduce a nada. Una vez que se ha admitido esto nada impide, por supuesto, que se continúe usando la terminología firmemente establecida y que se siga hablando de personas jurídicas en tanto que sujetos de derecho.

<sup>6</sup> Existe una transición gradual entre los casos que utilizan la noción de *trust* y aquellos que usan la noción de persona jurídica. Véase ALF ROSS, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, cap. VIII, 6 a.

demás" puede ser dividida en un número de relaciones del sucesor con diversos grupos de terceros. No es necesario que el mismo hecho sea decisivo respecto de la posición jurídica de B en estas relaciones diversas. Por razones prácticas puede ser preferible que sean varios los hechos decisivos. Tanto el análisis científico-jurídico como el político-jurídico tienen, pues, que ser análisis de relaciones. Si se clarifican las posiciones jurídicas en las diversas relaciones, entonces el problema de cuándo pasa el derecho de propiedad de A a B es solo un problema terminológico sin contenido real.

Mientras que en la doctrina escandinava el problema es tratado de acuerdo con tales puntos de vista funcionales y relativos, en otros sistemas jurídicos el problema está todavía, en forma predominante, coloreado por las presuposiciones metafísicas del concepto sustancialista de derecho subjetivo. En estos sistemas jurídicos la transferencia del derecho de propiedad es considerada como un fenómeno con sustancia propia, del que emanan diversos efectos jurídicos. De allí resulta: primero, que la transferencia es considerada como un fenómeno que ocurre directamente entre las partes y del que se derivan, como consecuencia, las relaciones con terceros; y segundo, que la transferencia es considerada como absoluta, esto es, como que tiene efecto contra todos los terceros por virtud del mismo hecho. De tal modo queda excluido todo examen relativista de la transferencia de la propiedad.

b) El concepto metafísico del derecho subjetivo como una fuerza moral y espiritual conduce al postulado dogmático de que solo los seres humanos (y las personas jurídicas) pueden ser sujetos de derecho.<sup>7</sup>

No cabe duda, por supuesto, de que solo los seres humanos pueden funcionar como sujetos de procedimientos o de disposición. Por otra parte, nada obliga a que los intereses reconocidos por las normas jurídicas como protegidos por un derecho subjetivo, sean exclusivamente intereses humanos.

Así, con frecuencia se reconoce que pueden dejarse legados en beneficio de animales, legados que son administrados de acuerdo con reglas idénticas a las que gobiernan los legados en beneficio de seres humanos. No se puede negar, por lo tanto, que, en este caso, el animal es el beneficiario, y de acuerdo con el uso lingüístico común (parágrafo XXXVII), el titular del "derecho subjetivo". Se

<sup>7</sup> Este dogma, considerado por la mayoría como una verdad auto-evidente, se deriva, en apariencia, de una idea moral y metafísica del ser humano como centro del universo y fin de todas las cosas. A menudo se combina con la afirmación dogmática, igualmente insostenible, de que todo ser humano es sujeto de derecho. Véase, por ejemplo, JEAN DABIN, *Le droit subjectif*, 1952, 116. Para la crítica del dogma, véase los autores mencionados en la nota 4.

incurte en un conceptualismo no realista y dogmático cuando se interpreta el goce del legado por parte del animal como mero reflejo de un derecho del administrador limitado por un cargo en beneficio de aquél, y se extraen de allí conclusiones acerca de la situación jurídica en sus diversos aspectos, por ejemplo, en caso de falencia del administrador, o con relación a los impuestos.<sup>8</sup>

Lo mismo puede decirse cuando se reconoce que los legados pueden ser establecidos para la promoción de un propósito objetivo específico, por ejemplo, la conservación de un monumento. Una cosa es que la potestad para establecer tales legados —como la potestad para establecer otro tipo de legados— sea otorgada al testador para que pueda proteger sus propios intereses. Pero algo totalmente distinto es que en la situación jurídica establecida como resultado del legado —en contraposición con lo que ocurre con legados de otro tipo— no se puede señalar ningún beneficiario. Puede decirse, si así uno lo prefiere, que en estos casos el propósito objetivo desempeña el papel de beneficiario, y se puede caracterizar a la propiedad como una "propiedad consagrada a un propósito particular". (*Zweckvermögen*).

#### XXXVIII LA ESTRUCTURA DE UN DERECHO SUBJETIVO

El concepto de derecho subjetivo es usado en la descripción de una situación jurídica. El concepto contiene los siguientes elementos que constituyen la estructura de un derecho subjetivo.

a) El sujeto del derecho. Tal como vimos en los dos párrafos precedentes, es menester distinguir con respecto a la posición del sujeto en relaciones diversas, en particular la del sujeto del interés, de los procedimientos y de la disposición. En las situaciones típicas estos sujetos coinciden en un sujeto general simple. En situaciones atípicas están separados.

b) El contenido del derecho. En sentido más amplio el contenido del derecho subjetivo incluye tanto la facultad que el poseedor del derecho tiene contra otros, como su potestad para hacer valer esta facultad mediante la iniciación de procedimientos y la potestad para disponer del derecho. Dado que, sin embargo, la potestad para iniciar procedimientos y la potestad de disposición son accesorios de la facultad principal (y por lo tanto elementos constantes que aparecen en los diferentes derechos subjetivos), es preferible

<sup>8</sup> Respecto de las penas por crueldad hacia los animales y la frecuente desinterpretación de estas reglas, véase ALF ROSS, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, cap. VIII, 6 b.

restringir la idea del contenido a la facultad específica en virtud de la cual un derecho se distingue de otro.

El contenido específico de un derecho subjetivo es, pues, la restricción de la libertad de acción de otra persona o la correlativa facultad del titular del derecho. El contenido del derecho *in personam* es, pues, el deber de cumplir del deudor, o la facultad del acreedor respecto del cumplimiento. El contenido del derecho de propiedad es la facultad del propietario de que otros se abstengan de perturbar su uso y goce de una determinada cosa. En el campo de los derechos *in rem* la expresión "contenido (específico) de un derecho" se usa también, con menos precisión, para designar la libertad de acción privilegiada del titular del derecho, que es el resultado económico fáctico al que apunta su facultad jurídica. Decimos, por ejemplo, que el contenido del derecho de propiedad consiste en la libertad del propietario de usar y gozar del objeto como considere adecuado (dentro de ciertos límites).

c) El objeto del derecho subjetivo. La determinación plena del contenido de un derecho *in rem* concreto incluye también el objeto físico en relación con el cual el titular del derecho tiene una facultad de goce exclusiva. Este objeto físico es llamado el objeto del derecho subjetivo. Cuando un cierto tipo de derecho subjetivo, tal como la propiedad o una servidumbre, es considerado en forma abstracta, el contenido del derecho se define con abstracción del objeto.

La noción de objeto del derecho subjetivo difícilmente se aplica a los derechos *in personam*.

d) La protección del derecho subjetivo. Puesto que una facultad equivale, en cuanto a su función jurídica, a la posibilidad de obtener sentencia contra la persona obligada, la protección procesal (o estática) de un derecho no es más que otro aspecto del contenido del mismo. Una facultad no es nada sin la tutela del aparato jurídico. Al propio tiempo, la misma facultad puede recibir protección mediante diferentes reacciones jurídicas (aplicación de una pena, condena a realizar el acto debido, restitución, daños y perjuicios). En consecuencia, en abstracto puede hacerse una distinción entre el contenido de un derecho y su protección procesal.

Distinta de la protección procesal o —como prefero llamarla— estática, de un derecho, es su protección dinámica. Esta se refiere a los problemas jurídicos que solo surgen cuando el derecho es transferido o cuando tiene lugar otra forma de sucesión. Esto es, se refiere a la dinámica de los derechos subjetivos. Pero hay que aclarar qué es exactamente lo que quiere decir aquí "protección".

Cuando A ha vendido un objeto a B, entonces —en una consideración aislada de hechos y reglas jurídicas— se da la condición

para que B suceda a A en la posición del último. Pero si A ha vendido también el objeto a C, o si D, acreedor de A, ejecuta el bien, existen —similarmen te en una consideración aislada de hechos y otras reglas jurídicas— las condiciones para que C y D sucedan a A en su posición. En tales situaciones hablamos de colisión de derechos. Esta expresión, empero, es engañosa; porque es obvio que B y C (D) no pueden ser a la vez titulares del derecho subjetivo, y, por lo tanto, no puede haber colisión de derechos. El orden jurídico tiene que contener reglas adicionales para compaginar los dos puntos de vista aislados, de modo tal que B o C (D) sea el titular del derecho al objeto. La situación, por lo tanto, no presenta en realidad una colisión de derechos, sino una colisión de reglas aisladas de sucesión. Desde un punto de vista más amplio no hay colisión: B o C (D) es el único titular.

En estas situaciones, pues, el problema de la protección nace del hecho de que las reglas del orden jurídico están formuladas en grupos que en forma aislada regulan la transmisión de derechos. Estos conjuntos aislados presuponen reglas suplementarias e integradoras que gobiernan la "colisión entre derechos". Estas reglas suplementarias definen la protección dinámica del sucesor del derecho.

Se hará claro ahora que existe una importante diferencia entre la protección estática y la protección dinámica.

La protección estática se refiere a las sanciones que pueden ser aplicadas en caso de violación del derecho subjetivo. Estas sanciones pueden ser más o menos efectivas según cuales sean las condiciones para el castigo de la trasgresión, la magnitud de la pena y las condiciones para que el titular del derecho pueda obtener restitución o daños y perjuicios. Mientras más efectivas sean las sanciones, mayor será la protección del derecho subjetivo, esto es, mayor la probabilidad de que el titular del mismo obtenga realmente el goce económico pacífico que el orden jurídico desea proporcionarle. Claro está que este tipo de protección no puede nunca ser absoluto.

La protección dinámica, por otra parte, nada tiene que ver con sanciones. Las reglas de la protección dinámica regulan la competencia entre diversos sucesores en conflicto, cada uno de los cuales tiene por sí mismo una expectativa legítima de sucesión. La protección dinámica, pues, no es protección de una posición jurídica existente, sino de la expectativa de un sucesor de ser colocado en una posición jurídica. Esta protección, según las circunstancias, puede ser absoluta, porque el orden jurídico, bajo ciertas condiciones, hace indiscutible la posición jurídica que resulta de una sucesión.

Se sigue de aquí que la protección estática se refiere a la relación entre el derecho sustantivo y los procedimientos jurídicos,

mientras que la protección dinámica se refiere a problemas internos del derecho sustantivo.

Es un viejo problema el de saber si hay una conexión natural o necesaria entre el contenido de un derecho y su protección dinámica. Este problema será examinado en el capítulo próximo.

e) Los elementos estructurales indicados en los apartados a) a d) constituyen el fundamento para la división de los derechos subjetivos en varios tipos. Es particularmente importante la división fundada en el contenido. No podemos examinar aquí la sistematización de los derechos; en el próximo capítulo nos ocuparemos únicamente de una importante clasificación.

### XXXIX DISCUSIÓN

En obras del autor francés León Duguit<sup>9</sup> y del autor sueco A. V. Lundstedt<sup>10</sup> se encuentran discusiones críticas del concepto de derecho subjetivo que guardan relación con los puntos de vista expuestos en el presente libro. También dichos autores denuncian las ideas metafísicas tradicionales envueltas en el concepto de derecho subjetivo: ellos insisten en que cualquier idea que vea en el derecho subjetivo una sustancia, una fuerza espiritual creada por ciertos hechos, carece de sentido; y que la única realidad demostrable en las llamadas situaciones de derecho subjetivo consiste en la función de la maquinaria jurídica. Dadas ciertas condiciones, una persona puede, con arreglo al derecho vigente, iniciar procedimientos y, de esa manera, poner en movimiento la maquinaria jurídica, de lo que resulta que el poder público es ejercido en su beneficio. Puede obtener sentencia y ejecución compulsiva, creando para sí una posición ventajosa, una posibilidad de acción, un beneficio económico. Y esto es todo.<sup>11</sup>

Hasta aquí es fácil estar de acuerdo con estos autores. Pero a partir de ese punto, en lugar de proseguir preguntándose qué es lo característico de las situaciones llamadas de "derecho subjetivo", y cómo este concepto puede ser analizado y usado como herramienta para la descripción de aquellas situaciones —tal como intentamos

<sup>9</sup> Véase especialmente *Traité de droit constitutionnel*, I, 3ª ed. 1927. Confróntese JEAN DABIN, *Le droit subjectif*, 1925, 5 y sigs.

<sup>10</sup> Véase *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, 1932, I, 35 y sigs.

<sup>11</sup> Antes de Duguit y Lundstedt, Bentham emprendió un estudio crítico siguiendo líneas similares a las seguidas por aquéllos. Véase, por ejemplo *Works*, publicadas por John Bowring, 1843, I, 248, 358, 361; y II, 497 y sigs. y particularmente *The Limits of Jurisprudence Defined* (publicado por primera vez en 1945) 57 y sigs.

en las páginas precedentes— Duguit y Lundstedt dan a su descripción crítica un giro peculiar; sostienen que los derechos no existen.

El argumento de Duguit para "probar" la no existencia de derechos subjetivos es simple. Postula en primer término que la expresión "derecho subjetivo" solo puede significar un poder inherente en una voluntad individual para afirmarse frente a otras voluntades, esto es, una inherente supremacía de una voluntad respecto de otras. Luego afirma que no hay en las voluntades tales diferencias inmanentes. En consecuencia, concluye, ¡no hay derechos subjetivos!

Es claro que este razonamiento descansa sobre la idea ingenua de que una palabra tiene un significado inmanente que no puede ser alterado. La "prueba" es producida por Duguit postulando primero que la expresión "derecho subjetivo" solo puede significar algo carente de significado, y proclamado después ¡que este algo carente de significado no existe!

También Lundstedt cree en el significado inmanente de las palabras. Sostiene que los derechos no existen en sentido conceptual, pero admite, sin embargo, que hay ciertas realidades tras el concepto, y no ve razones para no usar, en homenaje a la brevedad, la expresión "derecho subjetivo" como una mera designación de estas realidades.<sup>12</sup> Se podría pensar que Lundstedt procura lanzar un nuevo concepto de derecho subjetivo definido por estas realidades. Pero, aunque la expresión pudiera ser concebiblemente usada como designación de ciertas realidades, éstas no pueden, desde el punto de vista lógico, ser clasificadas bajo el concepto de derecho subjetivo, ¡lo que significa necesariamente que no hay derechos subjetivos!

Al margen de este ingenuo misticismo de las palabras, las ideas de Duguit y de Lundstedt adolecen de confusión entre el punto de vista jurídico y el sociológico. La ventaja económica, la posibilidad fáctica de acción (la "posición protegida" de que hablan estos autores) son, obviamente, la consecuencia práctica de una situación jurídica, no esta situación misma. Pero como concepto jurídico, el concepto de derecho subjetivo tiene que ser analizado como un instrumento para la descripción de un contenido jurídico. Estos autores no ofrecen un análisis desde este punto de vista. Ninguno de los dos advierte el valor del concepto como herramienta de presentación, ni las diversas relaciones jurídicas que pueden ser distinguidas en una situación de derecho subjetivo. Es paradójico que quienes denuncian con tanto ardor las ideas metafísicas encerradas en el concepto de derecho subjetivo, acepten sin un examen crítico la noción del derecho subjetivo como una entidad simple e indivisa, noción que es la concreción más tangible de la metafísica que se declara proscrita.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, 119.

Los pioneros de un análisis más profundo del concepto de derecho subjetivo no han sido tanto Duguit y Lundstedt, que niegan la existencia de derechos subjetivos, sino más bien Demogue, Nékám y Bekker,<sup>13</sup> que han visto que aquel concepto engloba funciones distintas y mutuamente independientes; en particular, las de goce y las de administración.

La discusión tradicional del concepto de derecho subjetivo se ha movido en un plano que —si el punto de vista sostenido aquí es correcto— tiene que ser rechazado por falta de realismo. Se ha considerado que lo más importante era determinar la "esencia" del derecho subjetivo. Por un lado está la teoría de Ihering, según la cual la esencia de un derecho subjetivo es el interés jurídicamente protegido. En oposición a ella se encuentra la teoría de Windscheid, que sostiene que la esencia del derecho subjetivo es un poder o supremacía de la voluntad.<sup>14</sup> El debate entre estas dos teorías parece ser interminable. En contra de la teoría del interés se afirma que, en algunas situaciones, el interés está separado del derecho subjetivo, por ejemplo, cuando la propiedad se halla limitada por cargas en beneficio de otros, o en los casos de contratos celebrados en favor de un tercero pero que solo pueden ser exigibles por el co-contratante. La teoría de Ihering hace difícil distinguir entre el derecho subjetivo mismo y sus efectos reflejos en beneficio de otros. En contra de la teoría de la voluntad, por otra parte, se afirma que las personas que carecen de voluntad o de voluntad racional (como las personas por nacer, los niños y los dementes) pueden, sin embargo, ser sujetos de derecho. Muchos autores posteriores han considerado que la esencia del derecho subjetivo es una combinación de interés y voluntad.<sup>15</sup>

Esta discusión no lleva a ninguna parte. Si es correcto decir que al concepto de derecho subjetivo no corresponde en modo alguno una realidad que aparezca entre los hechos condicionantes y las consecuencias jurídicas, no tiene sentido discutir si el derecho subjetivo, en su esencia, es interés, voluntad o alguna tercera cosa. Tras las diversas ideas de una esencia sustancial se ocultan diferentes puntos en la situación típica de derecho subjetivo: la ventaja fáctica determinada por la restricción de la libertad ajena, la potes-

<sup>13</sup> Véase parágrafo XXXVII, nota 4.

<sup>14</sup> La teoría de Ihering es formulada en su *Geist des römischen Rechts*, III y IV, con variantes según las distintas ediciones de la obra. La doctrina de Windscheid es desarrollada en su *Pandektenrecht*, I, también con variantes según las distintas ediciones de la obra. Véase, además, ALF ROSS, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, cap. VII, 8 y JEAN DABIN, *Le droit subjectif*, 1952, 56 y sigs.

<sup>15</sup> Véase ALF ROSS, *op. cit.*, 168-169 y JEAN DABIN, *Le droit subjectif*, 1952, 72 y sigs.

tad de iniciar procedimientos y la competencia de disposición. Las dificultades con que tiene que luchar cada una de las teorías, nacen del hecho de que las funciones, que están integradas en las situaciones típicas, se dan divididas entre sujetos diferentes en las situaciones atípicas.



## CAPÍTULO VII

## DERECHOS "IN REM" Y DERECHOS "IN PERSONAM"

## XL. DOCTRINA Y PROBLEMAS

Desde la antigüedad ha sido usual distinguir, dentro del campo del derecho de contenido patrimonial, dos grupos principales de derechos subjetivos: derechos *in rem* y derechos *in personam*. En tiempos modernos es frecuente agregar un tercer grupo, los llamados derechos de propiedad inmaterial.

La doctrina en torno de esta distinción puede ser desarrollada de diversas maneras, pero su médula inalterable es la conexión esencial entre el contenido del derecho subjetivo y su protección.<sup>2</sup> Esta doctrina presupone que la división de los derechos patrimoniales según su contenido va acompañada de una correspondiente división de la protección. Los derechos que según su contenido son *in rem* (por lo cual se entiende usualmente que autorizan un uso y goce inmediato de una cosa) están dotados de protección *in rem* (por lo cual se entiende usualmente que el titular del derecho puede obtener la entrega o restitución de la cosa frente a cualquiera que se haya apoderado ilegítimamente de ella; puede sacarla del patrimonio del anterior titular que ha caído en falencia y tiene prioridad respecto de adquirentes posteriores). Los derechos que según su contenido son *in personam* (por lo cual se entiende usualmente que consisten en una facultad frente a una persona para que ésta realice un acto) están dotados de protección *in personam* (por lo cual se entiende usualmente que no pueden ser hechos valer más que contra

<sup>2</sup> Se da por sentado, además, que la distinción es también importante en muchos otros aspectos, y, por ello, se la toma como base para la división del campo del derecho de contenido patrimonial en dos ramas principales, el "derecho de cosas" (*Sachenrecht*) y el "derecho de obligaciones" (*Obligationenrecht*).

el deudor; el titular del derecho no tiene derecho a obtener la restitución de la cosa, no puede sacarla del patrimonio del deudor fallido, y debe ceder posición ante adquirentes posteriores de buena fe).

La doctrina de los derechos *in rem* y de los derechos *in personam* asume un carácter diferente, según que la distinción en cuanto al contenido y a la diferencia en la protección sea definida en forma más rigurosa. Si prescindimos de esto por el momento, el contenido común de la doctrina de los derechos *in rem* e *in personam* puede ser resumido de la siguiente manera:

1) El derecho *in rem* es aquel que, de conformidad con su contenido, es un derecho sobre una cosa y, por lo tanto, está dotado de protección *in rem*.

2) El derecho *in personam* es aquel que, de conformidad con su contenido, es un derecho frente a una persona y, por lo tanto, está dotado de protección *in personam*.

Esta terminología, sin embargo, no es muy acertada, porque las expresiones *in rem* e *in personam* se refieren por igual al contenido del derecho y a su protección, lo que puede causar confusiones.

Será preferible, en consecuencia, usar una expresión para la diferencia de contenido y otra para la diferencia de protección. Si para la primera introducimos las expresiones "derecho de disposición" (*right of disposal*)<sup>2</sup> y "derecho de pretensión o facultad" (*right of claim*) el núcleo de la doctrina puede ser reformulado como sigue:

1) Según el contenido de los derechos patrimoniales puede distinguirse entre derecho de disposición y derecho de pretensión o facultad.

2) Según los principios relativos a la protección de un derecho puede distinguirse entre protección *in rem* y protección *in personam*.

3) Existe una conexión (necesaria o natural) entre estas dos distinciones, de modo que un derecho de disposición está (normalmente) dotado de protección *in rem*, y un derecho de pretensión o facultad, de protección *in personam*.

Esta terminología será utilizada en el análisis crítico que sigue, en el que se plantearán las cuestiones que a continuación indicamos:

1) ¿Son sostenibles las distinciones corrientes entre derecho de disposición y derecho de pretensión o facultad? (par. XLI).

<sup>2</sup> "Disposición" significa aquí disposición fáctica y no jurídica; el uso y goce fáctico de la cosa. Confróntese par. XXXIII y XLVIII referentes a "disposición" en tanto que competencia jurídica.

2) ¿Son sostenibles las distinciones corrientes entre protección *in rem* y protección *in personam*? (par. XLII).

3) ¿Puede darse a estas distinciones un significado tal que exista una conexión (necesaria o natural) entre ellas? (par. XLIII).

Comencemos dando la conclusión: el siguiente análisis procura demostrar que las dos primeras cuestiones tienen que ser contestadas en forma negativa y la tercera afirmativamente. Esto quiere decir que aunque las dos distinciones y las ideas sobre su correlación son insostenibles, la doctrina tiene algo importante que ofrecer.

Las grandes líneas<sup>2</sup> de lo que se ha escrito sobre la distinción entre derechos *in rem* y derechos *in personam* son como siguen:

a) La doctrina predominante define la distinción fundamental entre derecho de disposición y derecho de pretensión o facultad, expresando que el primero es un derecho que en forma inmediata se tiene sobre una cosa, mientras que el último es un derecho contra una persona.

El derecho de disposición es aquel que, sin hallarse fundado en una relación jurídica frente a otra persona, autoriza en forma inmediata al titular a un uso y goce directos o a ejercer un poder directo sobre una cosa, ya en todos los aspectos (propiedad), ya en ciertos aspectos determinados (*jura in re aliena*).

El derecho de pretensión o facultad es aquel que se tiene contra una persona, que nace de una relación jurídica entre el titular del derecho y una cierta persona y que corresponde al deber de ésta respecto de aquél.

De esta diferencia en la esencia de los derechos deriva una diferencia en sus efectos jurídicos: toda vez que el derecho de disposición es un derecho sobre la cosa como tal, y no contra otra persona, vale frente a cualquiera o, en otros términos, es absoluto, vale tanto respecto de los sucesores como de los acreedores. (Está, como dicen los franceses, dotado de *droit de suite* y *droit de préférence*.) Una sentencia dictada contra otro no se funda en ninguna obligación de éste, sino simplemente en el hecho negativo de que el mismo no tiene ningún derecho que pueda oponer al del actor. Este hecho es en sí lo suficientemente poderoso como para convalidar la pretensión de sentencia y ejecución. Aun cuando a veces se admite que los terceros están obligados a no perturbar el goce del derecho, se subraya, empero, que esta obligación es simplemente un resultado del derecho de disposición, no una parte de su esencia. A la inversa: puesto que el derecho de pretensión o facultad es un derecho contra

<sup>2</sup> Véase además un estudio detallado en ALF ROSS, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, cap. IX.

una persona que tiene la correspondiente obligación, solo vale contra ella y es, por lo tanto, relativo (no tiene *suite* o *préférence*). En este caso la sentencia contra el deudor se apoya en su obligación hacia el acreedor y no simplemente en el derecho de este último y en la ausencia de derecho de la otra parte.

b) Se formula una difundida crítica a la manera en que la doctrina predominante define el derecho de disposición.

El argumento reza que todo orden jurídico es, en último análisis, una regulación de los actos de los hombres en relación recíproca, y que, por lo tanto, el derecho de disposición no puede ser definido como un poder que se tiene en forma inmediata sobre un objeto. El derecho, por ejemplo, que la propiedad acuerda al propietario es una facultad respecto de otras personas; la facultad de que éstas no le perturben su goce fáctico del objeto. La propiedad consiste jurídicamente solo en las facultades que el propietario puede hacer valer contra otras personas o en los deberes correspondientes de parte de los otros. De acuerdo con esto, el derecho de disposición es definido como una obligación universal y negativa de abstenerse.

El derecho de disposición, pues, tanto como el derecho de pretensión o facultad, es la expresión de una relación jurídica interpersonal. La diferencia consiste en la estructura y el contenido de la relación jurídica. En un caso la obligación se aplica únicamente a una o más personas determinadas, y su contenido puede estar definido positiva o negativamente. En el otro, la obligación se aplica a todos, y su contenido está definido negativamente como un deber de no perturbar el uso y goce.

Del carácter universal del derecho de disposición se sigue que vale contra cualquiera.

Esta crítica, pues, no controvierte la distinción fundamental entre el derecho de disposición y el de pretensión o facultad, ni la idea subyacente de una conexión íntima entre el contenido de un derecho y su protección. Su objetivo es simplemente llegar a una formulación jurídico-filosófica más plausible de la intención de la doctrina prevalectante.

#### XLII DERECHO DE DISPOSICIÓN Y DERECHO DE PRETENSIÓN O FACULTAD

La distinción corriente entre el derecho de disposición (el derecho de uso y goce de una cosa) y el de pretensión o facultad (el derecho contra una persona para que ésta realice una prestación) no ofrece dificultad en el caso de las prestaciones genéricamente determinadas: no es difícil distinguir entre la propiedad de una vaca y la facultad respecto de B para que éste pague \$ 500. Pero las difi-

cultades pueden surgir en el caso de prestaciones que se refieren a cosas individualmente determinadas.

Por una parte no hay razón para que un derecho de uso y goce de una cosa no pueda presuponer cooperación de parte de otra persona y, de tal manera, una facultad contra ella. Tal es el caso, por ejemplo, de los derechos limitados de disposición o *incumbrances*; porque aquí el propietario tiene un deber hacia el titular del derecho limitado. Es irrelevante que el derecho de usufructo, por ejemplo, sea definido como el uso y goce efectivo e inmediato (que tiene que ser respetado por todos, incluso por el propietario), o como la facultad respecto del propietario, de que éste ceda el uso y goce al usufructuario.

Por otra parte, no hay razón para que una facultad contra una persona no obligue al deudor, según su contenido, a ceder al acreedor el uso y goce de una cosa o permitirle que continúe en él, con lo que la facultad aparece, en esa medida, como un derecho de disposición. Se trata de la misma cosa vista desde el otro lado. El doble aspecto se da típicamente en la compra-venta de bienes muebles, hasta que la cosa es efectivamente entregada. Es irrelevante que digamos que el derecho del comprador es un derecho de disposición, interpretando su pretensión o facultad relativa a la entrega de la cosa como paralela a la pretensión o facultad del propietario respecto de la entrega del bien de su propiedad por la persona que lo posee solo en forma provisional (hasta el momento de la entrega); o que digamos que el derecho del comprador es un derecho de pretensión o facultad contra el vendedor para la entrega de la cosa.

Las dificultades surgen porque la distinción está desfigurada, esto es, los dos conceptos no están formados en base al mismo fundamento de división.

El derecho de disposición es un concepto de sesgo sociológico; define una situación jurídica en relación con el efecto económico, la utilización real de un beneficio como efecto práctico de una posición jurídica.

El derecho de pretensión o facultad, por su parte, es un concepto puramente jurídico, expresa únicamente la posición jurídica (la facultad del acreedor, el deber del deudor) y deja a un lado la ventaja económica que resulta de la aplicación práctica de las normas (la perspectiva del acreedor de obtener la prestación).

Si el deber del deudor consiste en proporcionar al acreedor el uso y goce de una cosa, los dos conceptos se superponen y se hace impracticable, en consecuencia, una distinción entre ellos.

Una distinción con significado solo puede estar fundada lógicamente en a) el efecto real buscado; o b) las facultades y deberes jurídicos mediante los cuales este efecto se lleva a cabo.

a) Todo derecho subjetivo patrimonial se dirige, en sentido económico, a dar al titular el uso y goce de objetos específicos; por la simple razón de que solo es posible el uso y goce de objetos específicos: esta vaca, estas bolsas de maíz, estos billetes de banco. Así, por ejemplo, una facultad genéricamente determinada de recibir cien bolsas de maíz, procura dar al acreedor (en algún momento) el uso y goce de cien bolsas de maíz específicas que deben ser entregadas por el deudor. Que la facultad está determinada en forma genérica solo quiere decir, pues, que todavía no es posible individualizar las cien bolsas.

Se sigue de aquí que, sobre la base de un fundamento económico, no es posible trazar distinción alguna entre el derecho de disposición y el derecho de pretensión o facultad. Desde el punto de vista económico todos los derechos son derechos de disposición.

Pero puede hacerse una distinción entre:

α) Derechos cuyos objetos de disposición pueden ser inmediatamente señalados; ellos pueden ser:

α<sub>1</sub>) Derechos de uso y goce efectivo de un objeto específico; por ejemplo, propiedad, usufructo; o

α<sub>2</sub>) Derechos a un uso y goce futuro de un objeto ya determinado; por ejemplo, el derecho del comprador a una determinada vaca que ha comprado.

β) Derechos cuyo objeto de disposición no puede ser indicado todavía; por ejemplo, el derecho de A cuando B le ha prometido entregarle en el futuro 100 bolsas de maíz, o pagarle \$ 500.

O más brevemente:

α) Derechos sobre o a un objeto (ya) individualmente determinado.

β) Derechos a una prestación determinada (por ahora) solo en forma genérica.

El objeto de los derechos expresados en β) no puede ser individualizado hasta que ocurran ciertos sucesos posteriores (individualización obligatoria, entrega, principio de ejecución).

Podemos, por supuesto, seguir llamando "derecho de disposición" a los expresados en α) y "derechos de pretensión o facultad" a los expresados en β), siempre que no olvidemos que también los últimos procuran establecer un uso y goce económicos. Descubriremos entonces que el derecho de pretensión o facultad representa una etapa preliminar del derecho de disposición. Tarde o temprano todo derecho de pretensión o facultad se transforma en un derecho de disposición.

b) Considerado puramente a la luz de su función jurídica, todo derecho subjetivo consiste en las facultades jurídicas que el titular puede hacer valer mediante procedimientos.

Hablamos de la existencia de una facultad aun cuando no estén presentes todas las condiciones necesarias para iniciar un procedimiento civil y obtener sentencia. Decimos, por ejemplo, que A tiene una facultad respecto de B en cuanto B ha prometido a A pagarle \$ 500 a los catorce días, aun cuando A, por cierto, no puede iniciar todavía procedimientos judiciales. Es posible, sin embargo, indicar desde el comienzo mismo la conducta que dará lugar a la potestad efectiva de iniciar procedimientos, a saber, que B no pague la deuda dentro de los catorce días. Por ello es también posible atribuir un contenido definido a la facultad de A y al deber de B. En otros casos esto no es posible. Si decimos, por ejemplo, que el propietario tiene la facultad de que otros no perturben su uso y goce, está todavía indefinido qué actos futuros darán nacimiento a la efectiva potestad de A de iniciar procedimientos; quizá B se apoderará de la cosa mediante robo; o C le prenderá fuego; o D la dañará con un vehículo; o E la tomará en préstamo y la perderá; o la cosa llegará accidentalmente a posesión de F, quien se rehusará a devolverla, etc. Resulta claro que la facultad del propietario está todavía totalmente indefinida, tanto en lo que hace a la persona contra quien podría intentarse una acción, como en lo que atañe al acto del cual dependería tal acción. La facultad expresa únicamente una condición fundamental provisional para promover una acción; únicamente los sucesos posteriores le darán un contenido definido.

Sobre esta base podemos trazar una distinción entre facultades exigibles (*mature*) y no exigibles (*immature*). Las primeras designan situaciones jurídicas en las que el titular del derecho puede iniciar un procedimiento civil y obtener sentencia o puede por lo menos indicar en forma definida la conducta que dará lugar a ello; mientras que las últimas designan las situaciones jurídicas en las que está presente una condición fundamental para los procedimientos jurídicos, pero hasta ese momento solo es posible indicar en forma indefinida el curso de conducta que dará lugar a la efectiva potestad de iniciar un procedimiento.

Sobre esta base funcional podemos definir el "derecho de disposición" diciendo que es un derecho que consiste únicamente en facultades no exigibles; y el "derecho de pretensión o facultad" diciendo que es un derecho con facultades exigibles.

Esta definición de los derechos de disposición y de los derechos de pretensión o facultad no coincide con la definición en sentido económico dada en a).<sup>4</sup> En sentido económico, por ejemplo, el de-

<sup>4</sup> No es conveniente, por supuesto, trabajar con dos conjuntos diferen-

recho del comprador de una cosa específica es un derecho de disposición. En sentido funcional, en cambio, es una relación mixta. En la relación directa comprador-vendedor hay facultades exigibles, por lo que existe un derecho de pretensión o facultad; pero en la medida que la compra puede suministrar un fundamento para facultades no exigibles contra otros, en caso de que la situación jurídica haya sido perturbada, el comprador tiene un derecho de disposición.

La confusión que prevalece en casos como los descritos puede ser explicada simplemente, pues, como el resultado de una distinción deformada, que mezcla criterios económicos y criterios relativos a funciones jurídicas.

El examen hecho en a) y b) está dirigido a demostrar que la distinción entre derechos de disposición y derechos de pretensión o facultad, en ambos sentidos, está estrechamente conectada con algo dinámico: el desarrollo temporal de una situación jurídica. Un derecho de pretensión o facultad (en sentido económico) se transforma en un derecho de disposición; y un derecho de disposición (en sentido funcional) puede, según las circunstancias, transformarse en un derecho de pretensión o facultad.

#### XLII PROTECCIÓN "IN REM" Y PROTECCIÓN "IN PERSONAM"

En general, la protección *in rem* sugiere 1) la potestad para obtener que cualquier otro que esté en posesión de la cosa sin derecho, la entregue; y 2) una posición jurídica superior en relación con los diversos grupos de "terceros", en particular los sucesores y acreedores del antecesor, especialmente la masa de acreedores del antecesor fallido.

Esta definición del concepto de "protección *in rem*" oculta varios problemas jurídicos, cada uno de los cuales es más amplio de lo que podría aparecer a primera vista.

De acuerdo con lo dicho en el párrafo XXXVIII, hay que distinguir entre protección estática y protección dinámica.

La protección estática es aquella constituida por remedios jurídicos con cuyo auxilio el orden jurídico intenta influir en la conducta de los seres humanos, de tal manera que se realice un efecto económico buscado. La potestad para obtener la entrega no es más que uno de esos remedios. Las sanciones penales, la facultad de obtener daños y perjuicios, la facultad de obtener compensación por enriquecimiento indebido, y las *injunctions*, se cuentan también

tes de definiciones, pero ambas concepciones están tan estrechamente ligadas a estos términos que sería muy poco satisfactorio inventar una nueva terminología. Si en lo que sigue el contexto no lo indica, señalaremos en forma expresa en qué sentido son usados los términos.

entre los remedios jurídicos con cuyo auxilio el orden jurídico intenta asegurar a una determinada persona una cierta posición fáctica.

La protección dinámica, por otro lado, es la que resulta de aquellas reglas que determinan quién de dos o más sucesores en conflicto tiene mejor derecho. La sucesión tiene lugar en tres formas principales: transmisión singular, ejecución por los acreedores y herencia. Las condiciones para la sucesión válida en cada una de estas tres formas están expresadas en reglas relativamente aisladas. Si hay diversas sucesiones —del mismo tipo o de tipos diferentes— respecto del mismo derecho, entonces se necesitan reglas superiores para la solución de este conflicto, a fin de decidir cuál de los competidores ha de suceder en el derecho. Estas reglas superiores son las reglas de protección dinámica.

El problema de la protección dinámica se refiere, por lo tanto, a las relaciones recíprocas entre diversos sucesores y puede ser considerado no solamente desde la posición de un sucesor por transmisión singular en relación con otros, o con acreedores o con herederos, sino también desde la posición de un acreedor o de un heredero.

Los problemas de la protección dinámica surgen no solamente en el caso de sucesión de derechos de disposición, sino también de derechos de pretensión o facultad. Las cuestiones son análogas en ambos casos.

La distinción entre protección *in rem* y protección *in personam* es mucho más compleja de lo que se supone usualmente. La protección calificada sugerida por el término "protección *in rem*" quiere decir algo sustancialmente diferente según que se contemple la protección estática o la dinámica. Los problemas que resultan en ambos aspectos son más amplios de lo que las ideas corrientes parecieran indicar, y deben ser considerados en un contexto más amplio. Pero, ¿hay alguna justificación para hacer una distinción? Y si la hay, ¿cuál es la conexión entre la distinción y el contenido del derecho subjetivo?

### XLIII LA CONEXIÓN ENTRE CONTENIDO Y PROTECCIÓN

a) En lo que se refiere a la protección estática, podemos razonablemente preguntarnos si hay una conexión necesaria o natural entre el contenido de un derecho y su protección. Porque la protección en este sentido pertenece al derecho subjetivo individual, y es, pues, concebible que la protección pueda variar con el contenido.

No hay, empero, razones plausibles para que los derechos de pretensión o facultad no tengan protección estática, como la tienen los derechos de disposición. Cuando el orden jurídico procura el

efecto fáctico de que A, que tiene una facultad contra B, termine por obtener la prestación de éste, libraría únicamente media batalla si le diera solo remedios contra B y no contra otros que con su conducta puedan frustrar este efecto. Naturalmente, la facultad misma no puede ser invocada sino contra el deudor. El deber de un tercero no puede nunca ser el de cumplir con la prestación, sino el de no interferir en la relación contractual. La necesidad práctica de tal salvaguardia se advierte con particular claridad en aquellos casos en que el tercero se encuentra en situación de extinguir el derecho del acreedor, por ejemplo, transfiriendo un documento negociable con efecto extintivo o alegando una imposibilidad que extinga la obligación del deudor. También se advierte cuando un tercero, sin extinguir el derecho del acreedor, lesiona sus intereses haciendo que la facultad no pueda ser adecuadamente satisfecha; por ejemplo, alegando imposibilidad en circunstancias tales que el deudor no quede liberado.

La protección estática es también acordada de hecho al acreedor, en medida variable, en los modernos sistemas jurídicos. La antigua doctrina romana por la cual los derechos de pretensión o facultad solo podían ser violados por el deudor y, en consecuencia, no gozaban de protección contra los demás, es una construcción puramente doctrinaria, deducida de la distinción entre derechos *in personam* y derechos *in rem*.<sup>5</sup>

Los remedios disponibles contra terceros pueden consistir en especial —tal como en el caso de los derechos de disposición— en penalidades, facultad de obtener daños y perjuicios, o compensación por enriquecimiento injusto, conjuntamente con las *injunctio*s prohibitivas u obligatorias. Existe una facultad análoga a la facultad de obtener la entrega o la restitución de la cosa, si el ejercicio de los derechos de pretensión o facultad de los otros acuerda al acreedor una acción para recuperar su crédito, sin exigir que medie mala fe de parte de la persona que ejerce el derecho.

No hay, por lo tanto, ninguna conexión necesaria ni, en la práctica, natural entre el contenido de un derecho y su protección estática, pero hay buenas razones para acordar a los derechos de pretensión o facultad protección contra la interferencia de terceros, sobre la base de principios sustancialmente iguales a los que se aplican a los derechos de disposición.

b) En lo que hace a la protección dinámica, por su parte, de entrada queda excluida la posibilidad de que exista conexión alguna entre el contenido y la protección, de manera que ciertos derechos estén dotados de protección *in rem* y otros de protección únicamente *in personam*. Esto se debe al hecho de que las reglas que

<sup>5</sup> Véase ALF Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, 275-276.

rigen la protección dinámica se refieren a la colisión entre varias sucesiones, cada una de las cuales es válida cuando se la considera por separado; se sigue de esto que las diferencias en la protección dinámica tienen que estar condicionadas por el tipo de colisión, no por el tipo de derecho. La idea de que un derecho está "dotado" de un tipo específico de protección dinámica es, por lo tanto, errónea.

Con esto no queremos decir que la distinción entre derecho de disposición y derecho de pretensión o facultad, por una parte, y las reglas que rigen la protección dinámica, por la otra, no están ligadas por conexión alguna. Pero esta conexión tiene que ser necesariamente provocada por los posibles tipos de colisiones. Si las dos clases de derechos se simbolizan por *a* y *b*, entonces son posibles tres tipos de colisiones, a saber: *a - a*, *b - b* y *a - b*, y cabe preguntarse si se aplican principios diferentes a la protección dinámica en estos tres casos.

De hecho, ello es así. Esto no significa que haya alguna necesidad lógica tras la correlación, ni que las reglas sobre protección dinámica sean las mismas en todos los sistemas jurídicos. Por otra parte, puede decirse que en todos los modernos sistemas de derecho se encuentran ciertos puntos de vista principales en común,<sup>6</sup> que demuestran que estos tres tipos de colisiones son tratados según diferentes principios, lo que, por supuesto, no excluye las diferencias de detalle. Pero la gran similitud respecto de estas características fundamentales justifica que se piense en una conexión natural entre el tipo de colisión y los principios que rigen la protección dinámica.

En forma esquemática los principios pueden ser establecidos de la manera siguiente.<sup>7</sup>

**Colisión *a - a*: derecho de disposición vs. derecho de disposición: principio de prioridad.**

Esta colisión es solucionada sobre la base de la prioridad. El derecho creado primero tiene preferencia sobre el derecho creado después. En base a fundamentos de técnica jurídica, el principio sufre modificaciones a través de las reglas relativas a la inscripción o registro, a la adquisición de buena fe extintiva y otras.

**Colisión *b - b*: derecho de pretensión o facultad vs. derecho de pretensión o facultad: principio de competencia.**

Si un deudor crea primero un derecho de pretensión o facultad

<sup>6</sup> He tratado de mostrar que la distinción entre la prestación determinada en forma individual y en forma genérica es una idea que aparece universalmente en la historia jurídica. *Ibid.*, cap. X, 4.

<sup>7</sup> Las expresiones "derecho de disposición" y "derecho de pretensión o facultad" están tomadas, en conexión con esto, en su sentido económico, esto es, son definidas como derechos sobre o respecto de un objeto especificado individualmente y derechos a una prestación determinada en forma genérica.

dad, en beneficio de A, y después otro en beneficio de B, el derecho de B puede significar una disminución de la posibilidad de A de obtener cumplimiento. La presencia de varios acreedores en relación con el mismo deudor significa, por lo menos, una colisión potencial de intereses. La posición, pues, es análoga a la de la doble venta, y realmente frente a ella no hay razón para que no se pudiera llegar a una solución sobre la base del principio de prioridad. Los sistemas jurídicos modernos, sin embargo, se apoyan en el principio de competencia.

De conformidad con este principio, los acreedores tienen que competir para obtener cumplimiento, sin que tenga influencia la fecha de sus créditos. Normalmente la competencia es libre, esto es, un acreedor no tiene protección frente a otro. Cada uno de ellos puede perseguir al deudor sin atender a la existencia de los otros o de sus prioridades. La competencia es restringida solo cuando la colisión de intereses se ha agudizado de modo que es imposible satisfacer todos los créditos. A esta altura se aplican las reglas de la falencia, esto es, reglas de competencia restringida, mediante las cuales se confiere protección mutua a todos los acreedores, de modo que todos tienen que someterse a una reducción proporcional de sus créditos, en relación con el patrimonio disponible.

En la práctica, el orden jurídico modifica este principio mediante reglas relativas a las transacciones anulables en el proceso de bancarota, a las deudas privilegiadas, etc.

**Colisión *a - b*: derecho de disposición vs. derecho de pretensión o facultad: principio de preferencia.**

El derecho de disposición tiene preferencia respecto del derecho de pretensión o facultad, sin que influya la fecha en que los derechos fueron creados.

En base a razones técnicas el derecho modifica este principio mediante las reglas relativas a la nulidad, a la inscripción o registro, etcétera.

He intentado demostrar que no hay dos tipos de protección dinámica (*in rem* e *in personam*) atribuidos a dos tipos de derechos, sino tres tipos de principios de protección atribuidos a tres tipos de colisiones. Es fácil comprender, sin embargo, cómo ha surgido la idea de dos tipos de protección. En la realidad, los dos tipos de derechos no entran en los mismos tipos de conflicto. Mientras que el derecho de disposición *a* forma parte de *a - a* y *a - b*, el derecho de pretensión o facultad forma parte de *b - b* y *a - b*. Un examen superficial podría sugerir que están protegidos según principios diferentes directamente determinados por el contenido del derecho.



La posición real puede mostrarse de la siguiente manera.

Protección <i>in rem</i> = protección de acuerdo con	{	el principio de prioridad en la colisión <i>a - a</i> el principio de preferencia en la colisión <i>a - b</i>
Protección <i>in personam</i> = protección de acuerdo con	{	el principio de competencia en la colisión <i>b - b</i> el principio de preferencia en la colisión <i>a - b</i>

Ninguno de los dos términos, pues, es la expresión de un principio homogéneo; sino que ambos son en parte la expresión del mismo principio (el principio de preferencia), visto desde un ángulo diferente.

Siempre que esto sea claramente advertido, no hay razón para abandonar la terminología corriente.

CAPÍTULO VIII

LAS DIVISIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO

XLIV DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

La tarea de la ciencia del derecho es exponer el derecho vigente. Esta tarea exige que la exposición tenga un "sistema", que el orden y la conexión en que se presenta el material estén dispuestos según un plan definido.

Un orden sistemático es valioso, en primer término, por razones prácticas: es esencial a los fines de la claridad, como medio para hallar el camino en el complejo tema del derecho, tal como en una biblioteca los libros tienen que estar dispuestos según un plan. El sistema sirve también de fundamento para una división del estudio del derecho que, por lo menos en nuestros días, resulta indispensable.

La estructuración sistemática es valiosa también por razones teóricas. Si se funda en criterios relevantes ayuda al estudioso a analizar el material jurídico, revela problemas y descubre semejanzas y diferencias ocultas.

Un esquema racional de sistematización es, por lo tanto, una tarea obvia para la filosofía jurídica. El papel predominante desempeñado por el jurista académico y por la codificación en la evolución del derecho de Europa continental, en contraste con el derecho anglonorteamericano, explica por qué el interés en los problemas de clasificación ha sido mayor en el continente europeo que en el mundo de habla inglesa. "El derecho inglés —dice Salmond— no posee ningún esquema tradicional y auténtico de estructuración ordenada. Los expositores de este sistema han evidenciado por lo común muy poca preocupación por las divisiones apropiadas y por la clasificación, y una excesiva tolerancia frente al caos".<sup>1</sup>

<sup>1</sup> JOHN SALMOND, *Jurisprudence*, 10<sup>a</sup> ed., 1947, 505.

Pero la tarea de clasificación no puede intentarse sin concepciones previas. La tradición histórica existente es un factor de peso. Sería inútil tratar de crear una clasificación sistemática sin raíces en la tradición. La tarea de la filosofía jurídica se reduce a revisar y a refinar los conceptos tradicionales. Las tradiciones, empero, son tan diferentes en el derecho de Europa continental y en el derecho anglo-norteamericano que, salvo unas pocas divisiones fundamentales, es imposible examinar los problemas sistemáticos comunes a ambos.

La presente exposición se limita, por lo tanto, a dos divisiones fundamentales que aparecen en ambos sistemas: las distinciones entre derecho público y derecho privado, y entre derecho sustantivo y derecho adjetivo. Estas dos distinciones son comunes a ambos sistemas, porque se basan en criterios inherentes a la naturaleza misma del derecho. En todo sistema jurídico bien desarrollado tiene que existir una organización de la autoridad pública a los fines de (establecer y) aplicar el derecho en forma compulsiva, y en relación con ello, es menester que haya reglas que gobiernen el procedimiento a seguirse en la administración de justicia. Tal organización y tal procedimiento proporcionan los conceptos de derecho público y de derecho procesal. En el presente párrafo examinaremos la distinción entre derecho público y derecho privado; en el siguiente, la distinción entre derecho sustantivo y derecho adjetivo.

En tanto que orden social-institucional para la aplicación de la fuerza (par. VII y XI), el derecho presupone un conjunto de autoridades públicas. Este hecho suministra la base para una definición racional del concepto de derecho público.

Autoridad significa competencia como función social; la competencia no es conferida a la persona competente para la protección de sus intereses propios, sino para la protección de los intereses de una comunidad. El propósito social se manifiesta en restricciones que hacen al ejercicio de la competencia y a su contenido.

Respecto del ejercicio: mientras que la competencia privada puede ser ejercida libremente, a satisfacción del individuo, el ejercicio de la competencia social es un deber, un cargo en el sentido más amplio, tal como hay deberes, más o menos definidos, relativos a la manera en que se ejerce la competencia. Estos deberes están acompañados de sanciones y de medidas de control para la corrección del ejercicio incorrecto de la competencia. (Estos deberes y este control no deben confundirse con el problema de la transgresión de los límites de la competencia y la consiguiente anulabilidad, párrafo XVI.)

Respecto del contenido: mientras que la competencia individual es autónoma, esto es, limitada a la potestad de obligar al individuo o a otros con su consentimiento, la autoridad es heterónoma, esto es, incluye la potestad de obligar a otros sin su consentimiento.

Esta diferencia entre la competencia privada (discrecional y autónoma) y la competencia social (obligatoria y heterónoma) puede expresarse brevemente diciendo que la primera es atribuida al sujeto como individuo, y la segunda le es atribuida como órgano de una comunidad.

Se dice que una autoridad es pública cuando sirve a la comunidad soberana que llamamos Estado (y sus partes subordinadas, por ejemplo, sus cuerpos municipales). En cambio, la autoridad de los padres en el seno de la familia, y la de los órganos en las sociedades privadas y asociaciones diversas, se dice que es privada.

El derecho público, en consecuencia, puede ser definido como el derecho concerniente a la posición jurídica de las autoridades públicas: su constitución, competencia y deberes.

El derecho público, por lo tanto, consiste únicamente en normas de competencia y en normas de conducta conectadas con las mismas, esto es, relativas al ejercicio de la competencia.

Toda norma de competencia define un acto jurídico, es decir, indica las condiciones para el establecimiento del derecho vigente. Estas condiciones pueden ser divididas en tres grupos, que determinan 1) el órgano competente para realizar el acto jurídico (competencia personal); 2) el procedimiento (competencia formal); y 3) el contenido posible del acto jurídico (competencia material). De acuerdo con esto, el tema principal del derecho público es una exposición 1) de la constitución de los órganos del Estado; 2) del procedimiento mediante el cual se ejerce su potestad; y 3) de los límites materiales de su potestad. Incluye también reglas para la revisión judicial si la competencia ha sido excedida (anulabilidad).

Las normas de competencia van acompañadas de normas de conducta que prescriben a los órganos ciertos deberes relativos al ejercicio de su autoridad pública. Por ejemplo: un órgano administrativo puede estar obligado a consultar a ciertas personas antes de tomar una decisión. Si la violación de tal exigencia no se traduce en anulabilidad, entonces no hay limitación de competencia, sino únicamente un deber, cuya transgresión hace responsable al órgano. Además de tales directivas especiales hay un criterio general, a saber, que toda autoridad pública debe ser ejercida con espíritu comunitario, en base a valoraciones "públicas" e imparciales ("el principio de igualdad", la doctrina del abuso del poder).

En un estado democrático el derecho público debe ser dividido en tres categorías principales, que se refieren a los actos legislativos, administrativos y judiciales.<sup>2</sup> La parte general del derecho público

<sup>2</sup> Para obtener un cuadro general del estado y de las conexiones mutuas entre las diversas ramas del poder, sin duda es conveniente, de todas maneras, seguir la tradición y reunir las reglas fundamentales para la organización del estado en una disciplina común, el derecho constitucional,

versaría sobre lo que puede decirse en general acerca de las personas públicas (el Estado y los cuerpos municipales) y acerca de los actos públicos como tales.

El derecho relativo a las autoridades públicas (la organización del poder del Estado) constituye un campo bien determinado. Definido de esta manera, el concepto de derecho público adquiere un significado claro. Por otra parte, el concepto pierde coherencia si se lo extiende hasta incluir otros dominios jurídicos —derecho penal, derecho administrativo especial y derecho procesal— que tradicionalmente son designados como derecho público.<sup>3</sup>

Veamos primero el derecho penal. El derecho penal, generalmente, establece normas de conducta que apuntan a los particulares. Protege, por ejemplo, la propiedad, el honor, la vida y la libertad. Esta protección forma parte esencial de las consecuencias jurídicas que constituyen los correspondientes derechos (propiedad, derecho al honor, a la vida y a la libertad). En esa medida el derecho penal es análogo al derecho de los actos ilícitos civiles y nadie ha pensado todavía en clasificar a este último como derecho público. La única circunstancia que típicamente distingue a la pena de la indemnización de daños y perjuicios es el hecho de que la acusación por delitos es típicamente pública, es decir, es una función oficial de una autoridad pública. En las relaciones jurídicas sancionadas con penas está en juego un interés público tan grande, que la potestad para iniciar los procedimientos no puede quedar librada a la discreción de la víctima. Pero se ve con claridad que el carácter público, en este sentido, del derecho penal es diferente del carácter público de las reglas que gobiernan la organización del poder del Estado. Además, con este criterio —la fuerza del interés público— todas las reglas “de orden público” (las no derogables por acuerdo de partes) tendrían que ser consideradas reglas de derecho público, con lo que el concepto quedaría desprovisto de toda coherencia y de toda correlación con la clasificación usual de las ramas del derecho.

En segundo lugar, existe un gran cuerpo de derecho legislado, considerado generalmente como derecho público y clasificado como derecho administrativo especial, a saber, las leyes que regulan la protección social, el seguro social, los impuestos, el trabajo, la agricultura, la industria naviera, la industria pesquera, la alimentación, la importación y exportación, los precios, el tránsito y los caminos, la vivienda, los servicios contra incendios, la salud, la moneda, la hora

que comprende la descripción detallada del acto legislativo, mientras que las reglas detalladas referentes al acto administrativo y al acto judicial son remitidas al derecho administrativo y al derecho procesal.

<sup>3</sup> Las observaciones que siguen están de acuerdo, en lo principal, con el estudio crítico hecho por HANS KELSEN, *General Theory of Law and State*, 1946, 201 y sigs.

oficial, el sistema de pesas y medidas, etc. Diversas consideraciones confluyen para que el derecho administrativo especial sea clasificado como derecho público. La más importante de ellas es la circunstancia de que, en gran medida, la posición jurídica de las personas no está aquí determinada inmediatamente por la ley (normas jurídicas generales), sino a través de la intervención de un acto administrativo y concreto en la forma de permiso, licencia, dispensa y autorización o prohibición. Es así que estas cuestiones de la vida de la comunidad llevan la marca de una sanción unilateral de derecho por parte del Estado, concreta y revestida de autoridad, en abierta oposición con las reglas que nacen de la autonomía de los particulares. La naturaleza pública de estas esferas jurídicas, pues, es completamente distinta de la que caracteriza al derecho relativo a la organización de las autoridades públicas.

Finalmente, tenemos el procedimiento. Fuera de aquellas partes del mismo que se refieren a la organización y competencia de los tribunales, es difícil ver cómo puede justificarse la clasificación del derecho procesal como derecho público. Grandes sectores del derecho procesal —por ejemplo, las reglas relativas a la prueba— no pueden diferenciarse de lo que se considera derecho privado. La clasificación como derecho público del grupo de reglas que gobiernan el trámite de una acción ante los tribunales parece estar basada en la confusa noción de que a través de ellas se establece una relación jurídica con el Estado. La situación real es que el acatamiento de esas reglas es una condición adicional (además de los hechos jurídicos materiales) para obtener sentencia y ejecución. Estas reglas operan en forma conjunta con las reglas materiales que rigen la relación jurídica subyacente, y no hay más razones para clasificarlas como derecho público que las que hay para clasificar así a la relación jurídica subyacente.

La gran incertidumbre y confusión que reina en las ideas corrientes sobre el derecho público, se explica, probablemente, por el hecho de que el concepto “derecho público” es interpretado en forma negativa, como un cajón de sastre para todo el derecho que no es derecho privado. El derecho privado es caracterizado en forma implícita como aquel derecho cuya observancia puede quedar asegurada mediante procedimientos civiles entre particulares. Pero si el derecho público es definido de aquella manera amplia y negativa, no constituye, como hemos visto, una esfera homogénea. Inversamente: si limitamos el derecho público al derecho que rige la organización y ejercicio de la autoridad pública, y definimos al derecho privado negativamente en relación con aquél, el concepto de derecho privado pierde toda coherencia y significado.

Es posible, por lo tanto, definir un concepto de derecho privado y también un concepto de derecho público, de manera tal que cada uno de ellos tenga un significado preciso. Pero tomados en

conjunto no son exhaustivos; su relación recíproca puede ser comparada con la de los conceptos "canario" y "elefante" dentro de una clasificación zoológica.

Los dominios jurídicos designados usualmente como de derecho público carecen de homogeneidad y corresponden a un grupo zoológico que estuviera formado por todos los animales que no son canarios. Esto se confirma por el hecho de que no existe, y probablemente no puede ser siquiera imaginada, ninguna parte general de derecho público tomado en este sentido amplio.

Si para dar coherencia a los conceptos, optamos por tomar los dos términos en sus significados admisibles, esto es, derecho público como el derecho que se refiere al *status* de las autoridades públicas, y derecho privado como el derecho cuya observancia puede quedar asegurada mediante procedimientos civiles entre particulares, se presenta entonces la dificultad de que los términos "privado" y "público" sugieren una división exhaustiva que no existe. Si conservamos la terminología —y es difícil no hacerlo— tenemos que subrayar que los dos términos no implican una división fundamental en dos partes de todo el material jurídico.

En razón de esto, todos los intentos efectuados hasta ahora para definir la distinción entre derecho público y derecho privado como una división fundamental, han demostrado ser insostenibles (párrafo XLVI).

#### XLV EL DERECHO SUSTANTIVO Y EL DERECHO ADJETIVO

Una norma de competencia determina un procedimiento para establecer directivas jurídicas. La norma de competencia no es en sí misma, en forma inmediata, una directiva: no prescribe un procedimiento como deber. Es una pauta de acción en un sentido diferente de las normas de conducta, porque únicamente indica una pauta que tiene que ser seguida para crear directivas válidas. La norma de competencia no dice que la persona competente está obligada a ejercer su competencia.

Las normas de competencia, por lo tanto, no pueden ser "aplicadas" (*maintained*) directamente por los tribunales. Solo las normas de conducta pueden ser "aplicadas" directamente. Las normas de competencia solo pueden adquirir significado en forma indirecta en una acción judicial, como presupuestos para decidir si existe o no una norma válida de conducta.

Esta introducción está dirigida a subrayar que lo que sigue se refiere únicamente a las normas de conducta,<sup>4</sup> las únicas que pueden ser "aplicadas" en forma inmediata por los tribunales.

<sup>4</sup> La distinción explicada en las páginas siguientes, entre derecho sustantivo, derecho de sanciones y derecho procesal, se aplica, por lo tanto,

En el párrafo VII señalamos que las normas de conducta son en realidad directivas para el juez respecto de las condiciones bajo las que debe ordenar el ejercicio de la fuerza física contra una persona. La norma jurídica real, por ejemplo, contenida en la sección 62 de la Ley Uniforme de Instrumentos Negociables (*Uniform Negotiable Instruments Act*) es una directiva al juez para que ordene el empleo de la fuerza contra la persona que ha aceptado una letra de cambio y no la paga. La aparente directiva al aceptante que prescribe pagar la letra el día del vencimiento solo es un reflejo de la directiva al juez, combinada con una exhortación ideológica al sentimiento que el ciudadano tiene hacia el derecho y la justicia.

La sección 62, sin embargo, es solo un fragmento de una norma de conducta. La directiva completa referente al empleo de la fuerza por el juez es en realidad más complicada que lo que aparece en esta sección. En primer lugar, las condiciones para la sentencia contra el aceptante no están expresadas en su integridad con la indicación de una cierta conducta de parte de aquél: aceptación más falta de pago el día del vencimiento. Se requiere además que el beneficiario de la letra inicie un juicio contra el aceptante, en el curso del cual deberá probar de una manera específica su título y el hecho de que la letra fue presentada infructuosamente al pago. En segundo lugar, hacen falta otras reglas que determinen el tipo de medidas de fuerza que deben aplicarse cuando las condiciones están satisfechas, esto es, reglas específicas adicionales acerca de cómo debe ser la sentencia y cómo puede ser ejecutada. En el caso que mencionamos estos problemas son simples. Pero en otros casos en los que el derecho alude, en forma semejante, al deber de una persona de seguir una cierta conducta, se aplican reglas diferentes respecto del contenido de la sentencia y de su ejecución. Esto puede ser visto con más claridad si uno compara los casos en los que una persona está obligada, por ejemplo, a pagar una suma de dinero, a entregar cien bolsas de harina, a entregar la vaca Daisy, a pintar un retrato, a permanecer fiel a su cónyuge. Según las circunstancias la sentencia puede condenar al cumplimiento de la obligación (o consistir en una *injunctio* prohibitiva) o condenar a una pena, o al pago de daños y perjuicios,

a normas de conducta dentro del ámbito del derecho público y del derecho no público. En el derecho público, empero, esta técnica de presentación no es comúnmente empleada. Las reglas que rigen los deberes de los ministros, su responsabilidad, y las reglas procesales concernientes al juicio político son reglas que, sin distinción, son consideradas como parte del derecho constitucional; las reglas que rigen los deberes de los funcionarios públicos, sus responsabilidades, y las regulaciones procesales conectadas con unos y otras, como parte del derecho administrativo. Lo que decimos en las páginas siguientes, por lo tanto, apunta solo al derecho no público.

y las reglas específicas que rigen la ejecución de la sentencia varían en forma concordante.

Esto muestra con claridad que si tuviéramos que presentar una norma de conducta aislada en su integridad, ello significaría una tarea enormemente complicada. Sin embargo, las condiciones que rigen la promoción de una acción —prueba y otras medidas procesales— conjuntamente con las reglas referentes al contenido de la sentencia y a su ejecución, son en gran medida las mismas para las diversas normas de conducta dentro de ciertos grupos; en consecuencia, la norma de conducta completa ha sido dividida en fragmentos y los fragmentos similares reestructurados para su tratamiento en disciplinas separadas. Esto se traduce en una gran ventaja, pues representa economía en la exposición.

La división que se hace puede ser descrita aproximadamente así: en una parte se establece lo que uno puede y lo que no puede hacer; en una segunda parte se enuncian las sanciones jurídicas que resultan si uno actúa en contra de aquellos preceptos, y en una tercera parte se prescribe el procedimiento que deberán seguir los tribunales para imponer las sanciones. En las páginas siguientes describiremos la división en forma más precisa. Ella no se lleva a cabo de la misma manera en todos los campos del derecho, sino que puede variar de conformidad con las características particulares de cada dominio o con los azares de la tradición. A grandes trazos, éste es el esquema que se sigue:

1) En una parte, conocida como derecho sustantivo o primario, se describe una cierta conducta objetiva como condición necesaria (pero no suficiente) para una sanción. Esta condición es enunciada, por lo común,<sup>6</sup> en forma indirecta, caracterizando a cierta conducta como un deber, lo que implica que la conducta opuesta es condición necesaria, pero no suficiente, de una sanción.

Una regla de derecho sustantivo es solo un fragmento de una regla de conducta. Hasta ahora no sabemos qué otras condiciones son requeridas para la sentencia ni la naturaleza de la sanción que puede aplicarse a una persona que se comporta en forma contraria al derecho sustantivo. Pero, con todo, la exposición del derecho sustantivo es importante. Aunque no sepamos qué es lo que ocurre en caso de transgresión, sabemos que quien no viola esas reglas está seguro: su conducta no dará lugar a sanciones.

2) En una segunda parte, que podemos llamar el derecho de las sanciones, o derecho secundario, se enuncian: a) las diversas sanciones que pueden aplicarse a una persona que ha violado el derecho sustantivo, y b) las condiciones más precisas —además del curso

<sup>6</sup> Si la sanción no es vivida (*experienced*) como una desaprobación por parte de la sociedad, no se usa la terminología que alude a "deberes". Confróntese par. XXXIII.

objetivo de conducta— bajo las cuales las diversas sanciones pueden ser aplicadas. El derecho de los actos ilícitos civiles, por ejemplo, presupone, en lo principal, reglas primarias sobre deberes y sus correspondientes transgresiones (determinadas, entre otras cosas, por las reglas que gobiernan la distribución de la propiedad), y sobre esta base establece las restantes condiciones para la responsabilidad (culpa, capacidad, etc.); y las reglas adicionales que determinan cuáles son las consecuencias del acto ilícito por las que se responde, etcétera.

Algo similar ocurre, en parte, en el derecho penal (*mens rea*, etcétera).

Esta distinción entre derecho sustantivo y derecho de las sanciones es, sin embargo, fluctuante. Además no siempre se la hace. A menudo está directamente determinado —esto es, sin ninguna norma antecedente que establezca un deber— que ciertas acciones traerán aparejados daños y perjuicios, o la aplicación de una pena. Por ejemplo, los artículos de un Código Penal no son normas accesorias de reglas sustantivas enunciadas en otra parte. Fuera de las provisiones del Código Penal que establecen una pena para el homicidio, no hay ninguna regla primaria que nos diga que debemos no cometer homicidio.

La sanción que toma la forma de una condena a cumplir específicamente la obligación (o una *injunctio* que prohíbe hacer algo) no es tratada tradicionalmente como parte de un campo del derecho donde tienen lugar sanciones de ese tipo —como campo paralelo al dominio de la responsabilidad por actos ilícitos civiles, o al del derecho penal—, sino que es tratada junto con el derecho de los contratos.

Para resumir: la distinción entre el derecho sustantivo y el derecho de las sanciones no es respetada en forma coherente, lo que, dicho sea de paso, sería en realidad poco deseable. Esto explica por qué es común que no se distinga entre el derecho sustantivo y el derecho de las sanciones: el derecho de la responsabilidad por actos ilícitos civiles y el derecho penal son incluidos en el derecho sustantivo.

3) En una parte tercera, por último, conocida como derecho procesal o terciario, se consideran las condiciones adicionales —aparte de las circunstancias que rodean a la persona responsable— que hay que satisfacer para que pueda dictarse y ejecutarse la sentencia. Estas condiciones se refieren al procedimiento que hay que seguir para determinar la responsabilidad y hacerla efectiva; cabe mencionar, en especial, las reglas que gobiernan la iniciación de una acción, la prueba y el manejo del caso ante los tribunales.

Las reglas de procedimiento son consideradas a veces como subsidiarias, en el sentido de que su propósito es servir de herramienta para el derecho sustantivo, esto es, provocar el efecto latente

de que los seres humanos se comporten en forma lícita, y el efecto agudo de que las sanciones sean aplicadas a los trasgresores. Este modo de ver no es incorrecto, a menos de que se lo ligue a la idea de que el derecho sustantivo es primario e independiente del derecho procesal, en el sentido de que mediante la legislación es posible crear un derecho sustantivo en armonía con los fines sociales deseados y sin tomar en cuenta el derecho procesal. Este punto de vista no es correcto, porque al crear el derecho sustantivo no se puede dejar a un lado la cuestión de saber en qué medida es técnicamente posible llevarlo a la práctica mediante procedimientos jurídicos (consideraciones de técnica jurídica). La apreciación de política jurídica debe dirigirse, por lo tanto, a investigar de qué manera pueden servir mejor los objetivos sociales por medio de la interacción entre el derecho sustantivo y el derecho procesal. El pensamiento político corriente está de acuerdo con esta idea.

**XLVI Discusión**

A pesar de la crítica de Hans Kelsen,<sup>8</sup> que aproximadamente corresponde a la opinión expuesta en el párrafo XLIV, la distinción entre derecho público y derecho privado es todavía el sostén principal de la clasificación sistemática jurídica, aun cuando existe amplia divergencia sobre la manera de hacer la división y sobre su importancia.

Las muchas y variadas teorías sobre el tema pueden ser agrupadas en dos teorías principales, designadas comúnmente como teoría de los intereses y teoría de los sujetos.

Según la teoría de los intereses, la diferencia principal entre el derecho privado y el derecho público radica en el propósito de las normas jurídicas, vale decir, los intereses humanos que ellas están dirigidas a proteger. El derecho público, de acuerdo con esto, es definido como la parte del derecho determinada por consideraciones de interés público por el interés de la comunidad, mientras que el derecho privado es el derecho establecido para la protección de los intereses privados de los individuos.

Esta teoría tiene que ser rechazada. Aparte de las dificultades para definir con precisión qué es lo que quiere decir interés privado y público —los sostenedores de la teoría vuelven aquí a los términos que deben ser definidos—, es imposible en el "derecho privado" ignorar aquellos intereses que, en general, son considerados como públicos, o a la inversa, en el "derecho público", los intereses privados.

El derecho de propiedad individual ha sido considerado siempre como eminentemente "privado". Pero todo el mundo se da cuenta

<sup>8</sup> Véase *General Theory of Law and State*, 1948, 201 y sigs.

hoy en día de que el derecho de propiedad no es conferido al individuo meramente para la satisfacción de sus intereses individuales, sino que está sometido en gran medida a condiciones y restricciones impuestas con fines sociales. Todas las normas de "orden público" (esto es, las normas que no pueden ser derogadas por acuerdo de partes) son, de la misma manera, expresión de lo que se llama un interés público. Además, basta con pensar en los numerosos casos del derecho considerado privado, en los que un precepto se basa en una consideración general para el bien de la comunidad. El contenido del orden jurídico como un todo y su preservación es una cuestión pública de primer rango. Inversamente, cuando la legislación social, que es clasificada como de derecho público, autoriza la ayuda a ciertas personas, no puede negarse que este precepto ha sido sancionado primordialmente para satisfacer intereses individuales.

En resumen: puede decirse que no es posible dividir el derecho en dos partes según sus propósitos —según que el derecho proteja primordialmente intereses privados o públicos— porque éstos no son propósitos opuestos coordinados del derecho, sino solo dos maneras diferentes de mirar la misma cosa. Considerada como una provisión general, cada parte del derecho —tanto las reglas referentes a la propiedad, como la legislación social— está basada en un interés público. Pero en sus detalles toda provisión general tiene que traducirse en derechos y deberes individuales. Considerada, por lo tanto, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas específicas, cada parte del derecho —tanto la legislación social como el derecho de propiedad— se ocupa así de intereses individuales.

Según la teoría de los sujetos, el derecho público y el derecho privado se distinguen por los sujetos de las relaciones jurídicas. El derecho privado, de acuerdo con esta teoría, se refiere a aquellas relaciones jurídicas en las que ambas partes son personas privadas; el derecho público, a aquellas en las que por lo menos una de las partes es una persona pública (esto es, el Estado y sus partes subordinadas).

Aquí, sin embargo, tropezamos con las dificultades de que el Estado, en tanto que persona privada, puede celebrar contratos de compraventa, de alquiler, etc., y que estas relaciones jurídicas son juzgadas según las reglas del derecho privado.

En respuesta a esta objeción, los representantes de la teoría de los sujetos definen el derecho público como el que se refiere únicamente a aquellas relaciones jurídicas en que las partes no están en un mismo plano, y que son juzgadas, por lo tanto, según reglas que difieren, en principio, de las reglas de derecho privado.

La idea, sin embargo, de que el derecho público se refiere a las relaciones jurídicas entre las autoridades públicas y los ciudadanos, es insostenible. ¿En qué sentido las reglas que gobiernan la



legislatura se refieren a una relación jurídica con ciudadanos? ¿Y el derecho criminal, que se diferencia del derecho de la responsabilidad por actos ilícitos civiles únicamente por la acusación pública? ¿Y las reglas sobre la prueba y el cargo de la misma? He intentado mostrar que en varias partes del llamado derecho público su carácter de tal es en realidad sugerido por diversas características individuales. La idea de una "relación jurídica desigual" tiene valor en aquellos casos del llamado derecho administrativo especial en que la posición jurídica concreta de los ciudadanos presupone un acto administrativo intermedio. En lo demás no existen fundamentos razonables para esta idea.

## CAPÍTULO IX

### LOS HECHOS OPERATIVOS

#### XLVII TERMINOLOGÍA Y DISTINCIONES

Tal como señalamos en el párrafo XXXV, una directiva jurídica puede ser expresada mediante la fórmula:

Si H, entonces C,

en la que H designa los hechos y C la consecuencia jurídica que indica cómo debe juzgar el juez. Esto significa que toda aplicación del derecho tiene como fundamento hechos condicionantes cuya existencia el juez considera probada.<sup>1</sup> El contenido de las normas jurídicas aplicadas determina cuáles son los hechos relevantes para la decisión.

Los hechos relevantes para la decisión son denominados hechos operativos.

En cada caso de administración de justicia hay un número de hechos operativos. Pero algunos de ellos ocupan una posición especial. En un caso de homicidio no solo es relevante el acto del homicidio. Muchas otras circunstancias acompañantes tendrán que ser consideradas; por ejemplo, posibles fundamentos especiales para la excepción de responsabilidad, o para la no aplicación o reducción de la pena. Del mismo modo, cuando se trata de hacer cumplir un contrato, el hecho de que se haya celebrado el contrato no es el

<sup>1</sup> No puede haber consecuencias jurídicas sin un hecho condicionante; no hay derechos conferidos directamente por las normas del derecho objetivo. "Algunos derechos surgen *ex lege*" dice G. W. Paton en *Textbook of Jurisprudence*, 1946, par. 60 "en el sentido de que son conferidos directamente por las normas del derecho objetivo, como cuando una ley confiere al 'Sunshine Trust' el monopolio de la venta de petróleo". Esto no es correcto. El hecho condicionante en este caso es la existencia de esa compañía al tiempo en que la ley entra en vigencia.

único importante. También tienen que ser tomadas en consideración otras circunstancias decisivas para la validez de la promesa, tales como la minoridad, el error, el dolo, la fuerza, etc. Sin embargo, tanto el acto del homicidio como la promesa ocupan una posición especial. Son los hechos que fundamentan el efecto jurídico específico en cuestión, mientras que las circunstancias acompañantes se limitan a condicionar, modificar o excluir la aplicación del efecto jurídico.

Estos ejemplos muestran que los hechos operativos pueden ser específicamente relevantes ("creadores"), o meramente condicionantes.

Por lo común un hecho creador no es en sí mismo suficiente para producir su consecuencia jurídica; por lo tanto un cierto hecho creador no puede ser definido como el hecho que efectivamente produce un efecto jurídico específico. Si, por ejemplo, fuéramos a definir una promesa como una declaración que obliga al promitente de conformidad con el contenido de la declaración, excluiríamos la posibilidad de promesas inválidas; nuestra definición confundiría, en realidad, la promesa misma y las circunstancias condicionantes. Un hecho creador específico debe ser definido como aquel que por regla general, esto es, a menos que existan fundamentos especiales de exclusión, produce el efecto jurídico específico.

El derecho puede hacer que casi todas las circunstancias imaginables sean hechos operativos, siempre que puedan ser descritas en términos del lenguaje cotidiano. Carecería de objeto intentar una clasificación sistemática. Solo mencionaremos aquí unas pocas distinciones y puntos de vista relevantes. Los hechos operativos son definidos usualmente en términos generales, esto es, mediante criterios conceptuales abstractos. A veces son definidos en términos individuales, esto es, por el nombre (nombres de personas o de lugares) o mediante algún otro criterio de individualización. Las individualizaciones por el lugar son más frecuentes ("en este país", "en Washington"); las individualizaciones por la persona son raras.

Algunos hechos operativos son descritos como condiciones (estado de cosas), que incluyen cualidades de personas o de cosas, mientras que otros son descritos como acontecimientos, es decir, como cambios en una condición existente. Una condición puede ser definida en relación con un punto en el tiempo (por ejemplo, el estado mental del delincuente en el momento del delito), o con un período de tiempo (por ejemplo, la residencia permanente en el país, o la posesión de un objeto durante un número de años). Las referencias particulares a una condición siempre pueden ser reducidas a referencias particulares a acontecimientos, esto es, al acontecimiento que establece la condición y al acontecimiento que le pone fin. La aseveración de que una persona tiene 25 años puede ser reducida al hecho de que nació hace 25 años, más el hecho negati-

tivo de que no ha muerto. Estas circunstancias son importantes para saber si una ley tiene efecto retroactivo.

Algunos hechos operativos son puramente fácticos (por ejemplo, el nacimiento, la muerte, un incendio, un choque en alta mar); otros están jurídicamente condicionados, lo que significa que están definidos en relación con el derecho. En el párrafo XXXV dijimos que la caracterización de una persona como "casado" o como "propietario" hace referencia a ciertos hechos (celebración de un matrimonio, compra u otra adquisición de la propiedad) que están definidos jurídicamente como productores de los efectos jurídicos que constituyen "matrimonio" y "propiedad". Técnicamente esto significa que la regla jurídica  $R_1$  no describe sus hechos operativos en forma directa, sino mediante referencia a las circunstancias que son operativas respecto de otras reglas jurídicas  $R_2$ ,  $R_3$  y así sucesivamente. Una ley de impuestos, por ejemplo, que hace depender la aplicación del gravamen de que el contribuyente sea casado, podría, en lugar de ello, mencionar directamente aquellos hechos que, según las normas que regulan la celebración y la disolución del matrimonio, permiten decidir si hay o no matrimonio. Esta técnica de formulación es ampliamente usada. Aparece en todos aquellos casos en que el lenguaje del derecho se vale, al describir los hechos operativos, de términos tales como "acreedor", "deudor", "acreedor hipotecario", "nacionalidad", "compraventa", "transferencia", y expresiones semejantes. Lo mismo ocurre cuando un término hace referencia no a una regla jurídica formal, sino a un *standard* jurídico. Decir que una persona ha actuado "con negligencia", por ejemplo, no es expresar un enunciado puramente "fáctico", sino aludir a un *standard* presupuesto respecto de la conducta que puede exigirse a un hombre razonable en la situación dada. La distinción entre hechos operativos puramente fácticos y hechos operativos jurídicos condicionados, es importante para la doctrina de los precedentes y para interpretar la distinción entre *factum* y *ius*, en la que se apoya ocasionalmente la legislación.

Dentro de los hechos operativos que consisten en acontecimientos, es importante distinguir entre sucesos y actos, puesto que solo los últimos suscitan los problemas relativos a la capacidad mental, *mens rea*, culpa y otras circunstancias psicológicas que condicionan la consecuencia jurídica.

Dentro de la categoría de los actos, puede distinguirse, además, entre las acciones y los actos jurídicos. Los últimos, también llamados disposiciones, consisten en comunicaciones lingüísticas cuyo efecto jurídico está determinado por el contenido de la propia comunicación, y que son, por ello, instrumentos adecuados para la actividad humana consciente-dirigida a la creación de nuevo derecho.

Todo acto jurídico (disposición) emana de una competencia (par. XXXIII). Hay, sin embargo, una profunda diferencia entre la

competencia de las autoridades públicas, que existe para la protección de los intereses de la comunidad y está basada en la idea de autoridad, y la competencia de los particulares, que existe para la protección de los intereses privados y está basada en la idea de autonomía (par. XLIV). No sirve de nada, por ende, colocar a todos los actos jurídicos en una categoría. Hay que distinguir entre el acto jurídico público y la disposición privada. Los actos jurídicos públicos se subdividen en actos legislativos, administrativos y judiciales. Estos actos, a su vez, no tienen elementos en común suficientes para justificar que se los trate bajo un rótulo único, y, por lo tanto, son examinados en las partes respectivas del derecho público. Es por todo ello que en los párrafos XLVIII y XLIX nos limitaremos a la disposición privada.

#### XLVIII LA DISPOSICIÓN PRIVADA

La disposición privada es definida tradicionalmente (con ciertas variantes) como la declaración de voluntad privada que tiene efectos jurídicos de conformidad con su contenido. Esta definición es inadecuada en varios aspectos.

1) En el párrafo precedente se hizo notar que, por obra de las circunstancias condicionantes, ningún acto específico de creación puede ser definido como productor del efecto jurídico específico. Por lo tanto, hay que modificar la definición haciendo notar que la declaración produce, como regla general y a menos que existan razones especiales de invalidez, el efecto jurídico específico.

2) El efecto jurídico, según la definición, debe guardar conformidad con el contenido de la declaración. Esto puede ser correcto, por ejemplo, respecto de un contrato que regula en detalle las relaciones jurídicas de las partes, pero lo es menos respecto de otras situaciones. La mayor parte de las convenciones —por ejemplo, las compras de todos los días— solo suministran el esquema o esqueleto estrictamente necesario de la relación jurídica, que debe ser suplementado con la materia contenida en las reglas jurídicas generales. El contenido de la disposición únicamente determina el efecto jurídico en cuanto a ciertas características básicas. Lo mismo ocurre, y aun en mayor grado, con aquellas declaraciones más "truncas", que tienen el carácter de fórmulas estereotipadas, cuyo efecto jurídico está completamente *standardizado* en la legislación. Ello pasa, por ejemplo, con los preavisos o notificaciones, recibos, ciertos actos procesales, etc. En estos supuestos el orden jurídico coloca una especie de teclado a disposición de los particulares. Una persona puede elegir entre apretar una tecla o no. En esto consiste la autonomía. Pero el efecto jurídico producido está estereotipado y determinado por el propio

orden jurídico. Cabe preguntarse si tales declaraciones "truncas" no debieran ser excluidas del concepto de disposición. Sin embargo, puesto que ellas funcionan, al igual que las comunicaciones más articuladas, como instrumentos para la creación autónoma de relaciones jurídicas, y puesto que jurídicamente son en general juzgadas por las mismas reglas en cuanto a su validez y otras cuestiones, parece razonable incluirlas en el concepto de disposición. Pero entonces se hace necesario cambiar la definición. El efecto jurídico específico no debe ser definido como un "efecto jurídico de conformidad con el contenido de la declaración", sino como un "efecto jurídico típicamente autónomo", esto es, un efecto jurídico que el autor de la disposición desea producir como parte integrante de su creación autónoma de relaciones jurídicas.

3) El hecho operativo que (normalmente) produce el efecto jurídico específico es definido como declaración de voluntad. Este es un término sumamente oscuro.

En primer lugar no está claro qué es lo que quiere decir en este contexto la palabra "declaración". Puede ser entendida de dos maneras: como comunicación o información acerca de un hecho, en este caso la voluntad de la persona que la hace, o como expresión espontánea, directa, de un estado espiritual de carácter emocional-volitivo de la persona que la hace, por ejemplo, una exclamación o una orden. Ninguno de estos dos significados, empero, parece correcto en nuestro caso.

La primera posibilidad, claramente, tiene que ser rechazada. Una promesa no es una comunicación que informa sobre algo. La persona que promete a otra pagarle \$ 500.— el primero de enero, no tiene la intención de informar sobre su estado espiritual; tampoco pretende hacer una predicción de lo que ocurrirá en la oportunidad indicada. Si tal fuera la intención, sería posible caracterizar a la promesa —al igual que toda aserción— como verdadera o falsa. Por otra parte, el orden jurídico no trata a las promesas como comunicaciones.

La segunda posibilidad tampoco es satisfactoria. Puede haber expresión directa de emoción, por cierto, si la persona que hace la promesa jura al mismo tiempo, con profundo sentimiento, que cumplirá lo prometido. Pero esto no es típico. Una persona que compra cincuenta centavos de zanahorias no trasluce ningún sentimiento.

Además, es oscuro cuál es la voluntad comunicada en la disposición. En la promesa, esta voluntad puede ser razonablemente entendida como una intención respecto de la conducta futura del autor de aquella. Pero, ¿qué podemos decir de un cargo,<sup>2</sup> de una

<sup>2</sup> Véase párrafo XLIX, nota 4.

disposición que obliga al destinatario? ¿Qué significa que es mi "voluntad" que otra persona actúe de una cierta manera? Mis intenciones solo pueden estar dirigidas a mi propia conducta y a las consecuencias causadas por ella. Por lo tanto, solo puedo "querer" la conducta de otra persona en la medida en que estoy en situación de provocarla mediante mis propios actos. Ahora bien, si el cargo —por razones ajenas a mi control— es capaz de motivar a la otra persona, entonces, en esa medida, yo puedo "querer" su acción, tal como puedo "querer" su muerte disparándole un tiro con una pistola. Pero, por esa razón, el cargo es tanto una declaración de voluntad como lo es el disparo de pistola. Es una cuestión diferente que en ambos casos es posible inferir de mi conducta que he "querido" un resultado específico, cumplido por mi propia acción.

El fondo del asunto es que ni la voluntad ni la declaración de voluntad desempeñan papel alguno en una descripción psicológica de lo que ocurre cuando se hace una disposición. A semejanza de la teoría general de que el derecho vigente es la expresión de la voluntad del Estado,<sup>2</sup> la teoría de la disposición como declaración de voluntad se funda en ideas puramente metafísicas que atribuyen a la voluntad un poder creador mágico. De la misma manera que la palabra creó la luz, así la voluntad crea "el derecho", esto es, derechos subjetivos y deberes considerados como sustancias espirituales.

La terminología en boga no es simplemente un resabio terminológico de épocas pasadas. Ha creado también postulados dogmáticos y teorías erróneas para la solución de problemas jurídicos prácticos. "La doctrina de la voluntad" ya ha perdido valor para "explicar" la "fuerza obligatoria" de la promesa y solucionar el problema del error. Pero en lo que respecta al criterio para distinguir entre las declaraciones obligatorias y las meras comunicaciones, seguimos manejando la obstinada idea de que el factor decisivo es si ha habido o no una expresión de voluntad.

La voluntad desempeña, ciertamente, un papel en la creación de las disposiciones jurídicas, pero lo hace de manera diferente a la propuesta por la doctrina de la disposición como declaración de voluntad. Como ocurre en el caso de otras acciones humanas (por ejemplo, el homicidio), para decidir el caso es importante saber si el acto fue realizado o no con voluntad e intención. Normalmente, una persona que lleva a cabo una disposición —por ejemplo, un convenio— lo hace con voluntad, en el sentido de que es su voluntad celebrar el convenio y producir los efectos establecidos por el orden jurídico. Si es demente o no entiende el contenido del acto, se suscitan problemas referentes a la validez de la disposición. La voluntad de la persona que hace la disposición y sus ideas acerca

<sup>2</sup> Confróntese KARL OLIVECRONA, *Law as Fact*, 1939, 22 y sigs.

de ella se cuentan, ciertamente, entre los hechos operativos condicionantes.

Pero, ¿cuál es entonces el contenido y el significado de la disposición si no es una declaración de voluntad? ¿Tiene significado representativo o expresivo? ¿Es una aseveración, una exclamación o una directiva? (par. II):

Hemos visto ya que la disposición no puede ser interpretada como una aseveración del estado psicológico de la persona que la formula, de su "voluntad". Claramente, tampoco es una profecía, una predicción de lo que ocurrirá en el futuro. Tampoco es una exclamación.

¿Es una directiva? Si estudiamos un contrato completo, esta posibilidad no parece excluida. Porque aquí encontramos, expresadas en las modalidades corrientes del lenguaje jurídico, (facultad, deber, potestad, sujeción), pautas de acción que pueden servir como guía, cuando ello haga falta, tanto para las partes como para el juez. El significado de directiva, sin embargo, depende de la existencia del orden jurídico, de la regla del derecho vigente que acuerda a las disposiciones privadas su "fuerza obligatoria", esto es, que motiva al juez a elegir las como base para sus decisiones. Si se abstrae de esto, la declaración dispositiva es simplemente una fórmula directiva, una declaración de fantasía de la misma naturaleza que un proyecto de ley, o que la sentencia que yo puedo escribir en un pedazo de papel, sin proponerme hacer una aseveración.

Si consideramos por un momento las declaraciones dispositivas "truncas" o a fórmula "yo prometo...", la situación se hace aún más clara. Si se ha convenido que para tener acceso a un *night club* privado es menester expresar una palabra sin significado, esta palabra en sí seguirá carente de significado aun cuando por convención funcione como una directiva al portero. La situación es exactamente la misma al formular una promesa. En sí misma, abstraída del orden jurídico, la expresión "yo prometo..." carece de significado. Tendría el mismo efecto decir "abracadabra". Pero por virtud del efecto que el orden jurídico atribuye a la fórmula, ésta funciona como una directiva al juez y puede ser usada por los particulares para el ejercicio de su autonomía.

El conocimiento de que la declaración dispositiva no es en sí misma la expresión de una voluntad, es importante en el tratamiento de los casos límites entre las disposiciones obligatorias y las declaraciones no obligatorias. A menudo es difícil trazar esta línea. Se presentan problemas con comunicaciones diversas tales como notificaciones, propuestas (en particular invitaciones a que se formule una oferta), pedidos, negociaciones que precedan a un arreglo definitivo, borradores y proyectos. En tales casos puede haber dudas sobre si la comunicación es una declaración no obligatoria o una disposición obligatoria.

En el tratamiento de estos problemas ha sido usual preguntarse si la comunicación expresa una intención dispositiva de parte de la persona que la hace, una voluntad o resolución de obligarse.

Esto es colocar la carreta delante de los bueyes. Una promesa no es en sí misma la expresión de ninguna intención, voluntad o resolución. Solo porque el orden jurídico le acuerda "fuerza obligatoria" podemos normalmente suponer que una persona que usa este instrumento lo hace porque desea el efecto jurídico atribuido a una promesa, tal como se puede suponer que una persona que dispara un revólver a otra lo hace con la intención de quitarle la vida. La situación, por lo tanto, es la opuesta de la que generalmente se acepta: si una declaración es convencionalmente considerada obligatoria, podemos normalmente suponer que indica una intención dispositiva.

Es necesario, por lo tanto, trazar la línea de una manera razonable según las necesidades de la conveniencia y los puntos de vista convencionales. Este enfoque se ve confirmado por la manera en que, de hecho, se traza la línea divisoria. Se acepta, por ejemplo, que las listas de precios ampliamente distribuidas solo representan una invitación a hacer una oferta, mientras que la exhibición, en una vidriera, de mercaderías con precios, es una oferta de venta de carácter obligatorio. Si esta regla no es conocida, es imposible concluir, por análisis psicológico, que una comunicación se apoya en la voluntad de obligar a quien la formula y la otra no. Pero si la regla es adoptada y divulgada, se sigue de allí que una exhibición de mercaderías con precios puede ser tomada como indicación de la voluntad de obligarse, mientras que no puede ser interpretada así la distribución de la lista de precios. La situación es la misma en otros casos límite. El punto de partida es, en todos los supuestos, el convencionalismo vigente. Si no existe tal convencionalismo, o si es variable e incierto, entonces debe adoptarse una decisión como punto de partida para que ese criterio convencional se cree y desarrolle.

4) Definir la disposición como una declaración de voluntad implica sostener que se presenta en la forma de una comunicación lingüística.

Esta expresión no debe ser tomada en un sentido demasiado literal. Por lenguaje no entendemos aquí únicamente las palabras convencionales ordinarias, sino también otros símbolos comprensibles. Resulta claro, así, que un movimiento de cabeza puede ser tan creador de obligaciones como la palabra "sí".

Cabe preguntar si, dando un paso más, estamos dispuestos a incluir ciertos actos bajo el concepto de disposición, aunque no sean comunicaciones lingüísticas. Nada impide, por supuesto, que el orden jurídico atribuya a ciertos actos los mismos efectos jurídicos

autónomos típicos que a las declaraciones dispositivas. En cierta medida, ello ocurre. Si, por ejemplo, una persona se apropia de un libro que le ha sido enviado para que lo examine, o de una caja de cigarrillos que se encuentra sobre el mostrador de una droguería, está obligada a pagar el precio de venta de las cosas y no solamente daños y perjuicios. La apropiación es considerada como una disposición y no como un ilícito civil. Lo mismo ocurre con la pasividad, en ciertos casos (especialmente no dejar documentada una protesta) y con ciertas conductas positivas.

Por las mismas razones expresadas al aludir a los casos límite entre las disposiciones obligatorias y las declaraciones no obligatorias, no es posible determinar qué actos (u omisiones) deben ser tratados como disposiciones, utilizando como criterio que el acto exprese o no una intención dispositiva. Por ejemplo, es puramente convencional que la pasividad frente a la persona que ha hecho una oferta signifique aceptación de ella. Si es un hecho establecido que la pasividad produce los mismos efectos que la disposición, entonces podemos tomar a la pasividad como indicación de una intención correspondiente, pero no en caso contrario.

Como regla general, sin embargo, los actos de este tipo son clasificados como cuasi-contratos (cuasi-disposiciones) y colocados fuera del concepto de disposición en sentido estricto. Puesto que exhiben peculiaridades propias, esta clasificación es la más conveniente.

Si combinamos los puntos de vista expresados de 1) a 4), llegamos a la siguiente definición de disposición privada. Es una manifestación que en principio —y a menos que existan razones particulares para su invalidez— produce efectos jurídicos autónomos, esto es, efectos jurídicos que el autor de la disposición desea producir. Estos efectos están determinados de acuerdo con el contenido individual de la manifestación, hasta donde éste alcanza. Más allá de ello están determinados directamente por las normas generales como efectos *standardizados* que complementan el contenido individual. Si la manifestación es una fórmula verbal sin ningún contenido dispositivo propio, el efecto jurídico estará determinado enteramente por las normas generales.

#### XLIX PROMESA, CARGO<sup>4</sup> Y AUTORIZACIÓN

Colocados en relación con las dos formas principales de las modalidades jurídicas, el deber y la potestad, los subgrupos de la disposición aparecen en la siguiente figura:

<sup>4</sup> El concepto correspondiente no ha sido elaborado en la teoría jurídica anglosajona y, por ello, no hay un término establecido para el mismo. Sugerimos emplear la palabra "cargo" que es definida *infra*, en el texto.

		Disposiciones que crean
	para el que hace la disposición	para otros
deber	promesa	cargo
potestad	?	autorización

La promesa es la disposición que (normalmente) obliga a la persona que la formula (el promitente). Decir que está obligada significa (par. XXXIII) que otra persona (normalmente el destinatario de la promesa) tiene la potestad de demandar y obtener sentencia que condene a realizar lo prometido o a pagar daños y perjuicios por el incumplimiento. Para hablar de una promesa obligatoria no es esencial que exista, empero, la potestad actual de exigir el cumplimiento de la promesa mediante una demanda. Una promesa es obligatoria aun cuando tal potestad esté condicionada por circunstancias futuras —por ejemplo, incumplimiento dentro de un término dado— siempre que la potestad no dependa de la voluntad del promitente. La promesa es obligatoria, por lo tanto, cuando puede obtenerse el cumplimiento compulsivo en forma incondicional, o cuando aquél está supeditado a condiciones independientes. De aquí se sigue que la promesa no es obligatoria 1) si en razón de circunstancias especiales ella es inválida (nula o anulable), lo que significa que la posibilidad de exigir su cumplimiento por la fuerza queda excluida; y 2) cuando es revocable, lo que significa que el promitente puede evitar el cumplimiento compulsivo.

Así, una promesa válida es obligatoria desde el momento en que se torna irrevocable. Si circunstancias posteriores impiden los procedimientos —por ejemplo, en ciertas condiciones, si se hace imposible cumplir la promesa— ésta se torna "ineficaz". También el cumplimiento tiene por efecto que la promesa sea ineficaz. Esto puede parecer excesivo, pero es simplemente lógico. Precisamente porque la promesa ha producido el efecto económico deseado, su efecto jurídico desaparece. La promesa no llega a ser eficaz como directiva al juez, porque se ha hecho eficaz como guía para la conducta del promitente.

La palabra "promesa" no es por lo común definida en forma tan restringida. Habitualmente incluye todas las disposiciones que ponen un peso sobre el promitente. Además de las disposiciones personalmente obligatorias ya examinadas (promesa en sentido restringido), el concepto comprende también las transferencias, esto es,

las disposiciones que transfieren un derecho a otra persona, y las renunciaciones, que extinguen un derecho (promesas en sentido amplio). Es conveniente incluir a las transferencias y renunciaciones bajo el concepto de promesa, porque en muchos aspectos se les aplican las mismas reglas que a las promesas en sentido restringido. Por otra parte, las promesas en sentido amplio difieren de las promesas propiamente dichas en un punto esencial: las promesas en sentido amplio no conducen a un acto de cumplimiento por el promitente. Por ello estos casos parecen contrarios al uso ordinario de la palabra "promesa". Parece extraño, por ejemplo, hablar de promesa cuando doy una moneda a un mendigo o rechazo una oferta de compra.<sup>6</sup>

Los cargos son disposiciones que obligan a la persona a quien están dirigidas (o a un tercero), o, en sentido más amplio, colocan un gravamen sobre ella al extinguir un derecho que le había sido acordado.

En principio, los particulares no pueden obligar a otras personas mediante cargos. Resulta claro que un particular no puede en principio tener este tipo de potestad sobre otros particulares. Tal potestad normalmente solo es acordada a las autoridades públicas. Un cargo presupone, por lo tanto, un fundamento especial. El fundamento del cargo impuesto por A a B será, a menudo, que B autorizó a A a imponer tal cargo. La obligación de B tiene sus raíces, por lo tanto, en su propia autonomía. Por ejemplo, la oferta del promitente coloca a quien la recibe en posición de obligar al promitente mediante la aceptación, lo que, en esa medida, es un cargo. Del mismo modo, la autoridad conferida por el principal a su agente es el fundamento de la potestad del agente de obligar al principal mediante disposiciones con terceros.

El fundamento para un cargo puede ser también una relación jurídica general de autoridad entre A y B. Así, por ejemplo, dentro de ciertos límites, los padres y las autoridades escolares pueden imponer un cargo sobre los niños. Lo mismo ocurre en la relación entre empleador y empleado.

Por último, sin establecer ninguna relación general de autoridad, el orden jurídico puede acordar a una persona la potestad de regir a otras en ciertos aspectos. Esto es menos excepcional de lo que puede parecer a primera vista. En los casos en que el derecho quiere crear un privilegio en favor de A, no sería irrazonable que en lugar de conferir a A un derecho exclusivo e incondicional de disposición, le otorgara el privilegio de excluir a otras personas. Este método se emplea, por ejemplo, en el derecho de la propiedad intelectual, en cuanto ciertas reproducciones no constituyen una trasgresión del derecho del autor a menos que éste haya prohibido

<sup>6</sup> Me parece que, por las razones expresadas, sería más práctico limitar el concepto de promesa a disposiciones personalmente obligatorias.



en forma expresa la reproducción. Del mismo modo podría no ser irrazonable imaginar que el paso por la propiedad de otro solo fuera ilícito si el propietario lo hubiera prohibido en forma expresa.

Además, los cargos se presentan como disposiciones secundarias dentro de los límites de una relación jurídica primaria. Ejemplos de esto son el preaviso de conclusión o cancelación, y el declarar compensada una deuda.

Las autorizaciones son disposiciones que confieren a la persona a quien van dirigidas (o a un tercero) una potestad, en particular, una competencia.

La competencia es la potestad de hacer disposiciones. Normalmente solo A puede autorizar a B a hacer disposiciones que obliguen a A.

El ejemplo más común es la autorización a un agente. Una transferencia incluye normalmente el traspaso de la competencia para disponer del derecho.

A menudo las disposiciones tienen en la práctica un carácter compuesto. Así, la oferta y la transferencia son al mismo tiempo promesa y autorización; la aceptación, el preaviso de conclusión, el declarar compensada una deuda, son tanto promesas como cargos.

El testamento ocupa una posición especial. Es bastante curioso que el testamento haya sido tradicionalmente clasificado como un cargo aunque transfiera derechos a los herederos y no les imponga obligaciones (excepto los cargos como condición para la adquisición del derecho). La opinión de que el testamento es un cargo impuesto sobre las autoridades públicas o los herederos universales en relación con la distribución de la herencia es equívoca, puesto que el testamento transmite directamente el derecho a la muerte del testador. En mi opinión, el testamento es una disposición de transferencia, y por ello, según la terminología jurídica corriente, una promesa (en sentido amplio) a la que se le aplican reglas especiales. El error está presumiblemente motivado por el hecho de que el testamento como tal no obliga al testador durante su vida. Pero esta circunstancia no afecta el carácter de transferencia de la disposición. Simplemente significa que respecto de esta transferencia existe una regla especial de revocabilidad, de modo que la disposición se hace obligatoria solo con la muerte del disponente. En ese momento obliga a su patrimonio.

En razón de la posición especial que el testamento ocupa en el derecho es conveniente excluirlo del concepto de promesa, y declararlo una disposición *sui generis*.

## CAPÍTULO X

### ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA HISTORIA DEL DERECHO NATURAL<sup>1</sup>

#### L. CREENCIAS POPULARES GRIEGAS: HOMERO Y HESÍODO<sup>2</sup>

El propósito de este capítulo no es hacer una historia del derecho natural, sino simplemente destacar unas pocas características principales, necesarias para la comprensión del derecho natural de nuestros días. Siendo esa nuestra finalidad, pudiera quizá parecer excesivo comenzar con las creencias populares griegas de alrededor del año 700 antes de Cristo. La justificación de ello está en el hecho de que la oposición entre la filosofía del derecho natural y una teoría jurídica realista, de fundamento sociológico, no es un contraste entre dos teorías científicas, sino entre una perspectiva en la que se combinan la magia, la religión y la metafísica, y otra de naturaleza científica. Para comprender esto es necesario volver a los comienzos de nuestra civilización y mostrar cómo la doctrina del derecho natural, a través de todas sus variaciones, se ha conservado esencialmente la misma. Su característica principal es un modo de pensamiento, que en todas sus fases —mágica, religiosa y filosófico-metafísica— difiere radicalmente del punto de vista científico. Se extiende en una línea ininterrumpida desde la creencia mágico-animista del hombre primitivo a través de la doctrina teológica de los grandes sistemas filosófico-metafísicos.<sup>3</sup> El factor fundamental en todas las

<sup>1</sup> Para una historia del derecho natural escrita desde un punto de vista católico ortodoxo, véase la obra del tomista HENRI ROMMEN, *Le droit naturel*, 1945. Véase también W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, 2ª ed., 1949, 15 y sigs. y JULIUS STONE, *The Province and Function of Law*, 1946-50, 209 y sigs.

<sup>2</sup> La exposición que hacemos en este párrafo se basa sustancialmente en C. W. WESTRUP, *Introduction to Early Roman Law*, III, 1, 1939, 1 y sigs.

<sup>3</sup> Después de la publicación de la edición original de este libro, ha

manifestaciones de esta línea de pensamiento es un temor a la existencia y a los poderes que dominan al hombre, y la necesidad de buscar refugio en algo absoluto, algo que esté por encima de todo cambio y pueda ofrecer paz y seguridad. Paz y seguridad no solo frente a los poderes cósmicos de la existencia —la incertidumbre de la vida, los infortunios y la muerte—, sino también como una defensa contra las ansiedades y dudas del alma humana misma, el temor de ser responsable de las propias acciones. Lo absoluto tiene, pues, tanto naturaleza cósmica como naturaleza moral; es a la vez orden del cosmos y ley moral.<sup>4</sup>

Tal actitud ante la vida es típicamente infantil. La historia de la ciencia es la historia de la liberación del espíritu humano de las pesadas cadenas del temor. Pero es un proceso que no ha concluido todavía. Mientras que el punto de vista científico es dominante en el modo de ver la naturaleza, en las cuestiones sociales, morales y jurídicas permanecemos todavía varados en un persistente infantilismo. La filosofía del derecho natural es uno de sus productos.

Podemos estudiar mejor este contraste siguiendo el desarrollo del pensamiento griego desde las creencias populares primitivas que hallamos en las obras de Homero y de Hesíodo hasta los grandes sistemas filosóficos de Platón y Aristóteles. En ese lapso aproximado de 300 años está el germen de todo lo que luego hubo de desarrollarse en forma más claramente diferenciada. Podemos seguir el desenvolvimiento que va desde una primitiva concepción del derecho mágico-mística hasta una floreciente actitud humanista y científica, que halló expresión principal en los círculos de los sofistas, durante el período de la grandeza de Atenas en el siglo V antes de Cristo. Es significativo que este desarrollo encontró su paralelo en la transformación de la primitiva comunidad clánica en una democracia. Pero así como la libertad política no pudo mantenerse, tampoco perduró la libertad de pensamiento. Los sistemas filosóficos de Platón y de Aristóteles significaron una reacción fatal. En estos dos hombres todas las fuerzas se unieron para reforzar la menguante creencia en lo absoluto, en un orden del mundo cósmico y moral. La magia primitiva y la religión fueron remplazadas por la especulación metafísica, pero el espíritu fue el mismo. Y fue este espíritu el que continuó caracterizando la posterior evolución durante un largo tiempo. El escolasticismo cristiano (Tomás de Aquino) pudo sin difi-

aparecido la obra de ERNST TOPISCH, *Vom Ursprung und Ende der Metaphysik*, 1958, que, fundada en amplios estudios sobre mitología y filosofía, sostiene del modo más convincente la opinión que propongo aquí, a saber, que la filosofía del derecho natural tiene sus raíces en una mitología cosmológica. Quiero destacar el valor de esa notable obra.

<sup>4</sup> Sobre la filosofía como sustituto para la religión, véase VICTOR KRAFT, *Einführung in die Philosophie*, 1950, 16 y sigs.

cultad interpolar una nueva doctrina religiosa en el sistema de Aristóteles. Todavía hoy el sello del tomismo caracteriza a la filosofía jurídica católica. Aun cuando en el mundo protestante el derecho natural fue deschristianizado y asumió la forma de una metafísica racionalista-filosófica, en su esencia siguió siendo el mismo: una creencia en lo eterno, en una "validez" sobrenatural absoluta.

La comunidad homérica (siglo VIII antes de Cristo) presentaba el cuadro usual de un pueblo agrícola primitivo en su etapa tribal. La población estaba dividida en un número de pequeñas tribus, cada una bajo un caudillo o rey. Pero la "autoridad" del rey no lo abarcaba todo. Su función se limitaba sustancialmente a ser juez de las disputas y jefe en la guerra. Por lo demás, la vida de la tribu estaba estrictamente regulada por la tradición y la costumbre encarnadas en tabúes. Las ideas de la tribu acerca del derecho eran mágicas y religiosas. Sobre los seres humanos reinaban los dioses, con Zeus a la cabeza, pero los dioses mismos estaban, empero, sometidos al poder del destino. Este poder cósmico, que asignaba a cada cosa su lugar, dominaba por igual a la naturaleza y a los seres humanos y se mantenía mediante castigos. La noción de leyes causales, en el sentido moderno de la expresión, no había nacido aún. La necesidad que gobernaba el universo no era causal, sino la necesidad del destino, determinada por las nociones de voluntad soberana, culpa y castigo. Del sol se decía que no traspasaría "la medida de su sendero"; pero si lo hiciera, las diosas del destino, las doncellas de la justicia, sabrían cómo encontrarlo.<sup>5</sup>

En este sistema el derecho y la justicia no tienen carácter moral en el sentido que hoy damos a la palabra.<sup>6</sup> La decisión justa es simplemente aquella que da a cada uno lo suyo de conformidad con la voluntad de los dioses del destino. El rey sabio y justo es aquel que recibe las revelaciones divinas de Zeus (*themistes*) y hace de ellas el fundamento de sus decisiones (*dike*). Por esta razón el rey cretense Minos visitaba secretamente a Zeus cada nueve años.<sup>7</sup> La justicia, en este sentido, es requisito para el bienestar y la prosperidad de un pueblo. La insubordinación contra el orden cósmico es objeto de castigo por los dioses y el destino. Zeus es el guardián del derecho. Su hija Dike se sienta al lado de su padre y le informa de las trasgresiones de los hombres, y el todopoderoso Zeus los castiga.

<sup>5</sup> "Pues tres veces diez mil son, en la tierra que alimenta a muchos, los inmortales (servidores) de Zeus, guardianes de los hombres mortales. Ésos

<sup>6</sup> HERÁCLITO, Fragmento 94, en HERMAN DIELS, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, 5ª ed. 1934-37.

<sup>7</sup> Confróntese WESTRUP, *Introduction to Early Roman Law*, III, 1, 1939, 65.

<sup>8</sup> Op. cit. 50, 77 y sigs.

observan tanto los actos legales como las acciones atroces, envueltos en niebla, yendo por doquier sobre la tierra."<sup>8</sup>

Mediante esto el huésped celestial Zeus distribuye la prosperidad y la desdicha entre los justos y los injustos.

Hesíodo (siglo VII [P] a.C.) describe los dorados frutos que aguardan al pueblo cuyo rey observa el mandato de los dioses, y los desastres que caerán sobre el pueblo si su rey, cegado por la arrogancia, va contra la voluntad de aquéllos.

"Quienes, en cambio, dan correctos derechos a los forasteros y a los naturales (del país), y en nada se apartan de lo justo, a éstos les prospera la ciudad, y florecen las gentes en ella; (reina la) paz en el país, la que alimenta a los jóvenes, y Zeus, que todo lo ve, no les impone ardua guerra. Ni jamás a hombres de correcta ley persigue hambre ni desgracia; más bien, para fiestas atienden las obras que les interesan. A éstos la tierra produce mucho alimento; en las montañas los robles llevan en la punta (de las ramas) bellotas, y en el medio (de los troncos) abejas; lanudas ovejas (andan) cargadas de sus vellones; las mujeres dan a luz hijos parecidos a los padres; florecen sin cesar en medio de bienes; no viajan en naves, (y) el agro fecundo produce fruto.

"Pero a quienes se dedican a la violencia y a abominables obras, a éstos el Cronida Zeus, que todo lo ve, impone la ley; a menudo hasta toda una ciudad se perjudica con un hombre malo que actúa criminalmente e ingenia actos de soberbia. A éstos, desde el cielo, envía grandes sufrimientos el Cronida, hambre y peste al tiempo, y las gentes perecen. Ni las mujeres dan a luz, merman las familias, por la inteligencia de Zeus olímpico. Otra vez, nuevamente, el Cronida destruye el gran ejército de ellos o su muralla o les quita las naves en el mar."<sup>9</sup>

Esta descripción muestra un ejemplo más del hecho, bien conocido ya por la historia de la religión y el estudio de la civilización, de que el poder de los jefes en los pueblos primitivos tiene origen mágico.<sup>10</sup> Es tarea del jefe obtener por ritos mágicos (en particular cantos, danzas y sacrificios) que llueva, que la tierra dé frutos y que los animales se multipliquen.<sup>11</sup> Si el hechizo no da resultados y la tribu es asolada por malas cosechas, inundaciones y otros desastres, se considera que el rey ha perdido su poder y es condenado a muerte para ser remplazado por un rey nuevo y mejor. En el mundo de Homero y de Hesíodo, sin embargo, estos hábitos se han

<sup>8</sup> Hesíodo, *Los trabajos y los días*, versos 252-255. Traducción directa del griego hecha especialmente por el Profesor Dr. Guillermo Thiele. (N. del T.)

<sup>9</sup> Hesíodo, *Los trabajos y los días*, versos 225-248. Traducción directa del griego hecha especialmente por el Profesor Dr. Guillermo Thiele (N. del T.).

<sup>10</sup> Véase WESTRUP, op. cit., 31 y sigs.

<sup>11</sup> RUTH BENEDICT, *Patterns of Culture*. Mentor Ed., 1946, 54 y sigs. y 131 y sigs., trae una interesante descripción de la magia de la lluvia y la agricultura entre pueblos primitivos de la actualidad.

refinado: los actos mágicos a través de los cuales se procura el bienestar de la tribu no son ya simples ritos y sacrificios mágicos, sino actos de administración realizados por el rey en ejercicio de su poder jurisdiccional. No es tanto por oficiar encantamientos a los dioses, sino por obedecer la voluntad revelada de éstos, por cumplir con la ley cósmica, que el rey trae bendiciones a su pueblo. Liberado de ideas metafísicas, esto equivale simplemente a la creencia de que es tarea del rey juzgar de acuerdo con la moralidad y costumbre tradicionales, y que la felicidad y prosperidad de la tribu dependen del respeto a la tradición y al orden existente.

Se comprende fácilmente que la creencia en una necesidad del destino, y en el castigo a la injusta rebelión contra el orden cósmico, asumiera una nota de resentimiento de especial vehemencia y exigiera venganza contra los sediciosos, en una época en que las viejas formas de la comunidad tribal comenzaban a resquebrajarse y los conflictos sociales elevaban a otras clases a los puestos de dirección. Una incipiente grieta de este tipo había tenido lugar en el período que va de Homero a Hesíodo. El reino homérico, con su idilio patriarcal, había sido remplazado por una aristocracia de grandes señores, que luchaban entre sí por alcanzar la supremacía entre ellos e intentaban someter a los campesinos libres. El respeto por la tradición heredada —justicia en sentido homérico— estaba en mengua; la violencia y el perjurio eran cosas de todos los días. Esta evolución se refleja en la diferencia entre Homero, el trovador de la corte, y Hesíodo, el campesino beocio. Para el primero, Zeus es el protector y el defensor que preserva un orden armonioso, mientras que para Hesíodo, que está lleno de odio y amargura por la maldad de los tiempos, Zeus se ha transformado en el gran juez que castiga a los poderosos y a los injustos. Mientras que Homero representa el punto de vista de las clases dominantes, Hesíodo refleja la desconfianza y la animosidad de los campesinos que solo desean vivir en paz, y son testigos de la audaz arrogancia de los poderosos envueltos en sus luchas por la supremacía con completo menosprecio del tradicional orden de cosas.

Idéntico pesimismo, unido a la seguridad de que tarde o temprano el castigo caerá ciertamente sobre los arrogantes, caracteriza a Solón (alrededor del año 600 antes de Cristo). Con demasiada frecuencia puede parecer que el hombre presuntuoso escapa a su castigo. Y así Solón destaca el punto de que Zeus, a diferencia de los mortales, no se irrita rápidamente ante una ofensa; sin embargo, ningún hombre malvado puede escapar a su mirada vigilante. "Un hombre cumple su pena antes, otro después. Si el culpable escapa y el destino de los dioses no cae sobre él y no lo hace su presa, tal destino llega con toda seguridad más tarde: los inocentes son cas-

tigados por la ofensa de aquél, sus hijos o los hijos de sus hijos en generaciones posteriores.<sup>12</sup>

Nuevos levantamientos políticos conmovieron el período que va de Solón a Heráclito, esto es, el siglo vi antes de Cristo. Con el crecimiento de las ciudades y el desarrollo de una nueva economía se produjo el surgimiento de una clase de ciudadanos que intentó arrebatarse a la aristocracia sus antiguos privilegios. En este período de conflicto entre la aristocracia y la democracia aparecen los tiranos, producto de la necesidad de un gobierno fuerte para combatir a la nobleza terrateniente; situación que se asemeja al período de poder absoluto como nexos en la evolución desde la aristocracia a la democracia en la historia política occidental.

Presumiblemente la experiencia personal de los cambios políticos de la época se refleja en el principio de la mutación enunciado por Heráclito. Hasta los tiempos de Heráclito los filósofos habían tratado de comprender el mundo como una colección de cosas y descubrir sus elementos inmutables. Heráclito afirma que todo se encuentra en un estado de flujo eterno; el mundo es un proceso constante de acontecimientos, no una colección de cosas. Todo fluye: "no es posible sumergirse dos veces en el mismo río". Al mismo tiempo, sin embargo, todo, la naturaleza y el hombre, está sometido a un orden del mundo que no ha sido creado por los dioses ni por los hombres, sino que siempre ha sido y siempre será, un fuego eterno avivado y atenuado según un plan. Heráclito fue quien dijo que el sol sabrá cómo no traspasar "la medida de su sendero". Esta ley cósmica es al mismo tiempo la ley de la justicia, y todas las leyes humanas se nutren en la única ley divina. Aquí por primera vez el tema del derecho natural es expresado en términos filosóficos. Las leyes humanas no son meramente arbitrarias. Son una emanación de una ley universal y son "nutridas" por el mismo poder del destino que domina todo lo que existe. Esta es una filosofía del derecho natural aristocrático-conservadora, la que, en un momento en que todo lo que venía del pasado amenazaba con desintegrarse, busca seguridad en una nueva formulación filosófica de la vieja creencia en la conexión entre las leyes humanas y las fuerzas que rigen el mundo.

## LI LOS SOFISTAS

En el siglo v antes de Cristo, en el período comprendido entre las guerras persas (años 490 y 480/79 antes de Cristo) y la derrota de Atenas en la guerra del Peloponeso (año 404 antes de Cristo), la

<sup>12</sup> Tomado de la traducción de Ivan M. Linforth en *Solon the Athenian*, 1919, 165.

cultura helénica alcanzó su máximo esplendor y, al propio tiempo, la democracia fue implantada con éxito en la mayor parte de las ciudades-estados. Este logro, en una época que solo estaba separada por una o dos generaciones del pensamiento primitivo, mágico-anímista, que todavía predominaba en Heráclito, ha llenado siempre a los hombres de admiración. En el dominio del arte, literatura, ciencia y filosofía, este pueblo, numéricamente pequeño, produjo obras que iban a constituirse en modelo de los siglos venideros. Aquí solo habrá de interesarnos un aspecto de esta época culturalmente explosiva: la abolición de las creencias mágico-religiosas, el abandono de la creencia en lo absoluto y eterno en materia de conocimiento y de moral, la fundamentación de un punto de vista científico basado en la relatividad de toda aprehensión racional (*insight*) y la evolución de una nueva moralidad según amplias líneas humanistas. Todo esto se encuentra íntimamente conectado entre sí.

Los sofistas,<sup>13</sup> un grupo de maestros, cuya figura principal fue Protágoras, provocaron el cambio en el pensamiento vigente. Eran profesionales de la enseñanza e instruían a los ciudadanos de buena posición en las habilidades oratorias y forenses, importantes para cualquiera que quisiera hablar en las asambleas públicas o defender un caso ante los tribunales. Casi podrían ser definidos como profesores particulares de retórica. Desde tiempos muy antiguos adquirieron reputación de inmorales y deshonestos en materia intelectual, cosa que aún hoy gravita sobre el significado de la palabra "sofístico", pero ello es un error que puede ser fácilmente disipado si recordamos que nuestro conocimiento de las doctrinas de los sofistas proviene únicamente de las descripciones de sus enemigos más acérrimos, en especial Platón. Los críticos de la moral y de las doctrinas absolutistas han sido siempre estigmatizados por sus opositores como inmorales y peligrosos para la civilización. A este respecto los sofistas no merecieron mejor fortuna que los adherentes de la filosofía empirista de nuestros días, que han sometido nuestras ideas morales a examen crítico.

Protágoras enseñó *skepsis* —*skepsis* en el conocimiento y en la moral— resumida en la fórmula: "El hombre es la medida de todas las cosas."<sup>14</sup> Pero es menester recordar que el conocimiento respecto del cual Protágoras era escéptico, era aquel que hasta entonces había sido la meta de los filósofos: la captación absoluta de lo inmutable; y que la moral respecto de la cual era escéptico era la ley absoluta, de validez divina. Protágoras se dio cuenta de la inutilidad de los intentos de los filósofos de conocer la "esencia" absoluta de la exis-

<sup>13</sup> Para una de las mejores descripciones y apreciaciones críticas de los sofistas, véase GEORGE H. LEWES, *History of Philosophy*, 3ª ed., 1867, 105 y sigs.

<sup>14</sup> Sobre la interpretación de esta famosa frase, véase MARIO UNTERS-TWINGER, *The Sophists*, 1954, 41 y sigs.

tencia y de las cosas, y enseñó que todo conocimiento radica en la percepción de nuestros sentidos y es por necesidad, en consecuencia, relativo e individual. Las cosas son tal cual las vemos, y los seres humanos las vemos de maneras diferentes. Pero el hombre cuya mente es sana las ve de la misma manera que otros que se hallan en la misma situación.

Este es sustancialmente el punto de vista de la ciencia moderna: la relatividad de toda ciencia y su dependencia de la observación a través de los sentidos. Protágoras, por supuesto, no conocía el método de la ciencia moderna que, mediante la interpretación matemática, elabora un contralor intersubjetivo para elevar al conocimiento por encima de la experiencia individual. Su doctrina, por lo tanto, llegó a ser más radicalmente escéptica que lo que puede justificarse.

Por otra parte, su filosofía contiene los prolegómenos de una fundamentación crítica de la objetividad de la ciencia. Su alusión a la concordancia entre las percepciones de personas de mente sana puede ser entendida como el germen de una teoría de la verificación.

La posición es la misma en el campo de la moral y del derecho. Aquí también el hombre es la medida de las cosas. No hay derecho universal y eterno, y las leyes no son de origen divino. Ellas son única y exclusivamente obra del hombre, basadas en la convención establecida y en el poder. Esto no significa que todas las leyes sean igualmente buenas. Aquí, también, el criterio hay que buscarlo en la concordancia entre las personas de mente sana. Esto condujo a Protágoras, es verdad, a una actitud convencional, de tono conservador, en defensa del orden existente. Pero los sofistas más jóvenes supieron extraer de sus enseñanzas lo necesario para hacer una penetrante crítica a las instituciones sociales existentes. Ellos advirtieron cuán vacío y engañoso era atribuir divinidad a las leyes. Las leyes de los hombres son la corporización del poder arbitrario de los gobernantes. Todo gobernante hace leyes que le aprovechan, y llama justo a aquello que sirve sus propios intereses. La doctrina de la justicia inherente a las leyes no es otra cosa que una capa artera que encubre el predominio de la fuerza.<sup>15</sup> De esta manera los sofistas nos ofrecen el primer intento de formular una teoría sociológica de la relación entre el derecho, por un lado, y el poder y el interés, por el otro, y del conflicto entre grupos sociales.<sup>16</sup>

Pero esta doctrina del carácter convencional de las leyes que se consideran emanadas del poder, no quiere decir que los sofistas

<sup>15</sup> Tal es la médula de las enseñanzas de Trasimaco, Calicles y Critias. Véase UNTERSTEINER, op. cit., 324 y sigs.

<sup>16</sup> Confróntese K. R. POPPER, *The Open Society and its Enemies*, 1945, I, 49 y sigs.

identificaran en general el derecho con el poder, ni quiere decir que reconocieran como normas para el bien únicamente aquellas que estaban respaldadas por la fuerza. Tras su crítica de la ideología de la justicia se encuentra una nueva concepción de la vida de carácter humanista y cosmopolita unida a extremas exigencias revolucionarias en pro de una reforma de la vida social y política.<sup>17</sup> Hippias enseñaba que todos los hombres son por naturaleza iguales, y que solo por virtud de las leyes hechas por el hombre se introdujeron la desigualdad y la esclavitud. Mientras que los grandes moralistas Platón y Aristóteles defendieron la institución de la esclavitud como fundada en la natural desigualdad de los hombres, fueron los "inmorales" sofistas quienes exigieron su abolición y, al hacerlo, condenaron también la distinción —tan consustanciada con la mentalidad griega— entre griegos y bárbaros. Licofronte exigió la abolición de la nobleza,<sup>18</sup> y Faleas reclamó una distribución igualitaria de la propiedad, y que las oportunidades de recibir educación estuvieran a disposición de todos los ciudadanos. Se llegó incluso a expresar la idea de que las mujeres podían gozar de igualdad política respecto de los hombres.

Todas estas reformas fueron reclamadas por los sofistas como algo que era justo según la naturaleza (*physis*), en contraposición a aquello que es justo según la ley (*nomos*). Antifón dijo:

"Pues las cosas de las leyes (son) accidentales, las cosas de la naturaleza, en cambio, necesarias; y las cosas de las leyes (son) convenidas, no nacidas; las de la naturaleza (son) nacidas, no susceptibles de ser convenidas. De ahí que uno que infringe las convenciones, siempre que no sea descubierto por los que conviniere (aquellas), queda libre de ignominia y castigo; no quedando oculto, en cambio, no (queda impune). Por otra parte, sí, contra lo posible, viola algunas de las cosas dadas por la naturaleza, y esto queda oculto a todos los hombres, no (es) en nada menor el mal, y si todos lo ven, (el mal es) en nada mayor. Pues no se hace daño conforme a una opinión, sino conforme a la verdad. Resulta de acuerdo con todo esto la observación de que la mayoría de los (asuntos que son) justos conforme a una ley (convencional), están en pugna con la naturaleza... Y de toda lo dicho uno podría encontrar muchos casos en pugna con la naturaleza: (se hace patente) en ellos un sufrimiento mayor cuando (es) posible un sufrimiento menor, un gozar menos, cuando es posible (gozar) más, y un quedar mal, cuando es posible no quedar así."<sup>19</sup>

Esto introduce un tema que acompaña el curso de todo el derecho natural posterior: el contraste entre el derecho positivo y las instituciones históricas y convencionalismos sociales dados, por una parte, y, por la otra, lo que los filósofos del derecho natural llaman

<sup>17</sup> Op. cit., pág. 251 y sigs., 283 y sigs.

<sup>18</sup> Op. cit., pág. 340.

<sup>19</sup> Antifón el Sofista, fragm. 4; traducción directa del griego hecha especialmente por el Profesor Dr. Guillermo Thiele. (N. del T.)

"las exigencias de la naturaleza", que no dependen del poder arbitrario de los hombres, sino que derivan de "leyes cósmicas", de "la voluntad de Dios", o de la "naturaleza del hombre". Pero dentro de las diversas escuelas de derecho natural hay una clara diferencia en la concepción de la relación mutua entre las dos esferas, una diferencia que refleja la tendencia política que se halla tras la construcción. El punto de vista predominante es el del derecho natural conservador, tal como ha sido representado por Heráclito: el derecho positivo en su esencia es una emanación o revelación de aquello que por naturaleza es eternamente válido. Esto le da su fuerza obligatoria, y solo esto hace del orden institucional un orden jurídico como cosa opuesta al imperio de la fuerza. Esta escuela de derecho natural es llamada conservadora porque su función práctica es suministrar una justificación a las instituciones existentes por medio de la santidad moral y religiosa. En oposición con este punto de vista hallamos la escuela de derecho natural que, como la escuela de los sofistas —o la correspondiente filosofía liberal del derecho natural del siglo xviii— es revolucionaria (o evolucionista). Esta escuela destaca el conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural y es denominada revolucionaria porque su función política es proporcionar una justificación, con la santidad de una validez más alta, para una revolución en las condiciones sociales.

Puede parecer como un total abandono de la actitud escéptica de Protágoras, punto de partida de los sofistas, el hecho de que éstos concluyeran por proponer un derecho natural, esto es, una verdad moral. Y en verdad así fue. Pero hemos de recordar —y esto, por ejemplo, aparece en la precedente cita de Antifón— que la naturaleza a la que los sofistas apelaban no estaba concebida en términos de absolutismo religioso o metafísico. Aquí, también, parece verdad que el hombre es la medida de todas las cosas; que es a las experiencias fácticas de la humanidad en punto a placer y dolor, a las necesidades fácticas y a las valoraciones de los hombres, a lo que los sofistas se referían. Un derecho natural de este tipo es esencialmente diferente del derecho natural metafísico que hubo de prevalecer más tarde, y puede ser interpretado fácilmente, si nos sentimos inclinados a ello, como un primer intento de realismo en la política jurídica.

### LII ARISTÓTELES <sup>20</sup>

La filosofía de los sofistas había hecho grandes progresos para liberar el derecho de la tradicional concepción mágico-religiosa.

Como hemos visto, la doctrina de los sofistas contenía por lo menos un germen de una sociología del derecho y de realismo en

<sup>20</sup> Lo que se expresa en este párrafo es, en un esquema más amplio,

política jurídica, que hubiera posibilitado desarrollos ulteriores acordes con el espíritu de la ciencia. Pero el tiempo no estaba aún maduro para ello. Dos de las mentes más grandes que ha conocido la humanidad, Platón y Aristóteles, se lanzaron a reconstruir lo que los sofistas habían derribado: la creencia en lo absoluto y lo eterno.<sup>21</sup> Y fueron estos dos hombres, más particularmente Aristóteles en lo que a la filosofía del derecho respecta, quienes decidieron el carácter del desarrollo posterior hasta nuestros días.

Por supuesto que ellos no podían revivir la creencia en los dioses olímpicos y en las leyes cósmicas del destino. La magia y la mitología habían tenido su período de esplendor y ahora pertenecían al pasado. El lugar de la magia y de la religión fue ocupado ahora por la metafísica filosófica, que tenía en esencia el mismo origen, pero que empleaba un mayor refinamiento. Los poemas y los mitos narrativos fueron remplazados por especulaciones filosófico-metafísicas, esto es, por una actividad intelectual que en su construcción lógica y sistemática imita al conocimiento científico riguroso, pero que en realidad es una nueva mitología. Esto es así porque su función, como la de la mitología y la de la religión, consiste en proporcionar paz y fortaleza mediante la creencia en lo absoluto. También, al igual que aquéllas, abunda, con poética licencia, en aseveraciones acerca del "ser íntimo" de la existencia y de las cosas. Como esto se halla fuera de todo contralor por la observación y la experiencia, cualquiera está en libertad de sostener lo que le plazca, citando en su apoyo un contacto absoluto, llámeselo captación intelectual, intuición, experiencia de evidencia, conciencia trascendental, o cualquier otra expresión inventada para designar la supuesta fuente de conocimiento de verdades eternas.

Aristóteles hizo de la personificación de la naturaleza (animismo y mitología) que caracterizó el pensamiento griego primitivo un sistema de ideas filosófico. Fue más tarde tratado con gran respeto, porque es menester cierto bagaje académico para leer sus trabajos. Para descubrir el carácter primitivo de su razonamiento se necesita algo más que eso. Aristóteles dio por sentado que cada cosa individual lleva en sí una especie de alma (la llamó la "forma" de la sustancia), que determina la "esencia" de las cosas como per-

la médula de la interpretación de Aristóteles que he desarrollado con mayor detalle en *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, cap. VI, 3.

<sup>21</sup> "La invención de la filosofía misma puede ser interpretada, pienso, como una reacción frente al colapso de la sociedad cerrada y de sus creencias mágicas. Es un intento de remplazar la fe mágica perdida por una fe racional". K. R. POPPER, *The Open Society and its Enemies*, 1945, I, 165. Sobre la filosofía como un sustituto para la religión, véase también VICTOR KRAFT, *Einführung in die Philosophie*, 1950, 16 y sigs.



tenecientes a una cierta categoría. Así, por ejemplo, es la "esencia" del gato Pussy la que hace de él precisamente un gato. Esta esencia oculta es la realidad que se encuentra detrás de nuestros conceptos ordinarios, como por ejemplo, el concepto "gato". La esencia no puede ser descubierta por comparación e inducción a partir de observaciones externas, sino por una intuición intelectual interna. Es tarea de la ciencia determinar la esencia de las cosas —por ejemplo, qué es lo que hace de un gato un gato— y enumerar las características de la esencia en una definición.<sup>22</sup> El alma o forma de las cosas es también la medida de perfección que está encerrada en ellas y hacia la cual tienden. Esta meta última de la tendencia de cada cosa está y no está en la cosa. Mientras la semilla no se ha desarrollado en planta, la planta no existe (como una realidad) pero existe (en potencia) como medida orientadora u objetivo profundamente alojado en el ser de la semilla.

Puesto que el bien es aquello hacia lo que tendemos, el alma de las cosas determina al mismo tiempo lo que es el bien respecto de cada cosa individual. El buen gato es aquel que realiza a la perfección su ser gato. Lo mismo ocurre con los seres humanos. Pero ¿cuál es la esencia de un ser humano, aquello que hace de un ser humano un ser humano? Es aquella parte del alma que está dotada de razón, como algo opuesto a lo sensual, que poseemos en común con los animales. Con esto Aristóteles escinde al hombre en dos partes e introduce una distinción que ha sido el fundamento de toda la metafísica espiritualista. El hombre pertenece a dos mundos. En tanto que ser sensual es una parte de la naturaleza; en tanto que criatura racional pertenece al reino de la moral, de la validez, y de la libertad.

De acuerdo con esto, la tarea moral del hombre es llevar a cabo, guiado por la razón, aquello hacia lo cual tiende su ser íntimo (en su naturaleza racional como algo contrapropuesto a su naturaleza sensual). Pero, ¿qué es esto? ¿Qué normas de acción se derivan de allí? Resulta claro que estas especulaciones metafísicas acerca de la naturaleza del bien son como recipientes vacíos que uno puede llenar como quiera, y ello significa, en los hechos, que pueden ser llenados con aquellos prejuicios morales dogmáticos, aspiraciones e ideales que se han adueñado del hombre bajo la influencia de su época y de

<sup>22</sup> Lo opuesto a este esencialismo metafísico es el nominalismo metodológico, científico, que considera a los conceptos no como imagen de "la verdadera naturaleza" de las cosas, sino como herramientas lingüísticas para la más conveniente descripción de los fenómenos y sus correlaciones invariables. El esencialismo sigue haciéndose presente en conocidas e inútiles discusiones del tipo de la que versa sobre si el derecho internacional es realmente derecho. Confróntese Ross, *Textbook of International Law*, 1947, par. 5, I. Véase también K. R. POPPER, *The Open Society and its Enemies*, 1945, I, 25 y sigs.

su medio. Aristóteles no hace un gran esfuerzo para deducir sistemáticamente el contenido de la moral, sino que se conforma con hacer referencia a lo que los "hombres buenos y sensatos" piensan acerca de ello. En último grado, por lo tanto, la conciencia moral positiva de Aristóteles y de sus contemporáneos es revestida de validez absoluta, como "moral natural", por las construcciones metafísicas.

Las ideas éticas de Aristóteles son importantes porque las principales de ellas fueron adoptadas por el derecho natural católico. Aristóteles no desarrolló una teoría del derecho con la misma minuciosidad. Hizo suya la distinción de los sofistas entre derecho positivo y derecho natural, pero dio a la filosofía del derecho natural un nuevo sesgo conservador y metafísico. La ley natural es aquella válida en sí misma y obligatoria para todos. Es aprehendida por la razón. Es verdad que las leyes humanas contienen mucho que es arbitrario o que está determinado por la conveniencia práctica, como, por ejemplo, que el rescate de un cautivo sea de una "mina", o que el sacrificio sea de una cabra y no de dos ovejas. Pero dejando a un lado tales "positividades", las leyes están basadas en la ley natural, y cuando son defectuosas o ambiguas han de ser interpretadas de conformidad con la última.<sup>23</sup>

### LIII LOS ESTOICOS Y EL DERECHO ROMANO

De entre las escuelas y tendencias filosóficas griegas posteriores, el estoicismo tuvo especial importancia para el desarrollo del derecho natural. Esta tendencia llegó a adquirir gran difusión en el pensamiento antiguo, no solo en el mundo antiguo, sino también en el moderno. A través de su espíritu de humildad y universalidad fue un instrumento para la diseminación del cristianismo.

El estoicismo también ve en la razón y en la naturaleza del hombre la medida para el comportamiento del hombre sabio. Pero las complicadas y monótonas ideas de Aristóteles son remplazadas por una interpretación religiosa más amplia y atractiva, impregnada de misticismo, que sirvió para transformar al estoicismo en algo más que una mera filosofía académica; se transformó en una filosofía de la vida que tuvo amplia difusión entre la gente educada. El culto de la razón fue combinado con la antigua idea del destino como ley cósmica del mundo. La razón no es meramente la razón individual. Esta no es sino una chispa de la razón eterna y universal, o razón divina, que gobierna todo en el mundo. La exigencia de vivir en armonía con la naturaleza o de conformidad con la razón, que es el mensaje básico del estoicismo, adquiere por ello un carácter extraño y ambiguo, una fascinante ambivalencia de autoafirmación y humildad,

<sup>23</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*, V, x, 1134 b; *Retórica*, I, XV, 1375 a.

independencia y sujeción, libertad y deber. Por una parte, la naturaleza es igual a la razón universal, o a la voluntad divina. De acuerdo con esto la exigencia moral es una exigencia de completa sujeción y autodestrucción ante lo divino, ante la omnipotencia que gobierna al mundo, mediante la determinación de identificarse con lo universal, con Dios. Por otra parte, la naturaleza es también la naturaleza razonable del hombre mismo, y contemplada desde este ángulo la moral significa una exigencia de completa libertad e independencia, esto es, una vida determinada únicamente por nuestra naturaleza razonable, liberada por completo de los engaños de los sentidos. Solo esta libertad moral interna es lo realmente bueno. Aquel que va en pos de los placeres sensuales se engaña a sí mismo y es un esclavo. El hombre sabio es un rey, tiene control sobre sí mismo y es independiente de las cosas y de la gente, porque nadie puede privarlo de su libertad interior. Estas dos perspectivas opuestas se funden en una sola, precisamente porque el hombre en su naturaleza razonable es, él mismo, una chispa de lo eterno, y tiene una parte de sí en lo divino. La ley que rige sobre nosotros es, en consecuencia, también ley en nuestro ser más íntimo. Solo el hombre que es esclavo de Dios ha ganado la libertad perfecta.

Los estoicos introdujeron el concepto de deber en la filosofía moral y jurídica. En el pensamiento griego antiguo el destino era un poder externo que obligaba a los hombres mediante el castigo, pero no en su conciencia. Transgredir la regla, en consecuencia, era vanidad o tontería (*hybris*), pero no pecado o desobediencia. Entre los filósofos el problema había estado siempre dirigido a la naturaleza del bien. Fue entre los estoicos —presumiblemente bajo la influencia del despotismo oriental— que surgió por vez primera la idea de que la esencia de la moral no consistía en los fines externos de la voluntad, sino en su concordancia con una ley. Esto es, precisamente, la médula de la idea del deber.<sup>24</sup>

El estoicismo dio al derecho natural un sesgo religioso y universal. No la razón individual, sino la razón cósmico-divina, es la fuente suprema del derecho. Pero la razón universal nos exige seguir llevando una vida social pacífica mientras observamos aquellas reglas que se encuentran en nuestra naturaleza razonable. En la interpretación de este pensamiento, los estoicos, cada vez con más vigor, subrayaron la idea de la igualdad de todos los hombres. Cada ser humano contiene una chispa de lo eterno; somos, por lo tanto, todos iguales delante de Dios. La orden fundamental de la razón es respetar a todo otro ser razonable como un fin en sí mismo, y el ideal de la coexistencia social es un estado mundial en el cual todos sean iguales y vivan en armonía con las

<sup>24</sup> Confróntese ALF ROSS, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, cap. VII.

órdenes de la naturaleza y de la razón. En tal estado no habría propiedad privada ni esclavitud. Pero el desatino y la perversidad de los hombres se ha traducido en su vivir aparte, en estados separados, y de acuerdo con leyes humanas que solo reflejan en forma imperfecta la justicia natural.

El estoicismo llegó a ser también la filosofía de la vida de los romanos cultos. Cicerón hizo popular el estoicismo en una forma jurídica menos elaborada, omitiendo aquello que era místico y panteísta en él. En manos de Cicerón la doctrina de la ley natural se transformó en una introducción filosófica al derecho y fue aceptada comúnmente por los grandes juristas del período clásico. Se distinguían tres clases de derecho. Primero, el *jus civile*, que era el derecho que se aplicaba a los ciudadanos romanos, y estaba determinado por el sistema romano tradicional de forma y de acción. Segundo, el *jus gentium*, que era el derecho común a los romanos y a los otros pueblos, y que por lo tanto se aplicaba a los extranjeros, y a las relaciones entre Roma y las otras potencias. Al igual que el *jus civile*, el *jus gentium* es derecho positivo, es un orden basado en la fuerza y administrado por los pretores romanos para los extranjeros (*praetores peregrini*). Era, sin embargo, más libre en la forma y más elástico que el *jus civile*. Bajo la influencia del estoicismo se lo interpretó como determinado, en un grado más alto que el derecho romano específico, por la naturaleza humana común a los diferentes pueblos. Y se vio en él, por lo tanto, en un grado más alto que en el *jus civile*, la expresión de los principios básicos del derecho natural. Finalmente se encontraba el *jus naturae* mismo, basado en la razón inherente en el hombre, idéntica a la razón divina que se aplica a todos los seres vivos. Pero el *jus naturae* no era un orden basado en la fuerza, y en realidad era contrario al pensamiento romano tradicional llamar a tal orden con el nombre de derecho. Esto ocurrió únicamente por virtud del respeto a la autoridad de los filósofos griegos. Hay una cierta conexión con las ideas romanas, sin embargo, en el concepto romano de *aequum et bonum*. Las doctrinas sobre la equidad (*aequitas*) que se desarrollaron en el transcurso del tiempo para atenuar el derecho estricto, hallaron así sustento en la filosofía del derecho natural. El ejemplo principal de esto fue la evolución favorable a la promesa informal y a una interpretación más libre de ella, menos dependiente de las palabras utilizadas que de la intención.

LIV EL DERECHO NATURAL DE LOS ESCOLÁSTICOS  
(TOMÁS DE AQUINO)<sup>26</sup>

No fue difícil para los padres de la Iglesia y para los filósofos escolásticos interpolar las específicas ideas cristianas en la tradición clásica del derecho natural. En lugar del vago concepto panteísta de una razón divina universal, ellos necesitaron únicamente colocar al Dios del Cristianismo. La distinción aristotélica entre el hombre como ser sensual y el hombre como ser racional se adecuaba a la perfección a la distinción cristiana entre cuerpo y alma, entre este mundo y el Reino de Dios. Solo que estaba más en el espíritu del Evangelio subrayar la pureza de corazón, la conciencia, en lugar de la razón pensante, como el órgano a través del cual la voz de Dios habla al hombre.

La novedad más importante tuvo lugar en dos puntos. En primer lugar, el derecho natural adquirió un contenido más variado. Mientras que los antiguos filósofos del derecho natural no fueron más allá de vagas ideas acerca de una *lex naturae* eterna y absoluta, sin atribuirle un contenido sistemático preciso, el Cristianismo halló un firme y dogmático punto de enlace en la revelación. La médula de todo el derecho natural cristiano es la voluntad revelada —y en este sentido, positiva— de Dios: la ley mosaica y el Evangelio.

En segundo lugar, la idea de la supremacía del derecho natural sobre el derecho humano fue tomada ahora en serio. El derecho humano solamente adquiere su fuerza obligatoria, su validez como derecho en tanto que opuesto al poder arbitrario, por virtud de su derivación de lo divino; y ningún derecho humano que esté en conflicto directo con el derecho natural tiene validez alguna. Esto no significa, empero, que los hombres son libres de rehusar obediencia a toda ley injusta, por ejemplo, a una ley impositiva que no distribuya equitativamente las cargas. En tal caso la ley de la naturaleza exige del hombre que anteponga la paz y el orden a sus propios derechos. Pero si el derecho positivo prescribe o permite algo que está en conflicto directo con algún mandato fundamental específico del derecho natural (tal como éste es enseñado e interpretado por la Iglesia), entonces podemos y debemos resistirnos al rey y a las autoridades; porque entonces el derecho ya no es derecho sino fuerza bruta, y el rey ya no es rey, sino un tirano. Resulta claro que la conjunción de estos dos puntos significó que, de manera ingeniosa, se combinaron un derecho natural de tipo conservador y otro moderadamente opositor. En general, el derecho

<sup>26</sup> Para un estudio más detallado y documentado, véase ALF ROSS, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, cap. VI, 4.

y el orden recibieron apoyo religioso, mientras que se reservaba para la Iglesia un derecho de censura para la defensa de ciertos principios elementales, en particular en apoyo del poder papal en su conflicto con el poder temporal.<sup>26</sup> Ya en el decreto de Graciano del siglo XII encontramos una teoría de este tipo. Una vez que el conflicto entre el emperador y el Papa se atenuó, el derecho natural se fue haciendo cada vez más conservador,

El derecho natural católico alcanzó su formulación definitiva en Tomás de Aquino (1226-74), quien con admirable energía y capacidad creadora construyó el sistema medieval teológico-filosófico en su poderosa *Summa Theologica*, cuyas enseñanzas, sin modificaciones o agregados particulares, son aceptadas aún hoy por la filosofía jurídica católica.

La filosofía moral y jurídica de Aquino sigue muy de cerca a la de Aristóteles (a quien él llama simplemente "el filósofo"), por supuesto que con la interpolación de la concepción cristiana de Dios. Su concepción del mundo también es animista. El bien es aquello hacia lo cual tienden todos los entes, animados o inanimados, según su naturaleza y destino, creados por la divinidad. El bien es la realidad misma en su propia perfección, de acuerdo con la idea de Dios. Todo tiende según su propia naturaleza hacia la perfección en Dios y por ello toda tendencia natural es legítima.

Para el hombre, el bien significa aquello hacia lo cual tiende en razón de su naturaleza. Esto no significa, por supuesto, que todo lo que el hombre de hecho desea es bueno. La corrección interior está ligada únicamente a nuestra auténtica íntima voluntad, que se encuentra tras la tendencia consciente. Si la razón se limitara a seguir la luz natural que Dios ha colocado en nuestros corazones, nuestra voluntad consciente estaría también dirigida siempre hacia el verdadero bien. Pero la razón del hombre puede hallarse corrompida y desafiar la ley natural. La voluntad se aparta así de su camino y busca aquello que parece bueno aunque no lo es.

¿Cuál es la ley, entonces, que la razón ha de seguir para guiar la voluntad hacia el verdadero bien? En su perfección es la ley eterna, idéntica a la razón soberana de Dios, la sabiduría divina, que gobierna a todos los seres creados, que rige todos los movimientos de la naturaleza y todas las acciones. Las restantes leyes derivan su fuerza de esta ley. Pero la ley eterna no puede ser captada en su perfección por el hombre. En la medida en que el hombre puede aprehenderla con la ayuda exclusiva de la luz natural

<sup>26</sup> En ALF ROSS, *Why Democracy?*, 1952, 9 y sigs, se aborda con mayor amplitud el aspecto político del derecho natural, en particular la doctrina concerniente a la soberanía, el contrato de gobierno, el derecho de resistencia y el papel desempeñado por estas teorías en la historia política.

(razón), se llama derecho natural. Pero esto no basta para que el hombre pueda alcanzar su propósito divino. Y en consecuencia Dios, por revelación, ha dado al hombre, para guía adicional, una participación en la ley eterna: tal es la ley divina (la ley mosaica y el Evangelio). Finalmente, está la ley humana, establecida por el hombre con la ayuda de la razón y necesaria para dar aplicación concreta a aquellos principios básicos que están expresados en la ley divina y en la ley natural.

Los diversos niveles tienen diferentes grados de evidencia.<sup>27</sup> La evidencia es, naturalmente, más grande en la ley revelada, especialmente la ley mosaica; su segunda tabla contiene los mandamientos fundamentales para la vida humana en comunidad, cuya transgresión llena a todo ser humano de horror natural. En contraste, los principios captados únicamente por la luz de la razón poseen un grado menor de evidencia, porque la razón puede ser arrastrada por pasiones y por la naturaleza pecaminosa del hombre. El grado de evidencia es menor en la más alejada aplicación de estos principios a las circunstancias de la vida. Así, por ejemplo, del octavo mandamiento (no robarás) se sigue que un depósito debe restituirse. Pero esta aplicación es únicamente válida como regla general. Puede haber excepciones de acuerdo con las circunstancias. Es menester dar al legislador una libertad considerable en la formulación del derecho positivo. El derecho natural no determina más que un marco, y no basta con que el derecho positivo sea simplemente justo, sino que también ha de ser beneficioso, esto es, tiene que servir las necesidades de la gente. Pero las necesidades cambian al ritmo de las ideas, costumbres y circunstancias económicas; en realidad se modifican con el conjunto de la civilización misma, que varía en el tiempo y en el espacio. Y por ello el derecho también tiene que cambiar.

Resultará claro que aunque Aquino dio al derecho natural un contenido más firme, al incorporar los dogmas fundamentales de la moral cristiana (por ejemplo, la indisolubilidad del matrimonio), está lejos de un racionalismo abstracto que busca deducir mediante la razón una solución para cada cuestión específica concreta. Hay así mucho lugar en su construcción para una forma sociológico-realista de la política jurídica. Lo mismo ocurre con el tomismo de hoy. Si dejamos a un lado lo metafísico y lo dogmático, por lo tanto, hay posibilidades favorables para un entendimiento entre esta tendencia y un estudio realista del derecho.

<sup>27</sup> Confróntese HENRI ROMMEN, *Le droit naturel*, 1945, 72 y sigs.

LV RACIONALISMO <sup>28</sup>

A medida que la influencia teológica sobre el pensamiento fue declinando gradualmente, el derecho natural, salvo en su desarrollo por la tradición católica ortodoxa, se fue secularizando. Los siglos XVII y XVIII fueron la era del racionalismo y del iluminismo, y, al mismo tiempo, el período de esplendor de los grandes sistemas de derecho natural. El derecho natural llegó a ser la filosofía práctica fundamental de toda una época, el pensamiento dominante no solo en los estudios jurídicos y en la filosofía moral, sino también en la economía y en la política. Se despojó de su atuendo teológico y adoptó el ropaje de la ciencia pura, auxiliada por el método matemático-deductivo que fue el gran descubrimiento de la época. Los fundamentos de esta tendencia fueron puestos por el holandés Hugo Grotius (*De jure belli ac pacis, libri tres*, 1625), pero no fue sino en la segunda mitad del siglo cuando el derecho natural alcanzó la cumbre de su desarrollo en los grandes sistemas de Baruch Spinoza, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Jean Barbeyrac, Christian Wolff y otros. Un énfasis político particular apareció en el derecho natural de Tomás Hobbes, el defensor radical del poder absoluto, y también en la obra de John Locke y Jean Jacques Rousseau, los dos fundadores de la democracia moderna. Locke fue el padre ideológico de la Revolución norteamericana, Rousseau de la Revolución francesa. Estas dos grandes revoluciones representaron el triunfo de la idea del derecho natural respecto de la liberación del individuo, invocando los derechos inalienables de la libertad y los derechos inalienables del hombre. Estos derechos hallaron su expresión en la Declaración de Independencia norteamericana de 1776 y en Francia, en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, adoptada como introducción a la Constitución de 1791. El proyecto del Código de Napoleón comenzó con la notable frase siguiente, que contiene el credo de la revolución en forma abreviada: "Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives; il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes". (Existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas; es la razón natural que gobierna a todos los hombres).

El último gran nombre de esta era es el de Emmanuel Kant. Pero particularmente hacia el final del período hubo una proliferación de autores y sistemas menos conocidos. No es una exageración

<sup>28</sup> Confróntese ALF. ROSS, *Kritik der sogenannten Praktischen Erkenntnis*, 1883, cap. VI, 5.

decir que se hizo casi obligatorio que todo autor que se respetara elaborase un sistema propio.

La característica principal y más obvia del nuevo derecho natural fue, tal como se expresó ya, su naturaleza secular y no teológica. Esto se hace patente en la famosa afirmación de Grotius de que el derecho natural seguiría siendo válido aun cuando se sostuviera —y esto sería un crimen horrible— que Dios no existe (*etsi Deus non daretur*). El derecho natural se desarrolló ahora sin ningún apoyo en la teología y en la revelación, únicamente en base a la naturaleza humana.

En sí esto no hubiera significado mucho. Los escolásticos tomaron también a la naturaleza humana como fundamento, y la interpretación de las órdenes de la naturaleza no difiere mucho si se le añade o elimina la noción de Dios. Pero lo que es nuevo es precisamente el método mediante el cual el derecho natural es deducido de la naturaleza humana. El factor nuevo y crucial es la orgullosa confianza de haber hallado un método científico incontrovertible en remplazo del remiendo semiteológico y semiempírico de los tiempos pasados. Este es el método deductivo o geométrico de Descartes. Se consideró que se habían descubierto los medios para elevar a la filosofía al mismo nivel científico que las matemáticas. Todo lo que hacía falta, era hallar un punto de partida seguro en una serie de axiomas indubitablemente verdaderos (evidentes).<sup>29</sup> El resto solo sería lógica, deducción, tal como todas las matemáticas no son más que deducción basada en un sistema de axiomas. En el ámbito de la filosofía jurídica esto significaba que, partiendo de algunos pocos principios de absoluta claridad y evidencia, captados a través de la meditación sobre la naturaleza del hombre, sería posible deducir un sistema jurídico completo. Este es el orgulloso y esperanzado programa del racionalismo.

Fue llevado a cabo concienzudamente. Tomando como punto de partida la ley de la sociabilidad, que emana de la naturaleza social del hombre y que lo lleva a unirse con sus semejantes en una vida comunitaria pacífica, se dedujo un amplio sistema de reglas jurídicas, a menudo hasta los detalles más minúsculos.<sup>30</sup> Este sistema fue dividido en disciplinas, tal como el derecho positivo. De esta manera el derecho natural llegó a ser no una mera colección de algunas ideas importantes o dogmas, sino un sistema jurídico detallado semejante al del derecho positivo. Así en los sistemas de

<sup>29</sup> Descartes tomó como punto de partida la célebre proposición "cogito ergo sum".

<sup>30</sup> K. D. A. Roeder cita como contravenciones elementales al derecho natural: entrar sin ser invitado, hacer viajes penosos, los stocks de cuero duro que usan los soldados. Véase *Grundzügen des Naturrechts*, 2ª. ed., 1863, II, 82, 91, 98.

derecho natural podemos hallar reglas sobre los contratos, la adquisición de la propiedad, el matrimonio, la herencia, el gobierno, etc., todas expuestas con un carácter explícito y pormenorizado, que hacen del derecho natural un sistema en la misma escala que el derecho positivo.

Otro factor llegó a tener una enorme y funesta importancia. Mientras el derecho natural fue concebido como compuesto únicamente por unas pocas máximas abstractas generales (tal como en verdad había ocurrido en toda la filosofía previa), no hubo peligro de que el derecho natural y el derecho positivo pudieran ser confundidos. Aun cuando había, por cierto, una conexión entre ellos, en la medida en que el derecho positivo derivaba su validez del derecho natural, resultaba claro, sin embargo, que este último no se dirigía a las mismas personas que el primero. Porque el derecho natural contenía los principios morales y jurídicos que obligaban al legislador. El acatamiento de éste al derecho natural era condición para que sus órdenes constituyeran un mandato jurídico verdaderamente obligatorio, y no el simple imperio de la violencia. El derecho poseía también, además de su carácter compulsivo, una validez moral más alta. El derecho natural establecía los principios supremos que eran la fuente de esta validez. El derecho natural tenía así una naturaleza moral o político-jurídica, aun cuando no se hiciera distinción fundamental entre la moral y el derecho, porque se asumía que era parte de la esencia del derecho ser también moralmente obligatorio, obligatorio en conciencia. La palabra "moral" debía ser entendida, en consecuencia, como que designaba aquella validez que el derecho y la moral, en sentido restringido, tienen en común, en contraposición con el carácter específico del derecho como orden de compulsión. Por otra parte, jamás se consideró al derecho natural como un conjunto de reglas dirigidas a los ciudadanos para regular sus relaciones recíprocas en términos de derechos y deberes. Prueba de ello es que el derecho natural fue siempre considerado como *derecho* o *ley* natural, nunca como un conjunto de derechos naturales.

En el siglo XVIII las cosas fueron distintas. Una vez que hubo comenzado el proceso de deducir un sistema jurídico completo sobre base jusnaturalista, la consecuencia inevitable fue que se consideró al derecho natural como un conjunto de derechos y deberes que tienen una aplicación válida directa a los ciudadanos en sus relaciones recíprocas, tal como ocurre con el derecho positivo. El derecho natural dejó de ser una disciplina moral y se transformó en una genuina disciplina jurídica. Esto es, que en lugar de la idea lógicamente no irrazonable de que el derecho positivo estaba sometido a ciertos principios morales que eran condición para su fuerza moralmente obligatoria, los hombres fueron inducidos a admitir una duplicación del sistema jurídico: por detrás o por

encima de las relaciones jurídicas fácticas (expresadas principalmente en la categoría "derecho subjetivo") existía otro conjunto de derechos subjetivos, los derechos naturales. De acuerdo con esta idea se llegó a una distinción tajante entre el derecho y la moral. El concepto de derecho subjetivo, cabe recordar, está unido a la experiencia del poder ejercido mediante la maquinaria estatal de compulsión. El concepto de derecho subjetivo es un concepto de derecho positivo. Sin embargo, puesto que el derecho natural era ahora también concebido como formado por derechos subjetivos, la consecuencia fue que todo el derecho, tanto el natural como el positivo (en contraste con la moral), fue caracterizado por el poder de compulsión.

De esta manera, en consecuencia, se creó una infortunada duplicación del sistema jurídico: la concepción de un sistema de derechos subjetivos más altos, situado detrás o encima del sistema de derechos subjetivos positivos. Mientras que el derecho natural había sido hasta ese entonces una concepción moral-filosófica que los juristas podían aceptar o rechazar sin que ello tuviera efectos notables para la ciencia del derecho positivo, el nuevo aparato conceptual creó una confusión que ha dejado marcas profundas en todo el pensamiento jurídico hasta el día de hoy (par. LXI).

El contenido ideológico de las exigencias jusnaturalistas de reforma fue determinado, particularmente en el siglo XVIII, por reclamos del iluminismo en favor de la liberación del individuo frente al poder gubernamental opresivo y frente a la tradición feudal con sus vínculos y sistemas de privilegios. Para hablar en términos de clisé, la ideología del derecho natural se hizo individualista y liberal. El Estado debía interferir lo menos posible en la vida de los ciudadanos. Su acción debía limitarse a preservar la paz interna y externa y a garantizar la propiedad y la libertad contractual. Debían abolirse los privilegios de la nobleza, el poder de las corporaciones (*guilds*) y otras restricciones arbitrarias a la libertad. Esta ideología halló su expresión más notable en Kant, que definió la libertad como el derecho original del hombre y expresó la suprema exigencia del derecho natural en el famoso enunciado —el imperativo categórico—: "Una conducta es ilícita si la libertad de realizarla es compatible con la libertad de todas las demás personas de acuerdo con una regla general".<sup>32</sup> Dejando a un lado el hecho de que esta proposición carece de significado, su intención es claramente asegurar un máximo de libertad, restringiéndola únicamente en interés de ésta.

<sup>32</sup> Confróntese Ross, *op. cit.*, cap. IX, 1.

LVI DERECHO NATURAL ENCUBIERTO

Se admite comúnmente que con la reacción conservadora posterior a la Revolución francesa, el derecho natural, por lo menos durante un tiempo, desapareció del escenario intelectual. Las tendencias prevalecientes en la filosofía jurídica y moral, así como en política, durante la restauración y después de ella, parecen confirmar este punto de vista. No se desarrollaron nuevos sistemas de derecho natural, y el concepto mismo pareció haber desaparecido.

En Alemania floreció una filosofía de la historia romántico-conservadora, la que, como reacción a las especulaciones abstractas del derecho natural, centró su atención en la evolución histórica de las instituciones sociales. Savigny y Puchta fundaron la escuela histórica o romántica, cuya tesis básica consistió en afirmar que el derecho ~~no~~ es creado conscientemente por deliberaciones racionales, sino que crece en forma ciega e inorgánica como una expresión del espíritu del pueblo y de la conciencia jurídica popular. La costumbre, y ~~no~~ las leyes, es, por lo tanto, la fuente suprema del derecho.<sup>33</sup>

En Francia, Comte echó las bases del positivismo,<sup>34</sup> en un programa dirigido a fundar la política, en forma científica, en las leyes que rigen a las comunidades y su evolución (*sociología*). Además de esto, los juristas franceses, tras la aprobación del gran Código Civil, el Código de Napoleón de 1804, perdieron interés en reclamos político-jurídicos de reforma, y, con ello, en el derecho natural. Su interés se concentró en el derecho positivo; el Código y su interpretación.<sup>34</sup>

En Inglaterra, por último, hallamos también tendencias histórico-conservadoras correspondientes (Burke). Fue, sin embargo, Bentham, el fundador del utilitarismo, quien ejerció mayor influencia.<sup>35</sup> A pesar de su tendencia liberal y de su método abstracto a-histórico, que se asemejaba a la tendencia y al método de la filosofía del derecho natural del siglo XVIII, Bentham fue el opositor más fanático del derecho natural, y quien, con celo y pasión no superados, denunció la idea de los derechos naturales a la que calificó de mera ilusión. Bentham quiso construir una doctrina moral exclusivamente sobre la base del principio de utilidad, esto es, fundada en el criterio de la mayor felicidad (placer) para el

<sup>32</sup> Confróntese Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, cap. V.

<sup>33</sup> Confróntese ALF Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, cap. VI, 6.

<sup>34</sup> Confróntese Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, cap. II, 3.

<sup>35</sup> Confróntese Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, cap. IV, 1; *Why Democracy?* 1952, 49 y sigs.



mayor número. A través del filósofo del derecho John Austin, fundador de la llamada escuela analítica, ejerció una influencia decisiva sobre el pensamiento jurídico inglés.<sup>36</sup>

Con todo, la idea de que el derecho natural se convirtió en cosa del pasado es errónea, a menos que limitemos ese concepto a las teorías racionalistas de los siglos XVII y XVIII. Si incluimos bajo el rótulo de [derecho natural] como hemos hecho aquí, todas las teorías jurídicas metafísicas que son también político-jurídicas, es decir, que suministran un criterio para la corrección o justicia del derecho, entonces el derecho natural, aunque bajo otro nombre, sobrevivió y prosperó a lo largo del siglo XIX; debería llamárselo, realmente, derecho natural encubierto. El siglo XIX, sin embargo, se consideró hostil al derecho natural porque, desde la perspectiva contemporánea, éste era identificado con las tendencias que habían prevalecido en los dos siglos precedentes. La reacción no fue en realidad contra el derecho natural como tal, sino contra el racionalismo, el individualismo y el liberalismo que habían caracterizado a la filosofía del derecho natural en el periodo inmediatamente anterior. Tanto el historicismo como el positivismo siguieron líneas de pensamiento que eran bien conocidas por el derecho natural más antiguo. No pueda decirse lo mismo con igual justificación respecto del utilitarismo de Bentham, aun cuando pretendió derivar la moral de la naturaleza del hombre, de su tendencia a la felicidad o al placer. Veremos, sin embargo, que ciertas ideas de característico origen jusnaturalista se injertaron en el utilitarismo durante su evolución en el siglo XIX.

El historicismo<sup>37</sup> afirma que la historia es el criterio del bien o de lo bueno. En la historia de la humanidad aparecen fuerzas que, siguiendo una necesidad interna, conducen a aquélla hacia su meta. La moral, en consecuencia, no puede ser excogitada por el razonamiento de un individuo, sino que hay que hallarla en el desenvolvimiento histórico de las instituciones sociales y jurídicas. Las cosas existentes son también en su esencia las cosas buenas. El juicio de la historia es también un juicio moral. La historia es el paso de Dios por el mundo.

Comparada con lo que dijimos más arriba, esta línea de pensamiento es una nueva variante de la doctrina aristotélico-tomista de que el bien es idéntico a la esencia de las cosas y está determinado por la tendencia a una meta, inherente a todo lo que existe. La única diferencia es que ahora, en lugar del individuo y de la naturaleza humana, se introduce a la humanidad y a su historia como el sujeto cuyo ser y tendencia determinan lo que es bueno.

<sup>36</sup> Confróntese Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, cap. IV, 3-8.

<sup>37</sup> Confróntese Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, cap. XII.

Se desarrollaron muchas variantes de esta idea, pero ninguna con más fantástico desatino que la famosa filosofía de Hegel.<sup>38</sup> Este considera que la esencia íntima de la existencia es la razón, el espíritu absoluto, y que la historia es un tipo de operación lógica gigantesca en la que la razón o Dios se piensan a sí mismos en un peculiar proceso triádico. Primero se formula un concepto o tesis; éste origina su propia contradicción; luego ambos se funden en una unidad más alta, y el juego continúa con una nueva tesis que se desarrolla de la misma manera. Hegel afirmó que con este esquema podía interpretar todo lo existente y deducir los resultados más sorprendentes.<sup>39</sup> En política su filosofía condujo a una interpretación de la historia con arreglo a la cual el pueblo alemán ha sido elegido para realizar el propósito último de Dios respecto de lo existente, y el Estado prusiano de 1821 aparece como un modelo del verdadero Estado. En el campo de la filosofía moral y jurídica Hegel formuló la muy citada frase: "Was vernünftig ist, das ist wirklich, und was wirklich ist, das ist vernünftig" (Lo que es racional es real; y lo que es real es racional). Con esto Hegel no quiso decir, naturalmente, que todo lo que de hecho existe es también válido y bueno. Su idea era que la razón individual del hombre no puede excogitar lo que es moral; ello se revela en las instituciones históricas de la moral objetiva: la familia, la comunidad civil, y el Estado en sus características fundamentales, en la interpretación que a su concepto o idea da Hegel mediante el método dialéctico.

La escuela jurídica histórica no basó sus ideas en Hegel, sino en Schelling.<sup>40</sup> Este volvió a la antigua concepción de una necesidad del destino, e interpretó la historia como una gigantesca tragedia, en la que el individuo cree ser libre, pero es conducido en forma inexorable hacia una meta predestinada. Llevado al campo del derecho esto condujo a la doctrina de que aquél emana, por necesidad del destino, de fuerzas ciegas que se encuentran en las profundidades del espíritu popular. El legislador puede hacer lo que hace el buen jardinero, a saber, estimular el crecimiento natural, pero nada más. Cualquier intervención arbitraria está condenada de antemano al fracaso. Esta es la razón por la cual Savigny, en su famoso escrito, censuró la vocación de legislar, no solo en su tiempo, sino también en cualquier otro.<sup>41</sup>

La sociología de Comte y la política positiva construida sobre

<sup>38</sup> Confróntese *ibid.*, cap. XIII, 4, y el excelente estudio crítico de Hegel hecho por K. R. Popper en *The Open Society and its Enemies*, 1945, II, cap. 12.

<sup>39</sup> Confróntese POPPER, *op. cit.*, II, 25-26.

<sup>40</sup> Confróntese Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, cap. XII, 3.

<sup>41</sup> Confróntese Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, cap. V, 2.

## SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA

ella, están muy cerca de la filosofía de la escuela histórica.<sup>42</sup> Las leyes que Comte cree que pueden ser establecidas para diferentes etapas de la civilización no son causales, sino leyes del destino; constituyen la expresión de una necesidad interna determinada por una meta, una necesidad que simultáneamente determina tanto lo real como lo valioso. En política lo posible es, por lo tanto, en lo principal, también lo necesario. El desarrollo, sin embargo, no sigue totalmente la línea recta de la necesidad. Puede haber desviaciones menores para uno u otro lado. Si el político ha de cumplir su misión, si la política ha de consistir en algo más que gestos impotentes, ella debe completar las tendencias espontáneas de desarrollo. El único poder que tiene el hombre es el de acelerar la necesidad, el de remover obstáculos, reduciendo de esa manera las desviaciones de la línea recta. Mucho de lo que en Francia y en otras partes circuló más tarde bajo el nombre de sociología no es ciencia empírica, sino metafísica jusnaturalista de un tipo similar a la que hemos descrito aquí.

[El libro de Stuart Mill, *On Liberty*, 1859,<sup>43</sup> es un magnífico ejemplo de cómo ideas puramente jusnaturalistas se incorporaron, a pesar del celo de Bentham, a las formulaciones posteriores del utilitarismo. El libro trata de desarrollar el principio que justifica el ejercicio de la fuerza (censura moral o jurídica) por la comunidad o por el Estado contra el individuo. Este principio expresa que el único propósito que justifica la fuerza es impedir que una persona cause daño a otra. Puesto que "daño" no puede ser identificado con cualquier lesión a los intereses, el principio debe querer decir que la libertad es restringida en vista de los derechos opuestos de los demás. Estos derechos tienen que ser forzosamente, puesto que se trata de un principio para la legislación, derechos naturales, y aquí volvemos de nuevo al derecho natural.

Lo mismo aparece aún con mayor claridad en el desarrollo evolucionista del utilitarismo hecho por Spencer.<sup>44</sup> Éste señaló lo imposible que es calcular todas las consecuencias de una acción y su importancia para la felicidad humana. En lugar de ello se pregunta si la acción obedece las leyes de la vida, las que generalmente deciden la tendencia de la acción para promover placer o dolor. Aun cuando estas leyes tienen que derivar de la experiencia, ésta se ha cristalizado de tal manera, a través de la evolución de la humanidad, que las leyes se presentan, a los ojos del individuo, como principios *a priori* evidentes, a saber, los principios de justicia e igualdad. Spencer —sin conocer a Kant— formuló por cuenta

<sup>42</sup> Confróntese Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, cap. VI, 6.

<sup>43</sup> Confróntese *op. cit.*, pág. 191.

<sup>44</sup> Confróntese *op. cit.*, cap. V, 6.

propia la ley de la justicia en forma exactamente igual al principio de Kant. Cada persona, dice Spencer, tiene libertad para hacer lo que quiera, siempre que no viole la libertad igual de los demás. Aquí, nuevamente, este principio solo tiene sentido bajo la presuposición de que la "libertad" de los demás se define en términos de derechos naturales.

De la misma manera, Ihering injertó el principio eterno de la justicia en su utilitarismo social.<sup>45</sup> Ihering consideraba a la comunidad como un organismo vivo independiente, y puso al bienestar social en lugar de la suma de las felicidades individuales. El propósito más alto que determina la moral y el derecho es la seguridad de las condiciones de la existencia de la comunidad. Y éstas están expresadas en las exigencias de justicia. Dado que esta afirmación —frecuentemente hecha por los mismos hombres que reprueban por injusta a la comunidad existente— no puede ser deducida de la experiencia, tiene que ser interpretada como una nueva manifestación del antiquísimo postulado metafísico religioso, que ve en la justicia una ley cósmica que garantiza la victoria de los rectos, de las criaturas de Dios, y asegura la felicidad al hombre virtuoso (Heráclito).

Estos ejemplos bastan para mostrar cómo durante el siglo XIX continuó floreciendo un derecho natural metafísico y una ideología *a priori* de la justicia, encubiertos bajo teorías aparentemente hostiles, que profesaban un empirismo científico. Lo que desapareció junto con el siglo XVIII no fue el derecho natural mismo, sino los sistemas racionalistas. La ideología inherente cambió de color junto con el cambio de clima político. El individualismo fue desplazado en proporción creciente por ideas de tinte social. Se fue advirtiendo gradualmente que la libertad sin restricciones, en particular en el campo de los contratos, no trae únicamente bendiciones consigo, sino también una tendencia a hacer que el poderoso sea más poderoso y el débil más débil, y que, por lo tanto, las regulaciones sociales pueden ser necesarias para proteger a los miembros más débiles de la comunidad.

## LVII EL RENACIMIENTO DEL DERECHO NATURAL

En vista de la situación descrita en el párrafo precedente, no debe sorprender que el derecho natural haya vuelto a prosperar a comienzos del siglo XX, y que se haya extendido desde entonces en tal medida que es común hablar de un renacimiento del derecho natural. Los tremendos sacudimientos en la política y en la economía, que caracterizan este siglo, han estimulado el ansia de hallar algo

<sup>45</sup> Confróntese, *op. cit.*, cap. V, 7.

absoluto en un mundo en disolución y caos. Pareciera que la realidad brutal ha fortalecido el impulso a afirmar los ideales de justicia. La primera guerra mundial alentó poderosamente el derecho natural absolutista. El idealismo francés fue colocado en contraposición a la doctrina alemana del poder, y las doctrinas jusnaturalistas se usaron para justificar los fines bélicos de los aliados y para robustecer la fuerza de resistencia de la población.<sup>46</sup> De la misma manera, las atrocidades de Hitler contribuyeron ciertamente a promover el creciente deseo de confirmar la creencia en los derechos humanos, tal como el régimen de violencia alemán en los países ocupados estimuló el ansia de afirmar en términos absolutos la diferencia entre el derecho y el poder, y de fundamentar el derecho en una idea absoluta.

Sin embargo, el derecho natural que hoy predomina en la mayor parte de la filosofía jurídica no es una resurrección de los sistemas racionalistas del siglo xviii, sino una línea de escolasticismo que ha sido nuevamente tomada. La doctrina de nuestros días y la iluminista difieren típicamente en dos puntos.

En primer lugar, nadie piensa ya en deducir de principios *a priori* reglas específicas sobre mutuo, alquiler, prenda, etc. Tal pretensión ha sido dejada a un lado: solo se postulan ciertos principios fundamentales. Se admite que solo pueden ser complementados adaptándolos a las circunstancias, tomando en cuenta las tradiciones históricas, las condiciones técnicas y económicas, y las necesidades prácticas. Se ha hecho usual hablar de "un derecho natural de contenido variable". Ciertos principios superiores o criterios formales son considerados como eternos e invariables. A veces la relatividad se extiende incluso a estos, de suerte que la doctrina del derecho natural se aproxima a un positivismo histórico-sociológico.

En segundo lugar, el contenido ideológico ha continuado con el desarrollo que comenzó en el siglo xix, alejándose del liberalismo individualista del iluminismo en dirección a una ideología social y colectivista.

En cuanto a la explicación filosófico-metafísica del derecho natural, el siglo xx no ha producido construcciones de particular originalidad, quizá porque los temas posibles están agotados, o porque el talento para la creación de pensamiento metafísico está en mengua. Las tendencias siguientes son todas extensiones, a menudo maceraciones, de elementos bien conocidos.

Para comenzar, tenemos por supuesto el neo-tomismo, que desempeña un papel prominente, en especial en Francia.<sup>47</sup> Profundamente arraigada en la tradición católica, la llamada *philosophia*

<sup>46</sup> Confróntese ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, cap. II, 7.

<sup>47</sup> Con respecto a la doctrina francesa del derecho natural, véase además ROSS, *op. cit.*, cap. II.

*perennis*, el tomismo, ha subsistido a lo largo de los siglos, al margen de los caprichos de la metafísica. Al parecer hoy ha obtenido apoyo incluso fuera de los círculos católicos ortodoxos.

En Alemania, varias tendencias neo-kantianas han desempeñado un papel. Ellas varían en su interpretación de Kant al atribuir importancia a aspectos diferentes de su filosofía. Las distinciones son sutiles y solo pueden ser brevemente indicadas aquí.<sup>48</sup> Una tendencia (la escuela de Marburgo) continuó lo que en Kant se llama formalismo, es decir, la idea según la cual la moral está determinada por el principio de la autonomía de la voluntad: Lo único decisivo es si la máxima según la cual uno actúa es compatible con la idea de una ley universal. Esta idea fue elaborada en la noción de una voluntad pura determinada únicamente por sí misma y no afectada por ningún deseo condicionado por los sentidos. Sobre esta base, que por supuesto carece de todo contenido y que solo por arte de magia puede hacer posible que se llegue a postulados morales, Stammler construyó un derecho natural de factura formalista, vacío y alifonante, que muchos, empero, han considerado profundo. Su postulado básico es la idea de una comunidad de individuos de voluntad libre. A partir de aquí desarrolla una serie de proposiciones básicas sobre derecho justo o correcto, que en realidad son tautológicas.<sup>49</sup> Otra tendencia erige su construcción sobre la idea de Kant de que la ley moral está dada en la conciencia como un "hecho de la razón". Sobre este postulado Leonard Nelson construyó su teoría de la justicia como un equilibrio de intereses sin consideración a las personas (par. LXIV). Nelson ha sido seguido por la escuela holandesa, que busca derivar la ley fundamental de la justicia de un análisis de la conciencia jurídica fáctica.<sup>50</sup>

Las tendencias jusnaturalistas encubiertas del siglo xix han producido nuevos vástagos en el siglo xx. El "positivismo" sociológico ha sido continuado por el francés Duguit. Al igual que Grotius (par. LV), Duguit trata de derivar el derecho (*le droit objectif*) de la solidaridad, el hecho de que el hombre solo puede existir en comunidad con sus semejantes. Aunque Duguit se comporta como el enemigo mortal de la metafísica y del derecho natural, es obvio que su "solidaridad" es un ideal disfrazado, no un hecho, y que su "*droit objectif*" no es más que un nuevo nombre para el "*droit naturel*". En las fases posteriores de su pensamiento, la metafísica aparece en forma definida: la solidaridad es interpretada, en concordancia con la escuela histórica alemana, como conciencia jurídica

<sup>48</sup> En mi libro *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933 cap. X y XI, hay un estudio más completo.

<sup>49</sup> Véase además W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, 2ª ed., 1949, 93 y sigs.; JULIUS STONE, *Providence and Function of Law*, 1946-50, 319 y sigs.

<sup>50</sup> Confróntese ROSS, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, cap. XI.

popular. Por último Duguit se declara de acuerdo con Tomás de Aquino, al aceptar un concepto de (justicia) como componente invariable de la naturaleza humana.<sup>51</sup>

También Hegel ha tenido sus sucesores. Por una parte, su historicismo fue transformado en una filosofía de la civilización más relativista en la que la civilización, con sus cambiantes fases, ocupó el lugar de la razón absoluta (Joseph Kohler, Roscoe Pound).<sup>52</sup> Por otra parte, la divinización del Estado de Hegel y su nacionalismo extremo fueron la materia prima adecuada para desarrollarse en una filosofía del derecho fascista (Julius Binder, Giorgio del Vecchio).<sup>53</sup>

Además de estos representantes de tipos de pensamiento más explícito y significativo, hay también muchos autores que profesan el derecho natural sobre una base ecléctica, o sin preocuparse demasiado por el fundamento filosófico. Un ejemplo de esto lo da el eminente filósofo del derecho francés François Gény, quien combina elementos de sociología con reminiscencias del derecho natural racionalista e inspiraciones de la filosofía mística de Bergson.<sup>54</sup> Las numerosas obras de Gény, sin embargo, se ocupan menos de la explicación filosófica de los factores racionales e ideales en el derecho, que de su elaboración por la ciencia jurídica y por los jueces.

15

<sup>51</sup> Confróntese Ross, op. cit., cap. V, 5, y *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, cap. II, 5.

<sup>52</sup> Confróntese Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, cap. XIII, 6. Con respecto a Kohler, véase JULIUS STONE, *Province and Function of Law* (1948-50), cap. XIII; respecto de Pound, véase op. cit., cap. XV.

<sup>53</sup> Confróntese Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, cap. XII, 6. Respecto de Del Vecchio, véase W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, 2ª ed., 1949, 100 y sigs.

<sup>54</sup> Confróntese Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, 52-63.

## CAPÍTULO XI

### ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO NATURAL

#### LVIII PUNTOS DE VISTA EPISTEMOLÓGICOS

Una crítica penetrante de la filosofía del derecho natural conduciría a profundidades que están más allá de los límites de una teoría general del derecho.<sup>1</sup> Pero quizá una ojeada a la historia del derecho natural nos será de más ayuda que la argumentación epistemológica para ver la arbitrariedad y vaguedad de la especulación metafísica. Hablando estrictamente, las aseveraciones metafísicas no admiten ser refutadas, precisamente porque ellas se mueven en una esfera que está más allá del alcance de la verificación. Hay que aprender simplemente a pasarlas por alto como algo que no tiene función o lugar legítimo en el pensamiento científico. ¿Ha probado alguien que no es Zeus o las diosas del destino quienes guían el curso del Sol? Todo lo que podemos decir es que la astronomía moderna se las arregló sin esta presuposición. Asimismo, el modo más efectivo de derrotar a la metafísica en el derecho es simplemente crear una teoría jurídica científica cuya autosuficiencia relegue a las especulaciones metafísicas al olvido, junto con otros mitos y leyendas de la infancia de la civilización.

La historia del derecho natural revela dos puntos salientes: la

<sup>1</sup> En mi libro *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, he intentado mostrar que la concepción misma de un conocimiento práctico (por ejemplo, tal como es postulado en la filosofía moral y jurídica corriente) contiene una contradicción lógica que se refleja a su vez en las dos categorías en las que se presenta el conocimiento práctico, a saber, la idea del bien y la idea del deber. La filosofía del derecho natural está predominantemente concebida según la categoría del bien. Véase también par. LXX.

arbitrariedad de los postulados fundamentales sobre la naturaleza de la existencia y del hombre; y la arbitrariedad de las ideas jurídico-morales desarrolladas sobre ese fundamento. El derecho natural busca lo absoluto, lo eterno, que hará del derecho algo más que la obra de seres humanos y librerá al legislador de las penurias y responsabilidades de una decisión. La fuente de la validez trascendente del derecho ha sido buscada en una mágica ley del destino, en la voluntad de Dios, o en una captación racional absoluta. Pero la experiencia muestra que las doctrinas que los hombres han construido sobre estas fuentes, lejos de ser eternas e inmutables, han cambiado con arreglo al tiempo, al lugar y a la persona. El noble mantó del derecho natural ha sido usado en el curso del tiempo para defender todo tipo concebible de exigencias, que surgen obviamente de una situación vital específica o que se encuentran determinadas por intereses de clase económico-políticos, por la tradición cultural de la época, por sus prejuicios y aspiraciones. En resumen, para defender todo aquello que constituye lo que se llama generalmente una ideología.

¿Es una exigencia de la naturaleza que los hombres sean entre sí como hermanos, o es ley de la naturaleza que el fuerte impere sobre el débil, y que por ello la esclavitud y las diferencias de clase sean parte de lo que Dios ha querido para el mundo? Ambas proposiciones han sido afirmadas con el mismo sustento y el mismo "derecho"; porque nadie podría elegir entre estos absolutos, salvo mediante una afirmación absoluta por encima de toda argumentación racional: esto es así, porque yo sé que es así. La ideología de la igualdad fue predicada por los sofistas en el siglo v antes de Cristo y por Rousseau en el siglo xviii como expresión de las aspiraciones políticas de una clase; también fue sostenida por los estoicos y por los cristianos, pero aquí sobre un trasfondo de religión, sin intención política. Platón, por su parte, postuló la innata desigualdad de los hombres y abogó por la esclavitud y por una comunidad estrictamente dividida en clases. Aristóteles lo siguió en lo relativo a la justificación natural de la esclavitud, y desde entonces el postulado de la desigualdad natural de los hombres ha sido el punto de partida de muchas doctrinas jusnaturalistas conservadoras y de teorías orgánicas o totalitarias de gobierno.

Carl Ludwig von Haller, profesor suizo de derecho constitucional de comienzos del siglo xix, sostiene que es ley de la naturaleza que el fuerte deba gobernar al débil, el marido a la mujer, el padre al hijo, el jefe a sus hombres y el maestro a sus alumnos.<sup>2</sup> De la misma manera, Thomas Dew, teórico político norteamericano, declaró que "está ordenado por la naturaleza y por Dios que el ser que tiene mayor capacidad y sabiduría y, por lo tanto, mayor poder,

<sup>2</sup> *Restauration der Staatswissenschaft*, 1816.

debe mandar al que es inferior". Sobre esta base Dew apoyó la institución de la esclavitud en los Estados del Sur, y otros llegaron a sostener que la esclavitud asegura los derechos naturales de los esclavos. La libertad en su sentido verdadero no es licencia. "Por esta razón la esclavitud asegura a los esclavos sus derechos naturales y les otorga libertad real en la medida en que son capaces de recibirla. Si la institución de la esclavitud se aboliera, los esclavos dejarían de gozar de sus derechos naturales."

En el campo político es bien sabido que el derecho natural, combinado con la doctrina del contrato social, ha sido utilizado con acierto para justificar todo tipo de gobierno, desde el poder absoluto (Hobbes) hasta la democracia absoluta (Rousseau). El derecho natural se ha puesto al servicio de quienes han querido consolidar el orden existente (Heráclito, Aristóteles, Tomás de Aquino y otros), y al de quienes han preferido abogar por la Revolución (Rousseau).

En los campos social y económico el derecho natural del siglo xviii predicó un individualismo y liberalismo extremos. La inviolabilidad de la propiedad privada y la ilimitada libertad contractual fueron los dos dogmas que el siglo xix heredó del derecho natural, dogmas que fueron afirmados en la práctica de los tribunales norteamericanos para invalidar un número de leyes de carácter social. Todavía en 1922 la Suprema Corte de los Estados Unidos (en el caso Adkin<sup>3</sup>) declaró la inconstitucionalidad de una ley del Distrito de Columbia, sobre salarios mínimos para las mujeres, sobre la base de que esta ley —que había sido sancionada para asegurar a las mujeres peor remuneradas un grado mínimo de subsistencia y librarlas de caer en la semi-prostitución— violaba el derecho natural de estas mujeres a contratar libremente. Por otra parte, el derecho natural ha sido utilizado también como fundamento para una moral de la solidaridad (Grotius, Comte y otros "sociologistas") e incluso, en la interpretación de Duguit, para sustentar la negación de todos los derechos individuales y posibilitar un sistema de servicios sociales.

El capítulo dedicado al derecho de familia en los sistemas de derecho natural siempre es entretenido, porque refleja con claridad los prejuicios morales de la época. Para Tomás de Aquino la indisolubilidad del matrimonio ("no comerás adulterio") era, por supuesto, una verdad evidente de la razón. La ridícula aridez del racionalismo se pone de manifiesto en la definición que del matrimonio da Kant, para quien es un contrato entre dos personas de diferentes sexos para la posesión mutua vitalicia de sus potencias sexuales; las relaciones sexuales solo son permitidas dentro del matrimonio; si uno de los cónyuges se entrega a un tercero, el otro

<sup>3</sup> 1922, 261 U.S. 525.

tiene invariablemente derecho a "recobrar" la posesión del tránsito, como si se tratara de un objeto material.<sup>4</sup>

Sería fácil continuar, pero permítaseme concluir recordando la epístola de San Pablo a los corintios: "Juzgad por vosotros mismos: ¿Es honesto que una mujer rece a Dios descubierta? ¿No os enseña la naturaleza misma que es deshonesto que un hombre tenga el cabello largo? Pero si una mujer tiene el cabello largo es honroso para ella, porque su cabello ha sido dado como velo."<sup>5</sup>

A semejanza de una cortesana, el derecho natural está a disposición de cualquiera. No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural. Y, en verdad, ¿cómo podría ser de otra manera, toda vez que el fundamento último de todo derecho natural se encuentra en una captación privada directa, en una contemplación evidente, en una intuición? ¿Por qué mi intuición no ha de ser tan buena como la de los demás? La evidencia como criterio de verdad explica el carácter totalmente arbitrario de las aseveraciones metafísicas. Las coloca por encima de toda fuerza de control intersubjetivo y deja la puerta abierta para la imaginación ilimitada y el dogmatismo.

La variabilidad histórica del derecho natural da sustento a la interpretación de que los postulados metafísicos son meras construcciones para apoyar actitudes emocionales y la satisfacción de ciertas necesidades. Es menester admitir, sin embargo, que la variabilidad no es una prueba decisiva de esa interpretación. Puede argumentarse que las teorías científicas también cambian y que, como decía Tomás de Aquino, la razón puede ser arrastrada por las pasiones, y que no todo lo que aparece como evidente es necesariamente evidencia genuina. Esto, sin embargo, suscita el difícil problema de cuál es el criterio de la genuina evidencia, problema que solo puede ser resuelto mediante una evidencia a la segunda potencia, y así *ad infinitum*.

Un fuerte argumento en favor del punto de vista de que las doctrinas jusnaturalistas son construcciones arbitrarias y subjetivas, es que la evidencia no puede ser un criterio de verdad. Lo que queremos decir al llamar a una proposición verdadera es, obviamente, algo distinto del hecho psicológico de que la aseveración de la proposición va acompañada de un sentimiento de certeza. La afirmación de que la evidencia garantiza la verdad de una proposición no puede ser, en consecuencia, analíticamente verdadera, esto es, una definición de lo que significa "verdad". Tiene que ser tomada sintéticamente, es decir, como que afirma que el sentimiento de evidencia se da siempre conjuntamente con el estado de cosas que hace verdadera la proposición. Pero, ¿qué prueba tenemos de que

<sup>4</sup> KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, par. 25.

<sup>5</sup> I. Corintios, cap. 11, 13-15.

estos dos fenómenos van siempre juntos? Ninguna. Es cierto que un sentimiento de evidencia acompaña muchas aseveraciones verdaderas, pero no hay razón alguna para que el mismo sentimiento no vaya unido también a errores y falacias. La firme creencia en la verdad de una proposición necesita siempre estar justificada y jamás puede ser su propia justificación.

La variabilidad histórica no es de por sí decisiva. El argumento invocado vale con independencia de ella. Aun cuando todos admitiéramos la misma interpretación del derecho natural, incluso aunque estas ideas prevalecieran en nosotros con el automatismo de leyes de la naturaleza, la crítica quedaría todavía en pie. Si bajo la influencia de alguna droga toda la humanidad viera visiones, estas fantasías no serían verdaderas, en la medida en que por verdad significamos algo distinto de la coerción psicológica.

#### LIX PUNTOS DE VISTA PSICOLÓGICOS

Las consideraciones psicológicas complementan la crítica epistemológica. El cuadro se hace más claro si comprendemos no solo que las especulaciones metafísico-morales son vacías y carentes de sentido, sino también cuáles son las razones que hacen que los hombres persistan en ellas.

La fuerza de atracción de la metafísica en el campo de la moral y de la religión es el temor a las vicisitudes de la vida, a la transitoriedad de todas las cosas, a la inexorabilidad de la muerte, o, a la inversa, el deseo de lo absoluto, de lo eternamente inmutable que desafía la ley de la corrupción. Este temor, en cuestiones morales, está asociado al temor de tener que elegir y decidir en circunstancias cambiantes y bajo nuestra propia responsabilidad. Es por ello que al buscar justificación para nuestras acciones en principios inmutables que están fuera de nosotros, tratamos de liberarnos del peso de la responsabilidad. Si hay una ley, independiente de nuestras elecciones y arbitrio, que nos ha sido dada como verdad eterna basada en la voluntad de Dios, o mediante una captación *a priori* de la razón, y que nos dicta el curso de acción "correcto", entonces, al obedecer esta ley universal, no somos más que dóciles piezas de un orden cósmico y quedamos liberados de toda responsabilidad.

El deseo de lo absoluto que nos libere de responsabilidad y nos traiga paz tiene en la vida moral del hombre las mejores condiciones para transformarse en creencias metafísicas, difíciles de ser refutadas por el pensamiento crítico. La razón de todo esto se halla en el peculiar mecanismo psicológico del cual emana la conciencia moral, que se presenta en una serie de impulsos imperativos, aparentemente ciegos. Puesto que estos impulsos se hacen sentir en



forma independiente de nuestras necesidades y deseos conscientes, ellos pueden muy bien imponer en nosotros la idea ilusoria de que en nuestra conciencia se oye una voz o una ley que nos habla de una "validez" o "corrección" radicalmente distinta e independiente de nuestra naturaleza física, de sus instintos y deseos. A partir de aquí queda abierta la vía para toda suerte de construcciones metafísicas sobre la naturaleza de la validez moral y el contenido de la ley moral.

Pero tal como una ilusión de los sentidos se desvanece cuando observo el objeto de ella más claramente, así también la ilusión de la conciencia moral desaparece ante una observación psicológica más intensa. No puedo hacer aquí un examen más completo del mecanismo psicológico que da lugar a la conciencia moral.<sup>6</sup> Aquí solo puedo señalar que la conciencia moral con su *pathos* místico es como maná del cielo para quien tiene hambre metafísica; y que, después de todo, ello no es tan místico que no pueda ser explicado científicamente sobre una base psicológica.

Lo que se ha dicho aquí sobre la moral y la conciencia moral vale para el derecho y la conciencia jurídica. El derecho, también, es vivido (*experienced*) como válidamente "obligatorio", esto es, como algo que obedezco, no meramente en razón del temor a la compulsión externa (la sanción), sino también en razón del respeto hacia la autoridad interna (validez) del derecho. La conciencia jurídica, por lo tanto, al igual que la conciencia moral, origina interpretaciones supraempíricas. El derecho natural y la filosofía moral están conectados estrechamente, ya sea que se conciba al derecho natural como una parte de la moral, o como una independiente región de la ética, coordinada con la moral.

#### LX. PUNTOS DE VISTA POLÍTICOS

Desde el punto de vista político, el derecho natural puede ser conservador, evolucionista o revolucionario. Por supuesto, su orientación política no puede ser invocada como un argumento en favor o en contra de la plausibilidad "teórica" de la doctrina del derecho natural, pero las opiniones políticas de una persona determinarán su simpatía o su oposición respecto de la doctrina.

Aunque se dan los tres tipos, en el curso de la historia el derecho natural ha cumplido en forma primordial la función conservadora de dar al poder existente un halo de validez. El derecho natural es primera y principalmente una ideología creada por quienes se

<sup>6</sup> Para un estudio más completo, véase ALF ROSS, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, cap. III, 8, VII, 1 y XIII; 1.

encuentran en el poder —los estadistas, los juristas, el clero— para legitimar y robustecer su autoridad.<sup>7</sup>

Un derecho natural que en su origen fue revolucionario se transforma regularmente en conservador una vez que han prevalecido las clases sociales cuyos intereses sostiene. El derecho natural individualista y liberal que condujo a la Revolución norteamericana es ejemplo de ello. Los principios referentes a la propiedad, a la libertad económica y a la libertad contractual, que hicieron posible la tremenda expansión de la comunidad norteamericana en la primera parte del siglo XIX, se transformaron en las postrimerías de éste en un poder reaccionario que, para preservar las ventajas de las clases acaudaladas, obstruyeron la evolución hacia la nivelación y el bienestar sociales. La Suprema Corte de los Estados Unidos usó su poder constitucional, forzando a menudo su interpretación de la Constitución, para invalidar una serie de leyes inspiradas por las necesidades de esta evolución, pero que se hallaban en conflicto con los principios jusnaturalistas de libertad.<sup>8</sup> Esto ocurrió, por ejemplo, con las leyes que regulaban la jornada de trabajo o fijaban salarios mínimos; con las leyes sobre el trabajo de los menores en las minas y en las fábricas; con las leyes que prohibían a los empleadores interferir con la afiliación de los empleados a los sindicatos; con las leyes que restringían los ilimitados derechos del propietario, etc. Incluso una ley que establecía un modesto impuesto a los réditos fue invalidada por la Corte Suprema (1895), con el resultado de que no se pudo aprobar ninguna ley de ese tipo hasta que se introdujo una enmienda constitucional en 1913.<sup>9</sup> Esta batalla contra los principios sociales progresistas alcanzó culminación dramática cuando, después de la gran depresión de 1929, el Presidente Roosevelt inició su New Deal en la década 1930-1940. La Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de diversas leyes dirigidas a una restauración constructiva de la vida económica del país, y el Presidente se encontró con que no podía hacer otra cosa que quebrar la resistencia de la Suprema Corte mediante la designación de un número suficiente de nuevos miembros partidarios del progreso. En 1937 el Presidente sometió al Congreso un plan de reforma ge-

<sup>7</sup> Esto no debe ser tomado al pie de la letra como si la ideología hubiera sido inventada deliberadamente para este propósito. La relación entre la ideología y el interés es más sutil.

<sup>8</sup> CHARLES GROVE HAINES, *The Revival of Natural Law Concepts*, 1930, trae un buen estudio del tema. Véase también JULIUS STONE, *Province and Function of Law*, 1946-50, cap. IX; W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, 2ª ed., 1949, cap. 9.

<sup>9</sup> Fue Cordell Hull, más tarde Secretario de Estado de los Estados Unidos durante la segunda guerra mundial, quien a partir de 1907 luchó por la implantación del impuesto a los réditos y finalmente tuvo éxito al conseguir que se introdujera la necesaria enmienda constitucional. Véase CORDELL HULL, *Memoirs*, 1948, I, 48-50, 58-61, 70-71.

## SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA

neral de la organización de los tribunales, cuyo propósito real, aunque velado, era posibilitar la designación de seis nuevos ministros de la Suprema Corte. El plan suscitó una violenta oposición y nunca fue llevado a cabo. Durante algún tiempo había habido una creciente minoría dentro de la Suprema Corte que quería seguir al gobierno en su política económica. Este grupo ganó ascendiente, quizás como resultado de la amenaza presidencial de aumentar el número de jueces, pero no se adoptaron medidas drásticas. Desde alrededor de 1937 la Corte Suprema de los Estados Unidos ha aceptado la nueva ideología económica y limitado el ejercicio de su poder de revisión judicial en relación con leyes del Congreso. Desde entonces solo en un caso una ley del Congreso ha sido declarada inconstitucional.<sup>10</sup>

## LXI PUNTOS DE VISTA DE LA TEORÍA JURÍDICA

Mientras el derecho natural fue simplemente una filosofía moral para justificar el derecho positivo y para guiar al legislador, no pudo perturbar seriamente el pensamiento jurídico genuino. Sus postulados de que el derecho debe estar de conformidad con la naturaleza del hombre o con los principios de justicia, no impidían por sí solos un tratamiento realista de los problemas de política jurídica (par. LIV). En razón de su generalidad los principios supremos no fueron otra cosa que una amplia capa que daba al derecho un ropaje moral, sin importar necesariamente una restricción a la libertad de pensamiento.

Tal como señalamos en el párrafo LV, el racionalismo introdujo un cambio decisivo en esta situación. El derecho natural que era una filosofía moral se convirtió en una disciplina jurídica. El racionalismo duplicó el sistema jurídico, porque concibió al derecho natural como un conjunto de derechos naturales por encima o por detrás de los derechos subjetivos positivos. A diferencia de las meras especulaciones de la filosofía moral, esta duplicación del sistema jurídico se tradujo en una confusión de conceptos, y en el deterioro definitivo del análisis jurídico y del tratamiento de los problemas político-jurídicos.

La médula del concepto de derecho en sentido subjetivo ha sido siempre la idea de una potestad de coerción. La realidad que corresponde a esta idea es la potestad del titular del derecho de iniciar procedimientos y por esa vía poner en movimiento la maquinaria jurídica, con el resultado de que el poder político es ejercido

<sup>10</sup> United States v. Lovett, 328 U.S. 303, 319, (1946), cf. BERNARD SCHWARTZ, *American Constitutional Law* 1955, 212.

en su beneficio (par. XXXIX y XXXIII). Cuando también el derecho natural es concebido según la categoría del derecho en sentido subjetivo y, de esa manera, como una potestad de coerción —y tal fue la doctrina prevaleciente en el siglo XVIII— surge la pregunta: ¿a qué tipo de coerción nos referimos aquí? Obviamente no puede ser la coerción ejercida a través de la maquinaria estatal, porque ella se aplica a los derechos subjetivos del derecho positivo. Tampoco queremos decir que el titular de un derecho subjetivo natural está moralmente autorizado a hacer uso de la fuerza, porque en tal caso el derecho natural se disolvería en una doctrina moral. Es inherente a la construcción que la fuerza que está en juego solo puede ser aquí la que emana de potencias espirituales ocultas, un dominio invisible más allá de la realidad empírica.<sup>11</sup>

Aun cuando este misticismo espiritual nunca ha recibido una expresión clara y desembozada, está implícito en toda la línea de pensamiento. Se pone de manifiesto en una concepción invertida de la relación entre el derecho subjetivo y la sanción, que es nuestro legado de la era del derecho natural y que todavía vicia el pensamiento de juristas que se consideran positivistas. La relación real es que el derecho subjetivo no es más que la unidad superimpuesta en una totalidad de reglas jurídicas (par. XXXV). Porque está en vigencia un conjunto de reglas que me autorizan, en razón de ciertos hechos, a reclamar daños, restitución, etc., soy propietario. Pero en el punto de vista jusnaturalista la relación queda invertida. La facultad de reclamar daños y perjuicios, por ejemplo, se funda en el hecho de que se ha trasgredido mi derecho. El daño, en principio, justifica la facultad de reclamar reparación. Del mismo modo todas las otras sanciones se presuponen dependientes de trasgresiones previas a los derechos subjetivos materiales de otra persona. De esta manera se hace imposible un examen realista de la función social del pago de daños y perjuicios o de otras instituciones jurídicas. Solo en tiempos recientes, particularmente en la literatura jurídica escandinava, ha sido posible eliminar esta confusión de conceptos. Una buena parte del mérito corresponde, sin duda, al jurista sueco Lundstedt, aun cuando al criticar las ideas vigentes ha incurrido con frecuencia en exageraciones.

Por otra parte, la habitual crítica de que el error del derecho natural consistió en presentar sus propias exigencias ideales como derecho vigente, no es correcta. El derecho natural ha sido típicamente no revolucionario. Ha reconocido expresamente que los ciudadanos deben obediencia a las leyes del país, aunque no estén de acuerdo con el derecho natural. Porque las leyes del país son siempre válidas en razón del contrato social y del principio de pacta

<sup>11</sup> Confróntese ALF ROSS, *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946, II, pág. 1-2.

*sunt servanda.*<sup>12</sup> Esto se hallaba en perfecta concordancia con la teoría política absolutista y con la práctica de la época. Las exigencias liberales de reforma que fueron formuladas en nombre del derecho natural tenían el exclusivo propósito de servir de programa para la legislación. El derecho natural ha sido reformador, evolucionista, no revolucionario.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, PUFFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, (trad. de Barbeyrac), Libro 8, cap. 1, par. 1 y 2. Según Puffendorf la relación entre el derecho natural y el positivo puede ser descrita más acabadamente de la siguiente manera: El derecho natural no basta para asegurar la paz en razón de la debilidad y naturaleza pecaminosa del hombre. Es por ello que por medio del contrato social los hombres se someten a un gobierno que tiene autoridad para sancionar leyes y hacerlas cumplir por la fuerza. Por virtud del contrato y del principio de derecho natural que prescribe lo conveniente, las leyes positivas adquieren su validez natural, esto es, se hacen obligatorias, también a los ojos de Dios. Pero lo que les acuerda plena fuerza ante los tribunales civiles es la autoridad del soberano. Poseen esta fuerza con independencia de su contenido. Solo en caso de que el derecho positivo carezca de una regla, el derecho natural la proporciona. El contenido del derecho positivo consiste primordialmente en los principios fundamentales del derecho natural, de cuya observancia depende la vida pacífica comunitaria entre los hombres. Pero en las normas de derecho positivo estos principios aparecen mezclados con reglas sancionadas para beneficio o conveniencia del estado individual y también con preceptos formales para la implementación técnica de los principios. El derecho positivo comprende, por lo tanto, el derecho natural (justicia), beneficio o conveniencia, y positivities desnudas. Puffendorf, op. cit., libro 1, Cap. 6, par. XII; libro 2, Cap. 3, par. XI; libro 7, Cap. 1, par. XIII; libro 7, Cap. 2, par. VII; libro 8, cap. 1, par. I-II. En consecuencia, la política en tanto que doctrina acerca de lo conveniente, se distingue en forma tajante de la moral (y del derecho), en tanto que doctrina acerca de lo válido y lo racional. Véase libro 1, cap. 2, par. IV.

<sup>13</sup> Esto vale por lo menos para el derecho natural como doctrina jurídica. La posición no fue la misma en las teorías específicamente políticas que, al incluir en el contrato social cláusulas referentes a ciertos derechos de libertad (Locke), o al asignar al contrato social una nueva interpretación (Rousseau), adquirieron un contenido revolucionario. Así, Locke fue el padre ideológico de la Revolución norteamericana y Rousseau el de la francesa.

CAPÍTULO XII

LA IDEA DE JUSTICIA

LXII LA JUSTICIA Y EL DERECHO NATURAL

En la filosofía del derecho natural, la idea de justicia ha ocupado siempre un lugar central. El derecho natural insiste en que en nuestra conciencia reside una idea simple y evidente, la idea de justicia, que es el principio más elevado del derecho como opuesto a la moral. La justicia es la idea específica del derecho. Está reflejada con un grado mayor o menor de claridad o desfiguración en todas las leyes positivas y es la medida de su corrección.

En forma paralela a esta idea, particularmente en la filosofía más antigua, se da otro uso, con arreglo al cual "justicia" significa la virtud suprema, omnicompreensiva, sin distinción entre el derecho y la moral.<sup>1</sup> La justicia, según este modo de ver, es simplemente la expresión del amor al bien o a Dios. En este espíritu debe ser entendido el Sermón de la Montaña: "Bienaventurados los hambrientos y sedientos de justicia; porque de ella serán colmados".

Como principio del derecho, la justicia delimita y armoniza los deseos, pretensiones e intereses en conflicto en la vida social de la comunidad. Adoptando la idea de que todos los problemas jurídicos son problemas de distribución, el postulado de justicia equivale a una demanda de igualdad en la distribución o reparto de las ventajas o cargas. La justicia es la igualdad. Este pensamiento fue formulado en el siglo IV antes de Cristo por los pitagóricos, quienes simbolizaron a la justicia mediante el número cuadrado, en el que lo igual está unido a lo igual. La idea de la justicia como igualdad se ha presentado desde entonces en innumerables variantes.

Las ventajas o cargas a cuya distribución se alude aquí pueden

<sup>1</sup> Véase GIORGIO DEL VECCHIO, *Die Gerechtigkeit*, 1940, 7 y sigs.

ser de tipo diverso; por ejemplo, salarios, impuestos, propiedad, castigo, prestaciones individuales y sociales, o derechos y deberes tal como resultan distribuidos por el orden jurídico. En todos los casos la idea de justicia exige una distribución igualitaria.

La idea de justicia parece ser una idea clara y simple dotada de una poderosa fuerza motivadora. Por todas partes parece haber una comprensión instintiva de las demandas de justicia. Los niños de muy pocos años apelan ya a la justicia si uno de ellos recibe un trozo de manzana más grande que los otros. Se ha sostenido que incluso los animales poseen el germen de un sentimiento de justicia.<sup>2</sup> El poder de la justicia es grande. Luchar por una causa "justa" fortalece y excita a una persona. Todas las guerras han sido libradas en nombre de la justicia, y lo mismo puede decirse de los conflictos políticos entre las clases sociales. Por otra parte, el hecho mismo de esta aplicabilidad casi ubicua del principio de justicia despierta la sospecha de que algo anda mal con una idea que puede ser invocada en apoyo de cualquier causa. El párrafo siguiente estará dedicado a examinar más de cerca la idea de justicia como exigencia de igualdad.

### LXIII ANÁLISIS DE LA IDEA DE JUSTICIA

Si la igualdad es tomada en un sentido absoluto, significa que todos, cualesquiera sean las circunstancias, deberán hallarse exactamente en la misma posición que los demás (a cada uno lo mismo). Ha de resultar obvio, sin embargo, que tal uniformidad absoluta no puede ser lo que se entiende generalmente por justicia. Tal falta de reconocimiento de todas las diferencias reales significaría de hecho que todo el mundo ocuparía una posición jurídica idéntica, sin considerar la edad, el estado civil, si ha cometido un asesinato o no, si ha celebrado un contrato o no. Es claro que nadie ha pretendido jamás asignar a aquella idea este significado.<sup>3</sup>

No puede ser visto como injusto, sino que, por el contrario, tiene que ser uno de los requisitos de la justicia, que se hagan distinciones de manera tal que las ventajas y las cargas, los derechos y deberes, sean distribuidos teniendo en cuenta las circunstancias condicionantes. Los casados y los solteros; los mayores y los menores; los delincuentes y los ciudadanos respetuosos de la ley no pueden tener

<sup>2</sup> Op. cit., pág. 55, con numerosas referencias bibliográficas.

<sup>3</sup> Excepcionalmente "justicia" significa igualdad absoluta que no hace distinciones. Tal es el caso cuando a veces se interpreta a la muerte como el destino igual que a todos nos alcanza sin atender a diferencias mundanas. De algún modo esa idea inspira los cuadros medievales de la Muerte, en los que ésta aparece bailando con hombres de toda clase, con el emperador y el Papa, con burgueses y mendigos.

el mismo *status* jurídico. La demanda de igualdad encierra únicamente la exigencia de que nadie, en forma arbitraria o sin razón suficiente para ello, sea sometido a un trato que difiera del que se acuerda a cualquier otra persona.

La exigencia de igualdad debe ser comprendida, por lo tanto, en un sentido relativo, esto es, como una exigencia de que los iguales sean tratados de la misma manera. Esto significa que, como un requisito previo para la aplicación de la norma de igualdad, y con independencia de ella, tiene que haber algún criterio para determinar qué es lo que ha de ser considerado como igual. En otras palabras, la demanda de igualdad contenida en la idea de justicia no está dirigida en forma absoluta a todos y a cada uno, sino a todos los miembros de una clase determinados por ciertos criterios relevantes. De acuerdo con esto, las diversas formulaciones de justicia para grupos o contextos diversos incluyen —además de la idea de igualdad— una pauta de evaluación, que ha de ser aplicada como un requisito previo a la definición de la categoría cuyos miembros deben ser tratados con igualdad. Algunos pocos ejemplos servirán para ilustrar el punto.<sup>4</sup>

#### A cada uno según su mérito

Esta fórmula es usada con frecuencia cuando se alude a la justicia en esta vida o después de la muerte. El criterio está dado por los méritos morales o el valor moral de una persona, y la idea es que la justicia exige una relación proporcionada entre el mérito y el destino que a uno le espera, en este mundo o en el otro.

#### A cada uno según su contribución

Esta fórmula es sostenida con frecuencia en la teoría política —por el socialismo marxista, por ejemplo, para cubrir el período de transición que precede a la realización plena del comunismo— como el principio en favor de la justa retribución o participación en el producto. La pauta de evaluación es aquí la contribución que cada persona hace a la economía social. La relación es concebida como un intercambio de prestaciones entre la persona y la comunidad. La misma fórmula, sin embargo, es utilizada también por los teóricos que sobre bases individualistas conciben al trabajo y a la retribución como un intercambio de prestaciones entre particulares.

Este principio es aplicado en su forma más pura cuando la retribución es fijada por unidades. La determinación por unidad temporal constituye una adaptación práctica basada en la cantidad promedio de trabajo hecho por hora.

<sup>4</sup> Confróntese PERELMAN, *De la justice*, 1945, 16 y sigs., de donde he tomado los ejemplos citados aquí.

Esta fórmula de justicia es invocada cuando, en nuestros días, las mujeres exigen con frecuencia una retribución igual a la de los hombres por el mismo trabajo. Esto expresa precisamente la idea de que el criterio relevante que determina la clase que reclama tratamiento igual, es la cantidad de trabajo cumplido. Todas las personas que pertenecen a esta clase, tanto las mujeres como los hombres, tienen así título a reclamar la misma retribución.

#### A cada uno según sus necesidades

Esta es la fórmula de justicia según la teoría comunista para la comunidad plenamente socializada. En ella cada uno deberá contribuir de acuerdo con su capacidad y recibir de acuerdo con sus necesidades. El criterio relevante no es, pues, el quantum de la contribución, sino la necesidad. El que es enfermo o débil debe recibir lo que necesita, sin tener en cuenta el hecho de que por esa misma razón hace una contribución pequeña o no presta ninguna.

Mientras que la retribución efectiva en la comunidad moderna, tanto en la socialista como en la capitalista, está basada principalmente en el principio de igual paga por igual trabajo, el principio de necesidad es aplicado en forma creciente en materia de protección social. El principio de necesidad es el fundamento de la idea de que el desocupado, el enfermo, el inválido, el hombre defectuoso, o el jefe de familia, tienen derecho a que se les satisfagan aquellas necesidades que son consecuencia de su posición particular. En cierta medida, el principio de necesidad se aplica también a la retribución; por ejemplo, en las normas sobre salario mínimo, en la diferencia de salarios entre los hombres y las mujeres, en materia de salario familiar, etc. El aumento de retribución del funcionario público en razón de la antigüedad en el servicio, podría también ser considerado como fundado parcialmente en una consideración de necesidad.

#### A cada cual según su capacidad

Este principio de justicia para la distribución de cargas es la contrapartida del principio de necesidad en la distribución de ventajas. Su aplicación típica es la determinación del impuesto a los réditos mediante reglas sobre ingresos mínimos exentos de impuesto, escalas progresivas, deducciones por hijos, etc.

#### A cada uno según su rango y condición

Este principio aristocrático de justicia ha sido sostenido con frecuencia para justificar las distinciones de clase social. Tenemos que recordar que el correlato lógico de la exigencia de igualdad es la exigencia de tratamiento desigual para lo que es desigual a la

luz de la pauta presupuesta de evaluación. En este caso la pauta es la pertenencia a una clase determinada por el nacimiento, la raza, el color, el credo, el idioma, el carácter nacional, las características étnicas, el *status* social, etc. Sobre la base de este principio es justo que se haga una distinción entre el amo y el esclavo, entre la gente blanca y la gente de color, entre la nobleza y los campesinos, entre la raza superior y la raza sometida, entre la nación imperial y los nativos, entre los creyentes ortodoxos y los herejes, entre los miembros del partido y quienes no lo son. Formulaciones de este tipo se encuentran especialmente en las teorías orgánicas o totalitarias de gobierno, desde Platón hasta nuestros días, que subrayan la desigualdad natural entre los hombres y la construcción orgánica o jerárquica de la comunidad en un número de clases, cada una de las cuales con su función particular dentro del todo.<sup>5</sup>

Hemos anotado estos ejemplos, no para discutir qué formulación del principio de justicia es la "correcta", sino para mostrar que la pura exigencia formal de igualdad no significa en sí mucho, y que el contenido práctico de la demanda de justicia depende de presupuestos que están fuera del principio de igualdad, a saber, los criterios que determinan las categorías a las que debe aplicarse la norma de igualdad. No conduce a mucho sostener que las retribuciones y los impuestos deberán ser establecidos con igualdad. Estas son fórmulas vacías, a menos que se defina además mediante qué criterio deberá determinarse lo que significa "con igualdad".

Examinaremos ahora más de cerca el papel que desempeña cada uno de los dos elementos contenidos en las fórmulas de justicia: la exigencia formal de igualdad y el criterio material para la determinación de la clase a la que se aplica la norma de igualdad.

La exigencia formal de igualdad no excluye una diferenciación entre personas que se hallan en circunstancias diferentes. El único requisito es que la diferencia debe obedecer al hecho de que a la luz de ciertos criterios relevantes las personas pertenecen a clases diferentes. El puro principio de igualdad, sin embargo, no nos dice qué criterios son los relevantes. Si este punto queda sin decidir, la exigencia de igualdad se reduce a la exigencia de que todas las diferenciaciones dependan de criterios generales (cualesquiera sean estos criterios). Pero esto no es más que una demanda de que el trato concreto se presente bajo la forma de la aplicación de una regla general (cualquiera sea ésta). Porque por tal regla entendemos, precisamente, una directiva que imputa una cierta conducta a circunstancias descritas con la ayuda de conceptos, y esto equivale a ciertas características o criterios.

<sup>5</sup> Véase el cap. "Justicia totalitaria" en K. R. POPPER, *The Open Society and its Enemies*, I, 74 y sigs.

En consecuencia, el ideal de igualdad por sí solo significa, simplemente, la correcta aplicación de una regla general (cualquiera sea ella). Los conceptos o características generales empleados en la regla definen una cierta clase de personas (o situaciones) a las cuales deberá darse un cierto trato. El trato igual de todos los que pertenecen a esta clase es, por lo tanto, consecuencia necesaria de la correcta aplicación de la regla.

La justicia en este sentido formal (como sinónimo de la pura demanda de igualdad o de estar sometido a reglas) puede ser expresada también como una exigencia de racionalidad en el sentido de que el trato acordado a una persona debe ser predeterminable por criterios objetivos, establecidos en reglas dadas. Esto hace que la aplicación concreta —dentro de ciertos límites elásticos— sea independiente del sujeto que toma la decisión. Como resultado de esto, la justicia viene a estar en oposición a la arbitrariedad, es decir, a la decisión que surge en forma no determinable de la reacción espontánea, frente a la situación concreta, del sujeto que toma la decisión, y está determinada por sus emociones y actitudes subjetivas.

Esta exigencia formal de regularidad o racionalidad, y nada más, es lo que surge del primero de los dos elementos contenidos en las fórmulas de justicia, o sea, la pura exigencia de igualdad.<sup>9</sup> Es evidente que esta exigencia formal no puede jamás justificar la pretensión de que una regla ha de ser preferida a otra. Cualquiera sea el contenido de la regla, la exigencia de regularidad queda satisfecha. Las fórmulas corrientes de justicia, sin embargo, pretenden ser pautas que guían al legislador en su elección de la regla "correcta". Se sigue de aquí que en la medida en que ellas posean algún contenido, este contenido no puede ser derivado del principio de igualdad, sino que tiene que surgir del otro elemento que aparece en las fórmulas de justicia: el criterio material presu-

puesto. La relación entre los dos elementos de las fórmulas de justicia tiene importancia primordial. La aparente evidencia que puede atribuirse a la idea de igualdad y que es experimentada como que da a esas fórmulas su justificación autosuficiente, no alcanza al elemento esencial de las mismas, es decir, al postulado material de evaluación. La idea de justicia, se dice, surge de nuestra conciencia más íntima con necesidad imperativa *a priori*. Pero es muy difícil afirmar que en nuestro espíritu se aloja un postulado evidente que dice que el monto de los impuestos debe estar en relación con la capacidad para pagarlos, o que la retribución debe estar en relación con la cantidad de trabajo realizado. El valor de estas reglas, obviamente,

<sup>9</sup> Tampoco tiene más contenido la máxima "no hagas a los demás lo que no quisieras que ellos te hicieran a ti".

no está por encima de toda discusión; ellas deben ser justificadas a la luz de sus consecuencias prácticas. Presentarlas como una exigencia de justicia fundada en una idea evidente de igualdad, es un hábil método dirigido a conferir a ciertos postulados prácticos determinados por el interés la evidencia aparente que tiene la idea de igualdad.

Las palabras "justa" e "injusta" (o "correcta" e "incorrecta") tienen sentido cuando se aplican para caracterizar la decisión hecha por un juez, o por cualquier otra persona que debe aplicar un conjunto determinado de reglas. Decir que la decisión es justa significa que ha sido hecha de una manera regular, esto es, de conformidad con la regla o sistema de reglas vigentes (par. LXV). Con menos precisión, estos términos pueden ser aplicados a cualquier otra acción que es juzgada a la luz de determinadas reglas. En este sentido cualquier conducta puede ser denominada "correcta", si está en armonía con reglas presupuestas, jurídicas o morales.

Pero aplicadas para caracterizar una regla general o un orden, las palabras "justo" e "injusto" carecen de significado. La justicia no es una guía para el legislador. Porque en verdad es imposible, como lo hemos visto, derivar de la idea formal de igualdad ningún tipo de exigencia relativa al contenido de la regla o del orden. Aplicadas en esta conexión, las palabras no tienen significado descriptivo alguno. Una persona que sostiene que cierta regla o conjunto de reglas —por ejemplo, un sistema impositivo— es injusto, no indica ninguna cualidad discernible en las reglas. No da ninguna razón para su actitud; simplemente se limita a darle una expresión emocional. Dicha persona dice: "Estoy en contra de esta regla porque es injusta". Lo que debiera decir es: "Esta regla es injusta porque estoy en contra de ella".

Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Esta no es una manera adecuada de obtener comprensión mutua. Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la "justicia", porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento (par. LXXII). La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto, puesto que por un lado incita a la creencia de que la demanda propia no es la mera expresión de un cierto interés en conflicto con intereses opuestos, sino que posee una validez superior, de carácter absoluto; y por otro lado, excluye todo argumento y discusión racionales con miras a un compromiso. La ideología de la justicia es una actitud militante de tipo biológico-emocional, a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses.

✱ Puesto que la idea formal de igualdad o justicia como estrella polar para la orientación político-social carece de todo significado,



es posible abogar por cualquier tipo de postulado material en nombre de la justicia. Esto explica por qué todas las guerras y conflictos sociales, como se dijo anteriormente, han sido librados en nombre de la exaltada idea de justicia. Es mucho esperar que esto cambie en el futuro. Invocar la justicia es usar un arma demasiado efectiva y demasiado conveniente desde el punto de vista ideológico, para que abriguemos la esperanza de que los estadistas, los políticos y los agitadores, aun cuando perciban la verdad, se atrevan a pactar el desarme en este punto. Además, la mayoría de ellos probablemente son víctimas del engaño. Es muy fácil creer en las ilusiones que excitan la emoción estimulando las glándulas suprarrenales.

LXIV ALGUNOS EJEMPLOS

El análisis de la idea de justicia, fundado en el párrafo precedente en algunas fórmulas simples tomadas de la ideología política, será ejemplificado ahora con teorías más desarrolladas tomadas de la propia filosofía del derecho.

Lo que llevamos dicho habrá hecho patente que los filósofos que han intentado una exposición más teórica de la idea de justicia, como la norma suprema para la creación del derecho positivo, han cumplido la tarea bajo la presión de un dilema. Si por una parte hubiera que preservar la ilusión de que la justicia es una idea *a priori*, sería necesario dar al principio una formulación muy abstracta, estrechamente adherida a la idea pura de igualdad. Pero mientras más cerca estamos de esa idea, se nos hace más obvio que el principio carece de contenido. Si, por otra parte, hubiera que dar al principio un contenido real, sería difícil preservar la ilusión de evidencia. Este dilema ha conducido a que el principio se formule en forma más o menos tautológica o desprovista de significado, mientras que al mismo tiempo se introducen en él de contrabando postulados dogmáticos ocultos, de carácter político-jurídico. De esta manera aquello que carecía de significado ha adquirido un contenido aparente, y este contenido ha adquirido una aparente evidencia.

La fórmula con que los juristas romanos expresaron el principio de derecho natural o justicia fue *suum cuique tribuere, neminem laedere, honeste vivere*. Ella ha sido repetida con insistencia, como si se tratara de la quintaesencia de la sabiduría. Pero es un puro engaño que alcanza la apariencia de algo obvio porque no dice nada en absoluto.

"Dar a cada uno lo suyo" suena espléndidamente. ¿Quién va a discutirlo? La única dificultad es que esta fórmula presupone que yo sé qué es lo que se debe a cada persona como "lo suyo" (es decir, como su *derecho*). La fórmula carece así de significado, puesto que

presupone la posición jurídica para la cual debiera servir de fundamento.

Lo mismo pasa con la exigencia de no dañar a otro. ¿Qué es "dañar"? No es posible que quiera decir actuar de tal manera que perjudique los intereses o frustre los deseos de otros. En este sentido el acreedor "daña" al deudor al exigirle el pago de su crédito, un comerciante "daña" a otro cuando le hace competencia, y la comunidad "daña" al delincuente al castigarlo. No, el significado solo puede ser que no debo interferir *ilícitamente* en los intereses de otro, o que no debo violar sus *derechos*, y aquí, también, el razonamiento es claramente circular.

Lo mismo ocurre con el mandamiento "vivir honestamente", pues aquí "honestamente" solo puede querer decir, como es obvio, que la conducta debe conformarse a la letra y al espíritu de la ley.

Una de las formulaciones más famosas del principio supremo del derecho es la de Kant: "un comportamiento es lícito si la libertad para realizarlo es compatible con la libertad de todas las otras personas bajo una regla general".

La misma idea puede ser expresada también como sigue: lo único que puede justificar una restricción a la libertad es que ella sea necesaria para la libertad de los demás, si la misma regla ha de aplicarse a todos.

Esta fórmula kantiana expresa el hecho de que la exigencia de igualdad es idéntica a la exigencia de una regla general. Pero si no hay otra manera de saber cual debe ser el contenido de la regla general, este criterio carece de significado. Es posible imaginar que cualquier acción queda justificada por una regla general u otra, que valga para todos. Si, por ejemplo, A mata al amante de su mujer, esto puede ser justificado en base a una regla general que diga que está permitido el homicidio por celos. La libertad de A es así compatible con la libertad de todos los demás de acuerdo con la misma regla general. El hecho de que por otros fundamentos pensemos que tal regla no es recomendable, no afecta a la aplicación del principio de Kant. Si este principio ha de tener algún significado y contenido, la idea debe ser que la libertad está restringida en vista de los *derechos* de los demás, y así, de nuevo, el pensamiento vuelve a moverse en forma circular.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> KANT, *Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre*, par. C.

<sup>8</sup> La Constitución turca del 10 de enero de 1945, sección 68, incluye una regla de contenido similar a la de Kant: "Todo turco nace y vive libre. Goza de libertad para hacer todo aquello que no perjudique a los demás. El derecho natural del individuo a la libertad está limitado por las libertades de que gozan sus conciudadanos. Estos límites están definidos exclusivamente por la ley". La absoluta vacuidad de tal fórmula, asegurada además por la última frase del precepto, es precisamente lo que la hace adecuada en alto grado para servir fines ideológicos.

Una concepción muy difundida, que indudablemente refleja mejor que el formalismo de Kant la conciencia general de legos y juristas, sostiene que la justicia significa el parejo equilibrio de todos los intereses afectados por una cierta decisión. Nadie ha desarrollado esta idea en forma más cabal y penetrante que el filósofo alemán Leonard Nelson.<sup>9</sup>

Utilizando como puntos de partida la conciencia moral general y la jurídica, Nelson sostiene que la suprema norma de acción que determina el deber del hombre se caracteriza como sigue:

1) Es restrictiva, esto es, no nos ordena positivamente realizar ciertos fines, sino que pone límites a nuestra libertad de realizar aquellos hacia los que tendemos por naturaleza.

2) Este límite restrictivo consiste en la exigencia de que en la persecución de nuestros intereses debemos también tener en cuenta los intereses de los demás.

3) Esto último se expresa en la exigencia de que la persona que realiza la acción tome en consideración los intereses afectados por ella, sean propios o ajenos. Debe pesarlos entre sí sin atender a las personas, o como si fueran todos intereses propios.

Estos tres factores son luego unidos por Nelson en la siguiente formulación de la norma de justicia: "Nunca actúes de manera tal que no aprobarías la acción si todos los intereses afectados fueran tuyos".

Este principio, que prácticamente hace de la persona actuante el juez de su propia causa y exige de ella una decisión imparcial con abstracción de la diferencia entre sus intereses propios y los ajenos, es innegablemente muy atractivo y armoniza con la concepción que muchos juristas tienen de la tarea de hallar la solución jurídica correcta para un conflicto de intereses. La fórmula de Nelson requiere un examen crítico. He tratado de llevarlo a cabo en uno de mis trabajos anteriores.<sup>10</sup> Estaría fuera de lugar reproducir aquí el argumento en detalle. Solo mencionaré algunos de los puntos principales.

El contenido de la ley de Nelson puede ser analizado en dos elementos. Primero, Nelson exige que realicemos un experimento en el pensamiento: imaginar que todos los intereses afectados por una acción son propios del sujeto agente. Segundo, debemos investigar si sobre este presupuesto el agente aprobaría la acción. Si esta condición se cumple, la acción es legítima.

El carácter impracticable del experimento que Nelson nos

<sup>9</sup> LEONARD NELSON, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1917. Para un estudio documentado en detalle de la doctrina de Nelson, véase mi libro *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, Cap. XI, 2.

<sup>10</sup> Véase nota anterior.

pide que hagamos debiera ser autoevidente. Mientras que con facilidad puedo imaginarme usando el sombrero de otro, con conciencia plena, de que pertenece a otro, lo mismo no es posible en el caso de un interés. Yo no puedo tener un interés y al mismo tiempo considerarlo no como mío, sino como de otra persona. Un análisis prolijo demuestra que sea cual fuere el significado más preciso que tratamos de adjudicar al experimento de pensamiento de Nelson, conduce a un resultado absurdo y no puede llevarse a cabo.

Estamos obligados, por lo tanto, a prescindir del experimento y a formular la exigencia diciendo que el agente tiene que ponderar todos los intereses según el peso de cada uno en sí, sin distinguir entre los suyos y los de otras personas.

Frente a esto hay dos objeciones definitivas:

Primero —y esto es definitivo con independencia del rechazo del experimento del pensamiento— el principio de Nelson se apoya en el presupuesto de que es posible, en una situación dada, analizar un cierto número de intereses de contenido preciso determinable. De otra manera no tendría sentido hablar de ponderarlos. Este presupuesto parece estar confirmado por la experiencia ordinaria. Si, por ejemplo, un banco quiebra, es posible distinguir por lo menos los siguientes intereses: el interés de los clientes en recuperar sus depósitos, el interés de los acreedores en el cobro de sus créditos, y el interés de los accionistas en proteger el capital. Pero si por el "interés de A en algo" entendemos simplemente, sin presupuestos, que la existencia de ese "algo" sería ventajosa y satisfactoria para A a la luz de los deseos, necesidades e inclinaciones que la naturaleza ha puesto en él, entonces no hay razones para limitar los intereses de la manera señalada. Porque ciertamente sería ventajoso y satisfactorio para los depositantes obtener no solo la restitución de sus depósitos, sino el pago del doble o del décuplo del monto de los mismos, y en esa medida puede decirse que tienen un interés en ello. No habría entonces límites para el interés de alguien, sino que podría decirse que todos están ilimitadamente interesados en todo lo que puede ser ventajoso para ellos. Esto puede parecer exagerado y nadie pensaría en invocar el interés de los depositantes en obtener más que sus depósitos, simplemente porque el concepto de interés que efectivamente manejamos en los razonamientos jurídicos-morales no es el concepto sugerido. A nadie se le ocurriría defender el interés de los clientes en obtener más que sus depósitos, puesto que tal pretensión parecería totalmente injustificada. Pero esto significa que el propio concepto de interés está jurídicamente calificado. No abarca todos los deseos o pretensiones imaginables, sino solo aquellos que están justificados. Y esto significa, además, que el concepto de interés presupone la exis-

tencia de un orden jurídico, y que la ponderación de los intereses no puede ser un principio del cual se deriva dicho orden jurídico.

Así Nelson se equivoca cuando piensa que puede derivar la suprema norma de acción o el principio de todo derecho de una ponderación de intereses dados, de un contenido preciso determinable. La determinación de los intereses dentro de un límite definido presupone necesariamente un orden jurídico ya existente, para distinguir entre intereses que están justificados y aquellos que no lo están. Este orden jurídico no puede ser otro que el derecho natural, que se manifiesta en un conjunto de derechos subjetivos naturales. El interés justificado es aquel que surge de un derecho subjetivo natural. Y así también el principio de justicia de Nelson se resuelve en una tautología: la justicia consiste en satisfacer aquellos intereses que están justificados.

La segunda objeción se refiere a la ponderación de los intereses (justificados). Tal como se señaló, debemos descartar la técnica de disfrazar esta ponderación imaginando que todos los intereses afectados son propios del sujeto-agente y preguntándose si, sobre la base de dicha suposición, éste actuaría en la misma manera. Tras esta ficción se oculta la idea de que los intereses en juego deben ser pesados en forma objetiva, es decir, sean quienes fueren los sujetos de esos intereses, y sea cual fuere su fuerza motivadora efectiva. Nelson mismo habla del interés genuino o bien entendido determinado por el valor objetivo de los beneficios correspondientes. La ponderación o el peso se transforma así, en realidad, no en una comparación entre las fuerzas motivadoras de intereses diferentes, sino en una ponderación de beneficios con respecto a un *standard* objetivo de valores predeterminados.

Tomadas en forma conjunta estas dos objeciones han de poner de manifiesto que la evidencia que puede reclamar el principio de igual ponderación de intereses de Nelson es un engaño. El contenido real del principio no consiste en la "ponderación igual", sino en las presuposiciones ocultas referentes a la justificación de los intereses y al peso de su valor objetivo, esto es, en los postulados materiales que por su carácter pertenecen al derecho natural y a la filosofía de los valores. El carácter de esos postulados queda oculto bajo la aparente evidencia de la idea de igualdad. La idea de justicia no podría desplegar sus artificios de manera más eficaz.

LXV LA IDEA DE JUSTICIA Y EL DERECHO POSITIVO

Tal como hemos visto, la idea de justicia se resuelve en la exigencia de que una decisión sea el resultado de la aplicación de una regla general. La justicia es la aplicación correcta de una norma como cosa opuesta a la arbitrariedad.

La justicia, en consecuencia, no puede ser una pauta jurídico-política o un criterio último para juzgar una norma. Afirmar que una norma es injusta, como hemos visto, no es más que la expresión emocional de una reacción desfavorable frente a ella. La declaración de que una norma es injusta no contiene ninguna característica real, ninguna referencia a algún criterio, ninguna argumentación. La ideología de la justicia no tiene, pues, cabida en un examen racional del valor de las normas.

Esto no quiere decir que no haya conexión entre el derecho vigente y la idea de justicia. Dentro de esta idea pueden distinguirse dos puntos: primero, la exigencia de que haya una norma como fundamento de una decisión; segundo, la exigencia de que la decisión sea una aplicación correcta de una norma. Por ello el problema puede ser formulado de dos maneras:

① Podemos preguntarnos qué papel desempeña la idea de justicia en la formación del derecho positivo, en la medida en que ella es entendida como una exigencia de racionalidad. Esto es, una exigencia de que las normas jurídicas sean formuladas con ayuda de criterios objetivos, de manera tal que la decisión concreta tenga la máxima independencia posible frente a las reacciones subjetivas del juez y sea, por ello, predecible.

Dicha exigencia se deriva de que el derecho es un orden social e institucional, a diferencia de los fenómenos morales individuales (par. XII). Sin un mínimo de racionalidad (predecibilidad, regularidad) sería imposible hablar de un orden jurídico. Esto presupone que es posible interpretar las acciones humanas como un todo coherente de significados y motivaciones y (dentro de ciertos límites) predecirlas (cap. I). En esta medida la idea de justicia:—en el sentido de racionalidad o regularidad— puede calificarse de "constitutiva" del concepto del derecho.

Pero la racionalidad formal, objetiva, es también un ideal del derecho, en el sentido de que es deseable un máximo de racionalidad en concordancia con ciertas valoraciones que, por lo menos en la civilización occidental, están presentes cuando se crea el derecho.

La regularidad objetiva, como cosa opuesta a la arbitrariedad subjetiva, es vivida como un valor en sí misma. Esta idea se expresa en la vieja máxima inglesa de que la comunidad debe estar basada sobre el gobierno de la ley, no sobre el de los hombres. El juez no debe ser como el rey homérico que recibía su *themistes* directamente de Zeus, o como el cadí oriental que extrae su decisión de una sabiduría esotérica. La idea de la supremacía del derecho nos hace reaccionar contra la tendencia de los Estados totalitarios a autorizar al juez a decidir, dejando a un lado todas las reglas establecidas, según la "sana conciencia jurídica del pueblo" o "los intereses

del proletariado". Vemos en esto una negación de la idea misma del derecho.

Tal valoración, a su vez, está probablemente basada en los efectos sociales del imperio del derecho. Desde el punto de vista de los ciudadanos, el imperio del derecho es la condición de seguridad y posibilidad de cálculo en los asuntos de la vida comunitaria. Desde el punto de vista de las autoridades, es una condición para el control del comportamiento de los ciudadanos a largo plazo —esto es, más allá del caso específico— inculcando en ellos pautas fijas de conducta.

La regularidad objetiva o racionalidad formal es una idea fundamental en todo derecho, pero no la única. Establecidas en categorías determinadas por criterios objetivos, las normas se presentan como valoraciones formalizadas de la tradición cultural. Pero la regla jurídica formalizada nunca puede expresar en forma exhaustiva todas las consideraciones y circunstancias relevantes. Inevitablemente, cuando se aplica al caso individual, es posible que la norma conduzca a resultados que no pueden ser aprobados por la conciencia jurídica como la expresión espontánea, no articulada, de aquellas valoraciones fundamentales. Todo derecho y toda administración de justicia, por lo tanto, están determinados en aspectos formales, por un conflicto dialéctico entre dos tendencias opuestas. Por un lado, la tendencia a la generalización y a la decisión de conformidad con criterios objetivos, y por el otro, la tendencia a la individualización y a la decisión a la luz de las valoraciones y apreciaciones subjetivas de la conciencia jurídica. O, más brevemente, por un lado, la tendencia hacia la justicia formal, por el otro, la tendencia hacia la equidad concreta.

Ambas tendencias hacen sentir su influjo en el derecho en acción en todas las circunstancias, pero su peso mutuo relativo puede variar con el tiempo y con el lugar, y de una esfera del derecho a otra.

En la administración de justicia el contraste se expresa en la diferencia entre el estilo sujeto y el estilo libre de interpretación (par. XXIX).

En la legislación el contraste aparece en el grado de libertad que las reglas, en su formulación, dejan a la discreción del juez. El legislador puede preservar la ilusión de haber establecido una regla, pero expresarla en términos tan vagos (por ejemplo, refiriéndose a la opinión moral dominante) que el resultado sea una amplia libertad para que el juez o el funcionario administrativo puedan ejercer su discreción. Este método de formular la ley es denominado el método de los standards jurídicos.<sup>11</sup> O bien el legislador autoriza fran-

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, MARCEL STAM, *Le Standard juridique*, 1927.

camente al juez, posiblemente dentro de ciertos límites, a tomar una decisión según su discreción.

Históricamente, tanto en la legislación como en la administración de justicia, el formalismo estricto se ha desarrollado en el sentido de acordar un ámbito cada vez mayor a la sentencia individualizadora.

El desacuerdo entre el derecho formalizado y las exigencias de equidad se hace más aparente cuando tiene lugar un desarrollo social sin que la legislación vaya ajustando las normas a las nuevas condiciones. Se siente entonces una particular necesidad de decisiones contrarias al derecho formal. Al comienzo, tales decisiones tendrán el carácter de equidad, precisamente porque no siguen reglas dadas, sino que surgen de una apreciación intuitiva de la situación concreta. Pero con el correr del tiempo se logrará otra vez la racionalidad formal. A través de la práctica de los tribunales surgirá una nueva doctrina, y las decisiones posteriores se fundarán en ella, perdiendo su carácter de equidad. Es una circunstancia histórica peculiar que esta actividad de ajuste algunas veces no es ejercida por los tribunales ordinarios, sino por tribunales especiales. En tales casos el nuevo derecho, así desarrollado, ha venido a ser interpretado como un sistema jurídico especial, un derecho de equidad, dirigido a complementar el derecho ordinario.

Un buen ejemplo de esto es el desarrollo de la equity en el derecho inglés.<sup>12</sup> La rigidez del *common law* tradicional y su evidente falta de razonabilidad frente a nuevas condiciones sociales, dio lugar, en un cierto tiempo, a la práctica de recurrir ante el rey contra decisiones que no estaban de acuerdo con las exigencias de la conciencia jurídica. (La administración de justicia era considerada una prerrogativa real.) En estos casos el rey ejercía su potestad a través del canciller, quien "era considerado el guardián de la conciencia real". El canciller estaba, por cierto, formalmente obligado a seguir el *common law*, pero en la realidad desempeñaba, bajo la presión de los hechos, una considerable actividad discrecional creadora de nuevo derecho fundado en sus concepciones de equidad. Con el correr del tiempo el tribunal del canciller (*Court of Chancery*) llegó a ser una institución permanente, y las decisiones de equidad discrecionales fueron reemplazadas por una administración regular de justicia, de conformidad con las doctrinas que se fueron desarrollando a través de la práctica del tribunal del canciller. Las decisiones de equidad de este suscitaron en su tiempo muchas críticas. En una metáfora grotesca se dijo que la equidad según la conciencia del canciller no era mejor que la equidad según el tamaño de su pie. "Un canciller tiene pie grande; otro, pie pequeño;

<sup>12</sup> Véase C. K. ALLEN, *Law in the Making*, 4ª ed. 1946, 322 y sigs., y ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, 123 y sigs., con referencias.

un tercero, pie mediano; lo mismo pasa con la conciencia del canciller." Esta crítica dejó luego de ser válida, y Lord Eldon, uno de los cancilleres más famosos de Inglaterra, pudo decir en una resolución: "No estoy de acuerdo con que las doctrinas de este tribunal han de ser cambiadas cada vez que cambia el juez. Nada me causaría mayor pesar, al abandonar este cargo, que el recuerdo de haber justificado, en alguna medida, el reproche de que la equidad de este tribunal varía como el tamaño del pie del canciller."<sup>13</sup>

En Europa continental no se hace una distinción correspondiente a la distinción entre derecho (en sentido estricto, *jus strictum*) y equidad. Esto se debe en parte al mayor papel desempeñado por la legislación en la actualización del derecho; y en parte a la mayor libertad de interpretación ejercida por los jueces. Para un juez de Europa continental el derecho y la equidad no son opuestos, sino que la equidad es una parte del derecho.

(b) Puede preguntarse, luego, qué papel desempeña la idea de justicia en la administración de justicia, en la medida en que esta idea es entendida como una exigencia de que la decisión del caso individual aplique correctamente el derecho vigente.

Este papel, sin duda alguna, es importante. La justicia, concebida de esta manera como un ideal para el juez (para todo aquel que tiene que aplicar un conjunto determinado de reglas o *standards*), es una idea poderosa en la vida social. Representa lo que se espera de un buen juez y es aceptada por el juez mismo como *standard* profesional supremo. En relación con esto la idea de justicia tiene sentido. Se refiere a hechos observables. Calificar a una decisión de injusta, quiere decir que no ha sido hecha de acuerdo con el derecho y que obedece a un error (injusta en sentido objetivo), o a una desviación consciente de la ley (injusta en sentido subjetivo). Decir que un juez ha cometido una injusticia (subjetivamente) significa que se ha dejado guiar por intereses personales, por amistad hacia una de las partes, por el deseo de complacer a los que están en el poder, o por otros motivos que lo apartan del acatamiento de lo que manda la ley.

Sin embargo, es difícil una delimitación más precisa de la palabra "injusticia". ¿Cuándo una decisión "aplica correctamente" la ley? Tal como se demostró en el estudio de la interpretación (cap. IV), ninguna situación concreta da lugar a una aplicación única de la ley. Esto es verdad incluso en aquellos casos en que existe una regla definida, expresada en términos relativamente fijos; y es verdad ciertamente, en un grado aún mayor, cuando el caso es juzgado con arreglo a *standards* jurídicos o en forma discrecional. Hay siempre un margen de extensión variable, y cuando

<sup>13</sup> *Gee vs. Pritchard*, 2 Swanst. 414. Tomado de HOLLAND, *Elements of Jurisprudence*, 74.

una decisión cae dentro del mismo, nadie la llamaría injusta, ni siquiera en sentido objetivo. Podría calificársela de "equivocada", en el sentido de que quien emite la opinión habría aplicado la ley en forma diferente.

Pero, ¿cómo ha de determinarse ese margen? ¿Cuáles son los principios de interpretación "correctos"? ¿Y qué latitud interpretativa debe acordarse al juez? No sirve de mucho hacer referencia a motivaciones "específicamente jurídicas" como cosa opuesta a consideraciones de poder o de interés, porque no hay una valoración específicamente jurídica. El derecho surge de las mismas actitudes prácticas, intereses, factores de poder y componentes ideológicos que se hacen presentes en la comunidad en esferas que están fuera de la vida del derecho. Quizá la única manera de responder a la cuestión sea mediante una referencia a lo "típico" y "normal" en la aplicación efectiva de la ley. Decidir con objetividad es hacerlo en la forma típica, normal; decidir subjetivamente es incurrir en desviaciones excepcionales. La decisión es objetiva ("justa", en sentido objetivo) cuando cabe dentro de principios de interpretación o valoraciones que son corrientes en la práctica. Es subjetiva ("injusta" en sentido objetivo) cuando se aparta de ello. Las palabras "subjetividad" o "injusticia" expresan precisamente el sentimiento de que la decisión emana de la individualidad o subjetividad de un juez particular en contraste con lo que es típico de los jueces en conjunto. Las decisiones pronunciadas por el famoso juez francés Magnaud (*le bon juge*) no eran, por lo tanto, meramente "erróneas" (después de todo, muchas otras decisiones lo son), sino arbitrarias o injustas en sentido objetivo. El hecho, sin embargo, de que no digamos que este hombre fue un juez injusto en sentido subjetivo, se debe a que, indudablemente, actuó de acuerdo con sus convicciones fundadas en una concepción del derecho destacada por una profunda moralidad.<sup>14</sup>

#### LXVI LA EXIGENCIA DE IGUALDAD EN EL DERECHO VIGENTE

Está claro, pues, que una exigencia general indiscriminada de que todos sean tratados de igual manera, solo significa que el trato acordado a cada persona debe seguir reglas generales. Si tal exigencia está autorizada por el derecho, se torna una cuestión de interpretación determinar si debe hacerse caso omiso de ella, como una formulación meramente ideológica, jurídicamente vacía, o si es posible acordarle significado específico en base a un fun-

<sup>14</sup> Como hace OTTO BRUNS, *Über die Objektivität der Rechtsprechung*, 1949, 25-26.

<sup>15</sup> H. LEYRET, *Les Jugements du Président Magnaud*, 1900; véase también FRANÇOIS GÉNY, *Méthode d'interprétation*, 1919, II, 278 y sigs.

damento histórico. Si tal exigencia aparece en la doctrina, es tarea de la crítica demostrar su vacuidad y averiguar qué se ha querido, posiblemente, decir con ella.

La situación es distinta si la exigencia recibe un contenido especial; por ejemplo, igualdad no obstante las diferencias de sexo o raza. Tal exigencia tiene un significado. Prohíbe que las leyes que rigen el *status* jurídico de una persona empleen criterios determinados por el sexo o la raza de ella. En este caso, según las circunstancias, pueden surgir problemas de interpretación referentes al exacto alcance de la prohibición.

Unos pocos ejemplos pueden ilustrar esto.

(a) Algunas constituciones expresan en forma específica que todos los ciudadanos son iguales ante la ley.<sup>16</sup> Tales cláusulas parecen estar desprovistas de significado específico. Pareciera que solo pueden significar una de estas dos cosas:

1) Que la ley, según su contenido, debe aplicarse sin consideración a las personas; ello va de suyo y se encuentra ya en el concepto de norma;

2) Que la ley no debe basarse en distinciones o características que sean consideradas "irrelevantes" o "injustas". Pero tal prohibición de leyes "injustas" no tiene significado preciso, puesto que "injusticia", en este contexto, es la expresión de un prejuicio emocional que no puede ser definida mediante criterios objetivos.

Es presumible que las cláusulas de este tipo pueden ser explicadas histórica e ideológicamente como una reacción contra un derecho anterior, en el cual ciertos grupos de la población —por ejemplo, la nobleza— tenían privilegios, en particular privilegios frente a la posibilidad de ser demandados.<sup>17</sup> Es posible comprenderlas según las circunstancias, con fundamento histórico, como que prohíben la reimplantación de tales privilegios.

Si la exigencia de igualdad es calificada mediante una referencia a criterios definidos que no pueden ser usados para intro-

<sup>16</sup> Por ejemplo, la Constitución de Irlanda, 19 de julio, 1937, sec. 40: "Todos los ciudadanos son, en tanto que seres humanos, iguales ante la ley"; la Constitución de Checoslovaquia, 9 de mayo, 1948, provisión especial, sec. 1: "Todos los ciudadanos son iguales ante la ley"; la Constitución de Turquía, 10 de enero de 1946, sec. 69: "Todos los turcos son iguales ante la ley". Entre las constituciones de los países nórdicos, solo la de Finlandia (17 de julio, 1919) contiene una norma general de igualdad, a saber, en la sec. 5: "Los ciudadanos finlandeses son iguales ante la ley."

<sup>17</sup> La Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos, que garantiza a cada uno la igual protección de las leyes, y que fue aprobada en 1868, después de la Guerra Civil, estuvo históricamente dirigida a colocar a los negros en igualdad de posición con los blancos.

ducir discriminaciones, entonces, por el contrario, la cláusula tiene un significado tangible.<sup>18</sup> Excluye la presencia de tales criterios en la legislación ordinaria.

(b) A veces se establece un principio abstracto de igualdad como una guía para la administración en el ejercicio de su discreción. Lo que ha sido dicho bajo el rubro (a) vale, en lo pertinente, también aquí. En principio no contiene ninguna norma material para el ejercicio de la discreción, sino que expresa únicamente una exigencia formal, a saber, que la decisión sea hecha sobre la base de valoraciones y consideraciones generales, y (no) en forma caprichosa o arbitraria.

Un ejemplo de un principio calificado de igualdad es la ley dinamarquesa N° 100, de marzo de 1921, la que —con excepciones aisladas— establece que los hombres y las mujeres son igualmente designables para todos los cargos en el gobierno y en la administración pública, y les impone el mismo deber de aceptar cargas públicas.

(c) En la doctrina del derecho internacional la igualdad abstracta de los estados se presenta a menudo como uno de los llamados derechos fundamentales de los mismos.<sup>19</sup> Una demanda de formulación tan abstracta carece de significado, pero tras ella está oculta, por un lado, la prohibición de discriminar sobre la base del tamaño de los Estados, y por otro, ciertas reglas que nada tienen que ver con la igualdad o desigualdad (el principio de unanimidad y la regla sobre inmunidad de los Estados).

(d) En la doctrina de la expropiación se sostiene que la línea que separa a ésta de las restricciones al dominio sin compensación, está en principio determinada por un criterio de igualdad; las restricciones no dan derecho a obtener compensación si afectan a todas las propiedades del mismo tipo. Resulta claro, sin embargo, que el principio de igualdad es aquí tan carente de significado como en otras partes. Todo precepto que describe el objeto de la restricción mediante conceptos o características generales se refiere por igual a todas las propiedades "del mismo tipo". La mano de la naturaleza no determina qué objetos son "del mismo tipo"; ello depende únicamente de la inclusión de esos objetos en la misma categoría conceptual, cualquiera sea la forma como se la define. La palabra "granja" define un grupo de objetos "del mismo tipo". Pero ello ocurre también con cualquier otra definición conceptual,

<sup>18</sup> Por ejemplo, la Constitución de Italia, 27 de diciembre de 1947, sec. 3: "Todos los ciudadanos... son iguales ante la ley, sin consideración a su sexo, raza, idioma, religión, convicciones políticas y posición social y personal".

<sup>19</sup> ALP ROSS, *Textbook of International Law*, 1947, parágrafo 34.



por ejemplo, "granjas con una población animal de más de cien cabezas", "granjas con una población animal de más de cien cabezas y de una extensión superior a los cincuenta acres", "granjas ubicadas en Ohio, con una población animal de más de cien cabezas y una extensión superior a los cincuenta acres, cuyo propietario haya estado en posesión de la granja durante más de veinticinco años y que esté gravada con una hipoteca de más de \$ 5.000.—". Esto, sin considerar si hay siquiera una granja que satisfaga las condiciones dadas.

Si se dice que la exigencia de igualdad no debe ser tomada en sentido formal, sino que el factor decisivo es si la limitación tiene lugar de acuerdo con características distintivas que están "bien fundadas", que son "razonables" o "justas", esto quiere decir que la idea de igualdad se esfuma, para ser remplazada por una referencia a lo que se considera "justo" según una opinión subjetiva y emocional. Tal "principio" no es un principio auténtico, sino el abandono de todo intento de análisis racional.

### CAPÍTULO XIII

#### EL UTILITARISMO Y LA QUIMERA DEL BIENESTAR SOCIAL

#### LXVII LA RELACIÓN ENTRE EL UTILITARISMO Y EL DERECHO NATURAL<sup>1</sup>

La idea central del derecho natural ha sido que la "corrección" del derecho positivo depende de su concordancia con un patrón o un ideal que se encuentra en la naturaleza o en la razón del hombre. El derecho positivo no es juzgado por los efectos que produce en la comunidad. Las consideraciones de utilidad no carecen de importancia, pero no se confunden con la exigencia de justicia. El derecho tiene su meta dentro de sí mismo: realizar el ideal de justicia.

Esto, sin embargo, no debe ser interpretado en el sentido de que a cada norma le corresponde su patrón ideal en la razón. Nuestra razón se limita a un pequeño número de principios básicos y evidentes, y la corrección de la norma particular depende de que pueda ser considerada como deducida de aquellos principios básicos.

Hemos visto ya que desde un punto de vista epistemológico la filosofía del derecho natural se apoya en una intuición intelectual o en un sentimiento de evidencia que, se da por sentado, garantiza la corrección de los principios básicos, pero que en realidad no es otra cosa que una expresión dogmática y patética de la conciencia moral y jurídica de la época. No se investiga el origen de esa conciencia; ella no es considerada desde el punto de vista histórico y psicológico como un producto de factores combinados (entre los que se cuenta el orden social y jurídico vigente). Dicha conciencia moral y jurídica no es criticada a la luz de sus consecuencias socia-

<sup>1</sup> Para un estudio más detallado y documentado, véase mi libro *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, cap. IV, 1.

les, sino que se la acepta con reverencia como un oráculo que revela al hombre la verdad moral, la ley de Dios (o de la razón) válida por sí misma para el gobierno de sus acciones.

El utilitarismo de Bentham significó un nuevo enfoque, que él consideró una revolución en la historia del pensamiento moral. Siguiendo la filosofía empírica de Locke, Bentham deseaba eliminar de raíz todas las concepciones de ideas innatas o verdades *a priori*. La conciencia moral no es revelación de verdades eternas, según Bentham, sino simplemente un catálogo de opiniones tradicionales y prejuicios, difíciles de borrar porque han sido inculcados en el espíritu de los hombres desde su más temprana infancia. En lugar de elevar en forma dogmática los sentimientos morales al nivel de la validez absoluta, una teoría progresista de la moral debe llegar hasta el principio racional que se encuentra detrás del sentimiento moral y dirigirlo, dice Bentham. Este principio no es percibido con claridad, sino que actúa en forma inconsciente e instintiva. Solo cuando se lo trae a plena conciencia es posible proporcionar un fundamento racional para la moral, y criticar y corregir el sentimiento moral si hay riesgo de que el mismo se vuelva retrógrado o pervertido.

Bentham pensó que podía establecer este principio sobre una base empírica considerando la naturaleza del hombre.<sup>2</sup> Todo afán humano es un afán en pos de la felicidad. La felicidad, en consecuencia, es la cosa que es buena en sí misma, y el principio moral del comportamiento debe apuntar a aquella acción que produce la mayor suma posible de felicidad en el mundo. El valor de una acción depende, por ello, de los efectos que produce, medido en términos de placer (felicidad) o dolor humanos.

La ruptura de Bentham con el pasado no fue, sin embargo, tan profunda como él pensaba. Derivar la moral del afán natural del hombre es una idea heredada del rechazado derecho natural; una idea que, por ejemplo, halló expresión significativa en Tomás de Aquino. Además, resulta claro que la creencia de Bentham en la posibilidad de construir una doctrina moral sobre un fundamento puramente empírico es necesariamente una ilusión. Sobre la base de una observación psicológica-empírica genuina, jamás sería posible ir más allá de una descripción de cómo los hombres se comportan de hecho,

<sup>2</sup> Bentham comienza su obra principal *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation* (impresa en 1780 y publicada en 1789), con las siguientes palabras: "La naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos, el dolor y el placer. Solo a ellos les corresponde señalar qué debemos hacer, así como determinar lo que haremos. Por un lado, la pauta de lo que está bien y de lo que está mal; por el otro; la cadena de las causas y los efectos; una y otra están amarradas a su trono".

o cómo se comportarían, de hecho, en determinadas circunstancias,<sup>3</sup> pero no llegar a una moral ("patrones de conducta correcta e incorrecta"),<sup>4</sup> esto es, a cómo debemos comportarnos.<sup>5</sup> Si seguimos reflexionando se hace también claro que el principio de Bentham de la mayor cantidad posible de placer no puede ser derivado de la experiencia, sino que es la expresión de un postulado metafísico-intuitivo.

El punto de partida de Bentham es que todo afán humano es un afán en pos del placer. Esto no significa, sin embargo, que los hombres actúan siempre en forma egoísta en el sentido habitual, esto es, buscando su propia ventaja, sin preocuparse por los intereses de los demás. Bentham en modo alguno negaría que el hombre es capaz de acciones altruistas, de autosacrificio, o de acciones heroicas, impulsado por sentimientos de simpatía hacia el prójimo. Solo quiere decir que en el fondo tales acciones están condicionadas por el afán del hombre en busca de su propio placer, a saber, el placer de satisfacer su sentimiento de simpatía hacia los demás. Otro punto es que —tal como dice Bentham cuando habla del principio de autopreferencia— los sentimientos de simpatía son en el hombre, en general, débiles e impotentes frente a las fuerzas egoístas, en el sentido usual de esta última expresión. En la práctica son éstas, casi exclusivamente, las que determinan el curso del obrar. Por lo tanto, el placer que los hombres buscan es, las más de las veces, su propio placer, en sentido restringido.<sup>6</sup>

Sobre este telón de fondo, consideramos ahora el principio supremo de acción de Bentham. Dicho principio me ordena actuar de tal manera que la suma total de felicidad en el mundo sea la mayor posible. Se me exige que al juzgar una acción no tome en cuenta si el placer que causa me lo causa a mí o a otros. El mismo peso ha de ser atribuido al placer de los demás que al propio, y una acción que es ventajosa para los demás ha de ser preferida a una acción que es ventajosa para mí, pero solo en menor grado.

Es evidente que tal principio no puede ser derivado del axioma psicológico del placer, sino que se opone diametralmente a la afirmación de que, en su conjunto, la gente se comporta en forma egoísta. Como otros principios éticos, posee el carácter de una exigencia suprema o de una validez específica, en conflicto con los impulsos de nuestros sentidos. Tal como los postulados del derecho natural, debe buscar su fundamento en la naturaleza razonable del hombre —su justificación en una intuición intelectual. En realidad, se aproxima mucho a la formulación de Nelson del principio de justicia

<sup>3</sup> Particularmente si tuvieran una concepción más correcta de la realidad.

<sup>4</sup> Ver la cita de la nota 2.

<sup>5</sup> Este punto de vista fue más tarde enérgicamente subrayado por Moore, véase Ross, *op. cit.*, pág. 78.

<sup>6</sup> Véase además, *op. cit.*, cap. V, 2.

(par. LXIV). Me ordena vencer mis inclinaciones egoistas y actuar sin consideración a las personas, o de la manera en que actuaría si todos los intereses afectados por mi acción fueran míos.

Con todo, no debe desdeñarse la diferencia que existe entre el utilitarismo y el derecho natural. La crítica de Bentham de la conciencia moral y jurídica y su exigencia de que una acción sea juzgada según sus efectos de hecho, son pasos de valor permanente hacia una teoría realista. Bentham se equivoca al creer que la conciencia moral y jurídica está dirigida por un único principio racional, de acuerdo con el cual el juicio de los efectos de una acción puede ser reducido a una simple suma de montos cuantitativamente iguales.

#### LXVIII EL PRINCIPIO DE MAXIMIZACIÓN Y SU DISCORDANCIA CON NUESTRA ELECCIÓN EFECTIVA

Tal como vimos en el párrafo precedente, el principio utilitarista no puede ser derivado de la experiencia, sino que, a semejanza de otros principios éticos, es un postulado metafísico basado en la intuición. Pero, sin embargo, puede, por supuesto, revelar algo acerca de la manera cómo de hecho razonamos sobre problemas morales y políticos. Así ocurre, por cierto, respecto del punto de vista básico de que las acciones deben ser juzgadas según sus consecuencias. No ocurre lo mismo, en cambio, respecto de la forma cómo, según se cree, tiene lugar ese juicio.

El principio del utilitarismo, en el último aspecto, descansa en la presuposición de que en toda situación práctica nuestra elección puede ser reducida a una elección racional entre montos cuantitativos, medidos en términos de placer. Si se adopta la premisa de que el placer es lo intrínsecamente bueno y de que debe darse la misma consideración al placer de los demás y al propio, la elección se reduce a un cálculo puramente racional.

Esta presuposición, sin embargo, no es verdadera. Se deriva de una falsa psicología. Nuestras necesidades y deseos difieren cualitativamente y son mutuamente incommensurables. Los hombres tienen las necesidades más variadas, por ejemplo, la de alimentos, de descanso y sueño, de ocupación, de actividad sexual, de cultura y conocimiento, de experiencia artística y distracción, de amor y respeto, de poder y prestigio social. Si todas mis necesidades no pueden ser satisfechas, y estoy frente a una elección, por ejemplo, entre escuchar una sinfonía y gustar de una buena comida, esta elección no puede ser descrita como una alternativa racional entre dos cantidades mensurables de placer. ¿Cuál es el metro para el placer que experimento en una situación o en la otra? ¿Cuál ha de ser la unidad de medida? El único criterio concebible para llamar a un

bien "mayor" que el otro es, obviamente, el hecho de que en realidad lo prefiero. Pero en tal caso la afirmación de que en una elección prefiero el mayor entre dos bienes, pierde sentido: lo llamo "mayor" precisamente porque lo prefiero.

La presuposición utilitarista es una enorme distorsión racionalista de la vida del espíritu.<sup>7</sup> Reduce el fundamento irracional de nuestras acciones a la valoración única de que el placer es preferido al dolor, y transforma a todo lo demás en un cálculo racional de cantidades de placer y dolor. La situación verdadera es que estamos movidos por muchas necesidades y consideraciones diferentes, que se enfrentan y luchan en un proceso irracional de motivación. Estamos sometidos a la influencia de una diversidad de patrones de valoración y preferencia que se desarrollan y establecen en forma individual y social. Si consideramos, por ejemplo, las deliberaciones que tienen lugar en una asamblea legislativa, en un consejo local, en un directorio, en una comisión, dondequiera, en suma, se discuten asuntos públicos y privados para determinar una línea de orientación, lo que ocurre es que se enuncian y pesan diversas consideraciones, cada una de las cuales posee una cierta fuerza motivadora en relación con ciertos deseos o valoraciones. En definitiva, esas consideraciones son integradas en una decisión que expresa la importancia o preferencia atribuida a las mismas. Esta decisión es lo que llamamos una resolución, un acto irracional del espíritu en el que todas las fuerzas que fueron movilizadas durante la fase de la deliberación luchan entre sí, hasta que reaccionamos con un resultado, la decisión. Esto es algo muy distinto de una elección racional entre cantidades cuantitativamente definidas.

Expresando esto en una breve fórmula, podemos decir: la incommensurabilidad de las necesidades no permite una maximización cuantitativa. Por ello el principio utilitarista es inaplicable en situaciones de conducta donde compiten un número de necesidades (intereses, consideraciones) cualitativamente diferentes.

Los problemas morales y políticos en su gran mayoría se refieren a situaciones de este carácter. No ocurre necesariamente así en cuestiones económicas. Puesto que todos los intereses económicos pueden ser expresados, por lo menos aproximadamente, en términos de dinero, está aquí presente aquella commensurabilidad que hace posible la aplicación del principio de maximización.<sup>8</sup> El principio de maximización ciertamente refleja también algo fundamental de la manera en que se hacen las elecciones económicas, cuando están

<sup>7</sup> Esta distorsión se basa en la afirmación empíricamente carente de sentido de que todo afán es un afán en pos del placer. Confróntese Ross, *op. cit.*, cap. V, 2.

<sup>8</sup> Esto explica el enorme papel que ha desempeñado el utilitarismo en la teoría económica durante el siglo XIX y en lo que va del presente.

solo en juego los intereses de un único individuo. El hombre de negocios, por ejemplo, apreciará las diferentes posibilidades de inversión con arreglo al beneficio calculado, medido en términos de dinero, y elegirá entre estas posibilidades aquella que le promete el mayor provecho. Éste es un claro cálculo de maximización. El principio no se adecua como pauta, por el contrario, para problemas económico-sociales, los problemas que se relacionan con individuos en mutua competencia. Al atribuir importancia exclusiva a la suma total, y no a su distribución, todos los conflictos de intereses quedan ignorados desde el comienzo y se hace imposible asignar a la distribución ningún significado independiente.<sup>9</sup> Pero la mayor parte de los problemas económicos de importancia social son problemas de distribución, o, en todo caso, problemas que tienen un aspecto distributivo. El problema de la renta nacional, por ejemplo, no es simplemente una cuestión de monto, sino también de distribución. Es posible que un sistema económico que arroje un monto total menor, pero con una mejor distribución del mismo, sea preferido a otro con una mayor suma total, pero con una distribución menos pareja. Lo mismo ocurre con los problemas referentes al suministro de ciertas mercancías, al número de casas disponibles para la población y a muchas otras cuestiones.

En estos casos y en casos semejantes<sup>10</sup> —es decir, cuando solo por vía de excepción puede considerarse posible una maximización cuantitativa— podemos decir que la desarmonía mutua de los intereses hace que el principio de maximización sea inadecuado para la solución de problemas sociales de distribución.

#### LXIX LA QUIMERA DEL BIENESTAR SOCIAL

En tiempos modernos<sup>11</sup> se ha hecho habitual hablar del bienestar social, de las necesidades de la comunidad, etc., en lugar de la suma total del placer de los individuos. La introducción del concepto "sociedad" como un sujeto único cuyo bienestar debe pro-

<sup>9</sup> A través de la teoría de la utilidad marginal, ya desarrollada con completa claridad por Bentham y que más tarde llegó a ser una parte principal de la doctrina económica del valor, la distribución adquirió una cierta importancia derivada. Según esta teoría, la distribución igual de los bienes producirá la mayor suma de placer. Pero aun de acuerdo con esta elaboración de la teoría, la distribución del placer mismo sigue siendo algo sin importancia. Confróntese Ross, *op. cit.*, 136.

<sup>10</sup> También fuera de la esfera de la economía es posible que surjan problemas que pueden ser formulados en términos de un cálculo de cantidades homogéneas.

<sup>11</sup> La exposición precedente se ha atendido al utilitarismo en su forma originaria formulada por Bentham. En Bentham las líneas de pensamiento aparecen con mayor claridad, puesto que en el desarrollo ulterior del

moverse en la mayor medida posible, permitió soslayar, pero no superar, los dos defectos fundamentales del utilitarismo señalados en el párrafo precedente: la incommensurabilidad de las necesidades y la desarmonía de los intereses.

La idea de que la comunidad es una entidad independiente, con necesidades e intereses propios, debe ser rechazada como ilusoria. Todas las necesidades humanas son experimentadas por el individuo y el bienestar de la comunidad es lo mismo que el de sus miembros. De tal suerte que volvemos a las mismas dificultades anteriores.

¿De qué modo la invocación del "bienestar social" nos ayuda a superar la incommensurabilidad cualitativa de las necesidades? ¿Cómo elegir entre estimular las artes y las ciencias o la construcción de casas? ¿Cómo sumar libertad, alimentación, vivienda y buena música? Sin tal suma preliminar no es posible decidir qué es lo que "en la mayor extensión posible" promueve el "bienestar social".

Lo mismo ocurre con la desarmonía de intereses. Se dice que "todos", "la gente", "uno", desean buenas casas para habitar. Por lo tanto, se piensa, la directiva de una buena política de la vivienda debe consistir en la mejor satisfacción posible de esta necesidad común. La falacia radica en los términos generales utilizados. "La gente" no vive en casas; quien lo hace es A, B y C. "La gente" no desea obtener buenas casas, sino que A. desea obtener una buena casa para A, B desea obtener una buena casa para B, etc. Si las circunstancias no permiten la satisfacción de todos los deseos, estos intereses entran en competencia. "El interés de la comunidad" (el "bienestar social") es la falacia que pasa por encima de esta desarmonía y elabora un interés único armónico y un correspondiente beneficio único.

El utilitarismo y el principio del bienestar social, como la filosofía del derecho natural, son el resultado de la necesidad que la conciencia tiene de un principio de acción absoluto que pueda liberar a la humanidad de la angustia de la decisión. En esta variante de la metafísica moral pueden distinguirse dos componentes. Uno es el postulado de que los intereses de los demás deben tener el mismo peso que los propios. Esta apelación a los sentimientos de simpatía constituye la idea económica y políticamente activa en el utilitarismo. Resulta obvio que este postulado es una nueva dogmatización de la conciencia moral y jurídica, que solo puede buscar su fundamento en una intuición intelectual, aun cuando el propio utilitarismo pretende basarse en la experiencia.

utilitarismo se produjo una fusión de los elementos puros de éste con elementos de derecho natural e idealismo. Confróntese Ross, *op. cit.*, cap. V, 5-8.

El segundo componente es la doctrina de que cuando se acepta el postulado nuestras elecciones pueden ser descritas como una decisión racional entre cantidades mensurables. Esto es una falacia que choca con dos hechos fundamentales: la incommensurabilidad cualitativa de las necesidades y la mutua desarmonía de los intereses.

#### CAPÍTULO XIV

#### CIENCIA Y POLITICA

#### LXX CONOCIMIENTO Y ACCIÓN <sup>1</sup>

El presupuesto de las concepciones jusnaturalista y utilitarista examinadas en los capítulos precedentes, es que corresponde a la política jurídica descubrir el derecho correcto y válido en sí mismo, y que éste es un problema que puede ser resuelto cognoscitivamente, por lo menos en la medida en que pueden establecerse ciertos principios generales como guías para apreciar la "corrección" del derecho positivo.

No tiene objeto preguntar, además, por qué el derecho debe ser "correcto", esto es, por qué debe satisfacer las exigencias de la idea de justicia o el cálculo del placer. Estas exigencias son absolutas y categóricas, surgen de una captación *a priori* y no pueden fundarse en argumentos racionales.

El principio de política jurídica (la idea de justicia o el principio de la felicidad social), según este modo de ver, es a la vez un conocimiento (*insight*) y una exigencia. Es un conocimiento de los principios válidos que el derecho tiene que satisfacer para ser "correcto", un conocimiento que al igual que todo otro conocimiento tiene la pretensión de la verdad: es así y no de otra manera. Es una exigencia, porque reclama del legislador que actúe de conformidad con esos principios. La esperanza de que el legislador se comportará efectivamente así se basa únicamente en un llamado a su razón o conciencia. Como los otros seres humanos, el legislador puede aprehender, aunque sea en forma imperfecta, lo que es válido. Es tarea del conocimiento clarificar esta aprehensión y hacerla plenamente

<sup>1</sup> Ver Ross, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* (1933), Cap. I.

consciente, en la esperanza de que el legislador interpretará los mandatos de la razón y de la conciencia de acuerdo con ello.

El concepto de "corrección" (*rightness*) es un concepto *a priori*. No puede ser deducido de la experiencia de los sentidos, sino que se capta en una intuición intelectual. Del mismo modo el conocimiento que ha de permitirnos aprehender lo válido no es una ciencia en sentido empírico, sino que presupone una fuente de conocimiento distinta de la experiencia de los sentidos. Esta fuente de conocimiento es precisamente la visión espiritual con la que, libres de ataduras sensorias, aprehendemos directamente la naturaleza esencial de la existencia y la ley que gobierna nuestras acciones. Un conocimiento de este tipo es denominado metafísico. En consecuencia, toda filosofía jurídica y moral que tiende a establecer normas válidas por sí mismas para la acción de los seres humanos es metafísica.

Si tomamos como punto de partida la idea de que toda metafísica es quimera y que no hay otro conocimiento que el empírico (par. LVIII), podemos preguntarnos cómo es posible llegar, sobre esa base, a la política jurídica, es decir, a enunciar alguna guía para el legislador. Si no existe aprehensión *a priori* de una "corrección" absoluta, ¿en qué pueden fundarse las normas de acción? Si no hay "validez" absoluta, ¿con qué "derecho" pueden formularse directivas para la acción humana? Si el legislador no está metafísicamente obligado por los mandatos *a priori* de la razón, ¿qué fuerza motivadora pueden poseer tales directivas? Si todo conocimiento científico es por su naturaleza aprehensión de hechos empíricos y de sus correlaciones funcionales invariables, ¿cómo es posible, sobre base científica, enunciar algo que no se limite a simples declaraciones sobre hechos empíricos?

Estos problemas no son peculiares de la política jurídica. Existen problemas correspondientes en todas las ciencias que pretenden indicar cómo debemos comportarnos. Será conveniente, por lo tanto, dividir la respuesta en dos partes: tratar primero, en general, la relación entre conocimiento (ciencia) y acción (política), e investigar, luego, los problemas particulares de la política jurídica. La primera parte se estudia en el presente capítulo y la segunda en el siguiente.

Imaginemos por un momento, si ello es posible,<sup>2</sup> un ser semejante a un ser humano dotado de inteligencia, pero sin sentimientos ni pasiones de ningún tipo, sin ninguna forma de impulso, afán, amor, odio, etc. Tal ser miraría con absoluta apatía su circunstancia y sería alimentado en forma artificial. En razón de su inteligencia

<sup>2</sup> El experimento de pensamiento es solo posible como una abstracción. En realidad, el funcionamiento de la inteligencia es en sí una actitud basada en emociones.

podría aprehender y comprender la realidad. Pero aún cuando imaginemos a este ser dotado del más amplio conocimiento de hechos, de la más profunda captación de las leyes y correlaciones de la existencia, ninguna cantidad de conocimiento sería capaz de ponerlo en actividad. Todo conocimiento carece de interés práctico para una persona que no está interesada en nada. El conocimiento de que un peligro amenaza a mi vida si no me muevo del lugar en que estoy me dejará frío, sin interés y pasivo, si no tengo el deseo de preservar mi vida. El conocimiento de cómo alcanzar todas las glorias y bienes del mundo carece de fuerza motivadora para la persona que no desea esas cosas.

Este experimento sirve para ilustrar la absoluta diferencia que existe entre los actos de aprehensión de la conciencia (conceptuales o cognoscitivos) y aquellos que constituyen una actitud.<sup>3</sup> Los últimos están caracterizados por su polaridad, que se evidencia en pares de palabras tales como atracción-repulsión, amor-odio, aprobación-desaprobación, deseo-aversión. Como un término general para aludir a estos actos en que nos decidimos en base a una actitud, término que abarca por igual las actitudes con signo "más" o "menos", puede emplearse la palabra "interés" (aun cuando en el uso lingüístico ordinario esta palabra significa principalmente una actitud positiva). Si bien los actos de aprehensión y aquellos en que nos decidimos sobre la base de una actitud, o como podemos también decir, las creencias y las actitudes, se dan estrechamente conectados en interacción mutua, ellos designan formas primarias, no reducibles, de conciencia. Toda actividad consciente está necesariamente arraigada en una actitud. La mera aprehensión como tal, la pura captación o conocimiento, carece de toda fuerza motivadora.

Esto en modo alguno significa que nuestras creencias no influyen en nuestra actividad, sino únicamente que esta influencia se ejerce siempre por vía de un interés (actitud). Si de una actitud surge un motivo para la acción, la actividad resultante está guiada por nuestra inteligente concepción de los hechos y circunstancias. Si tengo interés en no mojar me, mi conocimiento del estado del tiempo determinará la vestimenta que me pongo. Si tengo interés en hacer negocios con fines de lucro, mis actos en ese terreno estarán determinados por mi conocimiento acerca de dónde se compra en mejores condiciones, de cuál será la tendencia de los precios, etc.

La función del conocimiento en la esfera de la acción puede, según esto, ser definida de la siguiente manera: el conocimiento no puede nunca *motivar* una acción, pero, presuponiendo un motivo dado (interés, actitud), puede *dirigir* la actividad.

<sup>3</sup> Confróntese FRANZ BRENTANO, *Psychologie*, 1925, II. Brentano hace de esta distinción la división fundamental de los fenómenos psíquicos.



Se sigue de esto que el papel del conocimiento (ciencia) en la esfera de la acción no puede consistir nunca en establecer normas categóricas o válidas en sí mismas, esto es, normas de un tipo cuya fuerza motivadora consista en el conocimiento mismo, y sean así independientes de toda actitud o interés subjetivos. Todo motivo para la acción, e igualmente toda invitación a la acción, surgen por necesidad de factores irracionales (intereses, actitudes) o apelan a ellos. La función del conocimiento solo puede consistir en dar directivas que no tienen más que una fuerza hipotética, sobre el presupuesto de un motivo irracional determinado (interés, actitud).

Y así la idea de un conocimiento práctico en sentido ético — la idea de un conocimiento que es en sí un motivo o la expresión de una exigencia categórica— es una imposibilidad.

Son, por ello, ilusorias las numerosas teorías formuladas en el curso del tiempo, sobre la deducción de normas absolutamente válidas a partir de hechos empíricos (el hecho de la solidaridad, por ejemplo), o de la naturaleza metafísica de la existencia, o de la naturaleza humana. Absolutamente nada puede deducirse sobre la acción humana de los hechos como tales. Los hechos son en sí mismos indiferentes. Solo adquieren relevancia al ser colocados en relación con un interés o actitud, que es independiente de ellos.

Esto vale aun cuando podamos —en contra de lo que creemos— apprehender una calidad específica en ciertos hechos, que puede ser denominada su "valor" o "bondad". Tal conocimiento no tiene tampoco fuerza motivadora independiente y solo posee significado práctico si tengo interés en "lo valioso" o "lo bueno".

Es presumible que todas estas teorías relativas a normas de acción absolutas, derivadas directamente de la realidad o dadas directamente a nuestro conocimiento, tienen, como dijimos en el párrafo LIX, una explicación psicológica. A saber, que los seres humanos, para escapar a la responsabilidad de la decisión y a la agonía de la elección, buscan ocultar la circunstancia de que todas las decisiones dependen en último análisis de nuestras propias actitudes.

#### LXXI LA INTERACCIÓN MUTUA ENTRE CREENCIA Y ACTITUD

Si limitamos el término acción a aquellos actos conscientes que son tema de deliberación y discusión, podemos decir que toda acción está condicionada por dos factores: las creencias del agente y sus actitudes.

Por creencia entiendo toda idea sobre la naturaleza de la realidad que el sujeto de la creencia considera verdadera o por lo menos probable. Puede referirse a hechos simples y a correlaciones invariables, a fenómenos cotidianos y a teorías científicas, a circuns-

tancias pasadas, presentes y futuras; en síntesis, a todo aquello respecto de lo cual los hombres hacen suposiciones más o menos bien fundadas.

Por actitud entiendo aquellos fenómenos de conciencia volitivos y emocionales que son la fuente (motivo) de toda actividad consciente. Ellos se dirigen a un objeto que se presenta al sujeto. El objeto puede ser una cosa, una persona, un suceso, un estado de cosas. Dichos fenómenos de conciencia se dan en dos tipos polares básicos, que se manifiestan en términos tales como las parejas atracción - repulsión, deseo - aversión, aprobación - desaprobación, amor - odio.

Las actitudes pueden ser experimentadas de diversa manera según su posición en un contexto psicológico más amplio. Tienen en común que expresan una cierta tendencia a la acción. La tendencia puede ser más incondicional, definida y actual, o más condicional, indefinida y potencial. Ocurre lo primero con aquellas actitudes en las que predomina un elemento voluntario, como es el caso en la conciencia de un propósito clarificado por deliberación y decisión; también en los estados emocionales más transitorios con una tendencia definida de desahogo (odio, temor, deseo). En estas actitudes la tendencia a la acción está caracterizada por una clara disposición a la acción. Lo último ocurre con aquellas actitudes en las que predomina un elemento emocional. Aquí puede darse también el caso de actitudes relativamente clarificadas y estables de amor y odio hacia cosas o personas; o de actitudes, más transitorias y cambiantes, de anhelo, esperanza o deseo dirigidas a un suceso o circunstancia. Aun cuando en estas actitudes preponderantemente emocionales la tendencia a la acción es menos acentuada, ellas contienen, sin embargo, una inclinación a actuar de una manera definida si la ocasión se presenta. Aquel que siente amor a un objeto le desea el bien; aquel que desea algo quiere también actuar para que lo que desea se realice. Pero, puesto que a menudo no se sabe si surgirá alguna oportunidad para la acción, y cuál será su contenido preciso, la tendencia a la acción adquiere aquí, como hemos dicho, un carácter más indefinido y latente. En un grupo especial se encuentran aquellas actitudes en las que, teniendo que elegir, preferimos un bien a otro. Estas se llaman actitudes de preferencia.

La creencia y la actitud son dos formas básicas de fenómenos de conciencia: la teórica y la práctica. Ellas se dan frecuentemente en fusión íntima, de suerte que solo por abstracción pueden distinguirse los dos componentes. Muchas palabras o giros lingüísticos expresan ambas formas al mismo tiempo. Son a la par descriptivos y definitorios de actitudes; tienen, podemos decir, un significado teórico y emocional (volitivo). No es raro que dos palabras o expresiones se usen para describir prácticamente el mismo objeto, pero con una carga emocional diferente. (Ejemplos: "líder" - "dicta-

dor"; "heroísmo"- "temeridad"; "hacer respetar el principio de autoridad"- "oprimir"; "defensor de la libertad y los derechos humanos"- "rebelde"; "política realista"- "maquiavelismo".) A la inversa, las mismas palabras dotadas de fuerte carga emocional se usan para designar fenómenos que difieren agudamente. En el lenguaje de Hitler, su dictadura era la "verdadera democracia"; su estado policial, el "verdadero" estado constitucional; su economía capitalista, el "verdadero" socialismo; y su regimentación, la "verdadera" libertad. De la misma manera, Stalin no estaba dispuesto a perder el capital o valor llave que representa la palabra "democracia". Llamaba a la Constitución soviética "la única constitución perfectamente democrática del mundo", admitiendo, al mismo tiempo, que "establecía el régimen de la dictadura del proletariado". Los órganos de prensa comunista usan regularmente una expresión con una fuerte carga emocional, "la voluntad del pueblo", para designar la opinión de una pequeña minoría que representa un porcentaje mínimo de la población.<sup>4</sup>

Estos hechos, y otros similares, explican por qué los estudios lingüísticos de la carga emocional de las palabras se cuentan entre los métodos empleados para descubrir las actitudes predominantes de un grupo.<sup>5</sup>

En un nivel superior, las actitudes y las creencias se fusionan, no simplemente en las palabras, sino en la creación de teorías de alcances amplios, tales como ideologías y programas políticos, sistemas religiosos y filosofías de la vida.

Tal como se enunció ya, la actitud práctica es un fenómeno espiritual irreducible, en el sentido de que de una creencia no se puede deducir una voluntad para la acción o una exigencia de acción: para un ser privado de sentimiento y voluntad todo el conocimiento del mundo carece de fuerza motivadora. Es así imposible probar por argumento racional —apelando a los hechos y aplicando la lógica— la "corrección" de una actitud.

Una cosa completamente distinta —y ello es importante para los problemas que estamos considerando— es que psicológica y causalmente tiene lugar una interacción mutua íntima entre las creencias y las actitudes.

Nuestras creencias respecto del mundo en que vivimos no se forman sucesivamente, a medida que acumulamos en forma gradual pruebas suficientes de la verdad de ciertas suposiciones. Por el contrario, la exigencia de documentación y examen crítico aparece solo en forma tardía en el desarrollo espiritual. Hay que partir de que las creencias están en medida muy limitada bajo el control de la

<sup>4</sup> Para las llamadas definiciones persuasivas, véase CHARLES L. STEVENSON, *Ethics and Language*, 1945, 206 y sigs.

<sup>5</sup> Véase, además, STUART CHASE, *The Tyranny of Words*, 1938.

experiencia y la crítica; ellas se desarrollan al impulso del temor, de la esperanza y de los deseos. Todos nosotros tenemos una fuerte tendencia a considerar como verdadera cualquier cosa que pueda aquietar nuestro temor, estimular nuestras esperanzas, halagar nuestros deseos. En los pueblos primitivos la libre fantasía, estimulada por las emociones, casi no conoce límites. Pero aun las comunidades que han progresado, en el sentido de adquirir capacidad para el pensamiento crítico, aun los científicos, para quienes esta capacidad debe ser una virtud profesional, exhiben todavía una inequívoca tendencia a que su concepción de la realidad se forme y colorea bajo la presión de factores irracionales. Estamos siempre dispuestos a ver lo que deseamos ver, y a cerrar los ojos a lo que no queremos ver. Nelson no ha sido el único que ensayó la treta de colocar el telescopio en su ojo ciego. Solo tenemos que mirar en nuestros corazones para saber cuán necesario es, por honestas que sean nuestras intenciones, estar continuamente alerta contra la ceguera, el prejuicio, el autoengaño o la falsificación.

El peligro del "pensamiento de deseo" (*wishful thinking*) o del prejuicio personal es particularmente grande respecto de las creencias sobre las condiciones sociales, parcialmente porque nuestras emociones se concentran en los asuntos de nuestros semejantes en mayor grado que en la naturaleza, y parcialmente porque la oportunidad para el conocimiento exacto y el examen efectivo es mucho menor en el campo social que en el campo de la naturaleza.

A la inversa, también nuestras actitudes están influidas por las creencias que sostenemos. Todos queremos apoyar nuestras actitudes en creencias. Por ejemplo, yo fundo mi aversión a las dictaduras en la creencia de que la dictadura conduce a la supresión de la libertad intelectual y personal, a la suspensión de la seguridad jurídica y a un uso difundido de la violencia. Pero no existe conexión lógica entre esta creencia y mi actitud práctica, ya que la lógica solo se refiere a la relación entre el valor de verdad de diversas aserciones. Una actitud carece de valor de verdad; es un hecho.

Del mismo modo, A piensa que los baños fríos son buenos porque cree que fortalecen el sistema nervioso; o B es vegetariano porque considera que la carne es mala para la salud.

Las creencias y las actitudes están, pues, en interacción mutua, y a menudo es imposible decidir cuál es primaria y cuál secundaria. Las razones (buenas) que la gente da para sus actitudes no son siempre las verdaderas. Cuando no lo son, hablamos de racionalización. Puede ocurrir muy bien, por ejemplo, que al vegetariano realmente no le guste la carne, y su creencia de que la carne es mala para la salud es la expresión de un prejuicio personal nacido de esta actitud. Ciertamente no es fácil decidir si el pueblo de los estados del sur de los Estados Unidos odia a los negros porque los

consideran mentirosos, estúpidos y sexualmente depravados, o si sustentan estas creencias porque los odia.

Puede posiblemente aceptarse que en última instancia las actitudes, como los reflejos, tienen su fundamento en la naturaleza biológica del organismo, pero que en el curso del crecimiento y desarrollo de la persona ellas se elaboran y llegan a ser un conjunto ramificado, condicionado por las creencias a las que se unen, de la misma manera que los reflejos condicionados se desarrollan a partir de los incondicionados. Por analogía podemos hablar así de actitudes incondicionadas y condicionadas.

Las actitudes condicionadas pueden ser clasificadas bajo otras actitudes "más elevadas" o más generales, según las creencias que las condicionan. Si, por ejemplo, soy partidario de los baños fríos porque pienso que son beneficiosos para la salud, y soy vegetariano también por razones de salud, ambas actitudes pueden ser consideradas como que derivan de, o están subordinadas a, una actitud positiva más general respecto de la salud, su preservación y promoción. Al enunciar las razones de nuestras actitudes podemos de esta manera intentar "sistematizarlas" o "armonizarlas", y superar aquellas que no encajan en el sistema. El impulso en esta dirección es propio, sin duda, del crecimiento hacia lo que llamamos carácter y personalidad. Es menester subrayar, sin embargo, que este ajuste no es una sistematización lógica, sino una armonización práctica, y que la armonía entre nuestras actitudes es un ideal que, como regla, se realiza únicamente en pequeño grado. En realidad, las actitudes de una persona son un conglomerado discordante, en una medida mucho mayor que la que dicha persona quiere admitir. Tenemos que ponernos en guardia contra actitudes declaradas referentes a principios generales. Existe el peligro de que ellas no sean otra cosa que verbalismos, a los que no corresponde una realidad psicológica. Con demasiada frecuencia vemos que la gente se declara sostenedora del principio de oportunidad igual para todos, pero, sin embargo, se opone a admitir que los negros tengan acceso a la educación superior; o dice que apoya el principio de libre competencia, y al mismo tiempo se opone a las medidas encaminadas a preservarlo.

Mientras más ascendemos en los niveles de generalización, se hace más dudoso que los ideales declarados correspondan a las actitudes reales. Si un hombre dice que no puede soportar a su vecino pelirrojo, que odia la carne de vaca con cebollas, o que está en contra de la limitación de las importaciones, no hay razón, en principio, para sospechar que se está engañando a sí mismo. Pero no podemos oír sus observaciones con igual confianza si se declara sostenedor de la democracia, o en favor de las reformas sociales para beneficio de los sectores más amplios de la población.

La cúspide de las construcciones irreales se alcanza en los

numerosos intentos que se han hecho, en el dominio de la filosofía, para sistematizar todas las actitudes en una actitud suprema, expresada en la idea del bien absoluto. Así, por ejemplo, cuando el utilitarismo decide que el placer es lo intrínsecamente bueno y que la mayor suma de placer es el objetivo de todos los afanes. La afirmación de una actitud fundamental como ésta, de la cual, se dice, derivan todas las otras, condicionadas por el cálculo hedonístico, es un verbalismo que no tiene apoyo en la realidad psíquica.

Por esta razón, si para comprender, predecir o influir en la acción humana, interesa conocer las actitudes de la gente, tenemos que intentar un análisis de las actitudes concretas y efectivas, y no de las formulaciones verbales que contienen principios expresos.

#### LXXII DESACUERDOS PRÁCTICOS: ARGUMENTO Y PERSUASIÓN

Supongamos que en una cierta situación A está actuando y B lo observa, interesado. Supongamos, además, que hay un desacuerdo entre ellos: si B tuviera que tomar la decisión, actuaría de manera diferente. Sobre la base de estas premisas nos preguntamos a) ¿qué es lo que hace que A y B actúen de manera distinta en la misma situación?, y b) ¿qué es lo que puede hacer B para convertir a A a su punto de vista, para transformar el desacuerdo en acuerdo?

a) Según el análisis previo, el punto de vista de una persona está dictado por la acción conjunta de sus creencias y actitudes. Se sigue de aquí que los desacuerdos prácticos pueden ser reducidos a una de las tres situaciones siguientes:

1) Desacuerdo de creencia, acuerdo de actitud.

Ejemplos:

A y B están de acuerdo en su deseo de mantener a Dinamarca fuera de los horrores de una guerra. A cree que la participación de Dinamarca en el Tratado del Atlántico Norte servirá ese propósito. B cree lo contrario. Ellos están, pues, en desacuerdo práctico respecto de sus puntos de vista sobre la participación de Dinamarca en el Tratado del Atlántico Norte.

A y B están de acuerdo en el deseo de adoptar medidas contra el peligro de la inflación y el riesgo de la desocupación. A cree que para ello es eficaz una restricción del crédito, pero B piensa que si bien la restricción del crédito tendrá un efecto anti-inflacionario, creará simultáneamente desocupación. En consecuencia, B no aprueba la línea política de A.

2) Desacuerdo (conflicto) de actitud, acuerdo de creencia.

## Ejemplos:

A es antisemita, B no lo es. Ambos están de acuerdo en que la discriminación contra los judíos perjudica el próspero desenvolvimiento de éstos. En consecuencia, A apoya las medidas discriminatorias, mientras que B no.

Por razones religiosas A se opone a la práctica del aborto. La actitud de B es que la mujer debe gozar de la libertad para decidir qué hará con su cuerpo. Ambos están de acuerdo en la creencia de que cierto proyecto de ley permite la práctica del aborto. En consecuencia, uno considera que el proyecto es indeseable, el otro todo lo contrario.

## 3) Desacuerdo (divergencia) de actitud.

## Ejemplo:

A y B hacen un viaje juntos. A tiene interés en el arte y no en el deporte. B, al contrario. Uno y otro quieren hacer cosas diferentes durante el viaje.

En este caso las actitudes de A y B discrepan, uno no comparte la actitud del otro. Pero no hay entre ellos conflicto de actitudes respecto del mismo objeto. En la misma situación A y B están sometidos a intereses divergentes. Las creencias que son relevantes para A (qué museos están abiertos, qué se exhibe en los teatros, etc.), son por ello irrelevantes para B, y viceversa. Aquí no podemos hablar, por lo tanto, de acuerdo ni de desacuerdo de creencia. Sin embargo, los casos de este tipo pueden fácilmente transformarse en casos del tipo 2). Si A y B están interesados tanto en el deporte como en el arte, pero sus predilecciones son diferentes, existe un conflicto de actitudes de preferencia. Tal conflicto es típico en la política, donde los partidos están de acuerdo en las consideraciones relevantes, pero discrepan acerca del "peso" de ellas. Así ocurre, por ejemplo, cuando dos partidos concuerdan en que tanto la seguridad militar como el bienestar social son objetivos deseables, pero asignan peso diferente a cada uno de ellos y, en tal virtud, adoptan posiciones diferentes respecto del cálculo de gastos para la defensa.

b) Debemos examinar ahora la cuestión de las posibilidades que tiene B de convertir a A a su posición. No se trata de un proceso lógico cuyo objetivo sea probar la verdad de una aserción. La posición de A no es una aserción, sino un hecho psíquico. Los hechos como tales (a diferencia de las aserciones acerca de hechos) no son "verdaderos" ni "falsos", no son "correctos" ni "incorrectos", no pueden ser probados ni refutados. Pero los hechos pueden cambiar y pueden ser modificados por obra del empeño humano. Toda la actividad técnica apunta a modificar los hechos de la manera deseada. Pero la relación entre la intervención técnica y el resultado

obtenido es una relación fáctica de causa a efecto, una relación causal, y no una relación lógica entre premisas y conclusión.

De aquí se sigue, por lo tanto, que todos los métodos para alcanzar acuerdos prácticos son intervenciones técnicas que se proponen influir en forma causal sobre la otra parte para cambiar su posición. Esto vale aun en el caso de que B emplee argumentos racionales. Porque el objetivo y la intención de estos argumentos no son probar *per se* la verdad de una aserción, sino ejercer influencia sobre los hechos psíquicos en que consiste la creencia sostenida por A.

La posición de A en una situación dada está determinada, como hemos visto, por la acción conjunta de ciertas actitudes y ciertas creencias relevantes para la decisión que enfrenta. Podemos llamar "creencias operativas" a estas creencias que desempeñan un papel en la formación de la posición de A. La tarea de B, según las circunstancias, puede consistir en influir en las creencias operativas de A (tipo 1); o en sus actitudes (tipo 2); o en ambas (tipo 3).

Pero sea cual fuere, la intervención directa no tiene que ser necesariamente aplicada en el punto en el que se ha de alcanzar el resultado. Esto es así en razón de la interacción íntima, ya examinada, que se da entre las creencias y las actitudes de una persona.

Si A, por ejemplo, se opone a que los negros tengan acceso a la educación superior, porque cree que su inteligencia no es adecuada, B puede, por supuesto, atacar esta creencia operativa en forma directa, mencionando las estadísticas de inteligencia y otros hechos. Pero es también posible que la creencia de A sea un prejuicio, que depende emocionalmente de una actitud de aversión general a los negros. En tal caso B puede alcanzar el mismo resultado e incluso un resultado mejor, si trata de conseguir que A cambie de actitud.

Si, inversamente, el problema —como en el tipo 2— es cambiar la actitud de A, esto puede lograrse no solo por influencia directa, sino también a través de las "creencias condicionantes", aquellas creencias que sin ser operativas en la situación dada, han condicionado en general la actitud de A.

Así, sea cual fuere el tipo de desacuerdo, la intervención puede dirigirse en forma inmediata, en razón de la conexión íntima entre creencias y actitudes, bien al conjunto de creencias de A, o bien al conjunto de sus actitudes.

De aquí se deriva una distinción fundamental entre los métodos que pueden utilizarse para alcanzar acuerdo práctico: I) los métodos racionales, que procuran influir directamente en el conjunto de las creencias de A (y de esa manera, en forma indirecta, quizá también en el conjunto de sus actitudes), y II) los métodos irracionales, que directamente procuran influir en el conjunto de actitudes de A (y de esa manera, en forma indirecta, quizá también en el conjunto de sus creencias).

1) En la práctica los métodos racionales asumen la forma de la argumentación que aduce aseveraciones para fundamentar una posición. (La palabra "fundamentar" no está usada aquí en su significado lógico). La función del argumento no es convencer al oponente de que la posición es "correcta" (tal concepto carece de significado), sino convertirlo, cambiando sus creencias operativas o sus actitudes condicionadas. Sobre esta base es imposible distinguir entre argumentos "válidos" e "inválidos". Los argumentos en una situación dada son simplemente efectivos o no efectivos, y no es posible decidir por adelantado cuáles de ellos son y cuáles no. Hay que arriesgar una suposición en cuanto a las creencias que de hecho determinan la posición adversaria.

La efectividad de un argumento no depende de la verdad de la aseveración, sino del hecho de que sea creída por el oponente. Es bien sabido, por lamentable que esto sea, que mucha propaganda efectiva utiliza aseveraciones mendaces. Si, por ejemplo, se desea suscitar o fortalecer una actitud de antipatía hacia los judíos, quizás no baste con dar expresión emocional a tal actitud. Puede obtenerse un efecto mucho más enérgico si, al mismo tiempo, la propaganda emocional es apoyada afirmando cualidades perniciosas y desagradables de los judíos; por ejemplo, que comen niños en sus ceremonias religiosas, que son la causa de las calamidades del país, que están siempre dispuestos a embaucar a todo hombre honesto, etc. Si existe ya un cierto prejuicio contra los judíos, tales afirmaciones se difunden fácilmente y son efectivas, no obstante su falsedad.

Por supuesto, la persona que usa argumentos mendaces corre el riesgo de que su falsedad sea puesta de manifiesto por los demás. El valor de verdad del argumento, como tal, está obviamente sujeto a la crítica y al examen usuales, mediante la documentación de los hechos, la apelación a la experiencia y la prueba científica. En los asuntos públicos, la discusión desempeña por ello un gran papel, al refutar y neutralizar la agitación basada en la mentira. Cuando la información no está limitada y hay libertad de expresión, a la larga la verdad prevalece. Las cosas son distintas en aquellos países en que el gobierno controla los medios de información y comunicación. Es una característica trágica y funesta de nuestro tiempo que, en tales condiciones, virtualmente no hay límites a la mendacidad, con lo que la propaganda puede ser diseminada para envenenar los espíritus de los hombres y transformarlos en instrumentos dóciles de la política de poder.

La argumentación puede seguir diversas tácticas, según las líneas siguientes:

a) Respecto de la función de la creencia dentro de la posición del oponente, la argumentación puede dirigir su ataque contra las

creencias que suponemos actúan en forma operativa, o contra las creencias que suponemos tienen una influencia condicionante sobre las actitudes de aquél.

En la primera alternativa, se procura un cambio de opinión capaz de influir, en forma directa, en la posición del oponente. Las creencias operativas pueden serlo respecto de actitudes que ya se han hecho manifiestas en la posición de A. (Ver más abajo, ej. 1); o también respecto de actitudes que B supone que están latentes en A (ej. 2 y 3). Esto último tiene mucha importancia en la argumentación corriente. A menudo no "tenemos conciencia" de todas nuestras actitudes en las deliberaciones que conducen a adoptar una posición. En la discusión, nuestro oponente, al aportar nuevas consideraciones, trata de apelar a actitudes latentes que no han tenido oportunidad de producir efecto. En uno u otro caso, las aseveraciones argumentativas pueden procurar arrojar luz sobre el contenido directo de la medida en discusión (ej. 2), o también sobre los efectos que la medida puede traer aparejados (ej. 1 y 3).

En la segunda alternativa, esto es, cuando el argumento se dirige a las creencias condicionantes se procura un cambio de opinión capaz de influir directamente en la posición del oponente, mediante un cambio en sus actitudes (ej. 4, 5 y 6).

b) Respecto de los medios empleados para cambiar las creencias del oponente, la argumentación puede intentar en forma directa probar la verdad teórica de las creencias que se desea que aquél acepte, buscando apoyo en el testimonio de la experiencia, en las conclusiones científicas y en las exigencias de la lógica (ej. 1); o bien puede intentar en forma indirecta suscitar una duda en el espíritu del oponente, abriendo sus ojos a la posibilidad de que las creencias que sustenta pueden ser explicadas psicológicamente como prejuicios dictados por ciertas actitudes (ej. 6). De esta manera, el oponente puede ser llevado a una reflexión crítica que a su vez lo conduzca a una revisión de sus creencias y, con ello —si sus creencias operativas o condicionantes están en juego— a un cambio de su posición.

c) Finalmente, las tácticas de argumentación pueden variar según que el propósito sea destruir determinadas creencias o proveer de creencias nuevas, o ambos.

A continuación se dan unos pocos ejemplos, parcialmente inspirados por Stevenson.

1) A: — Me opongo a la participación de Dinamarca en el Tratado del Atlántico Norte. Tal participación aumenta el riesgo de que Dinamarca sea arrastrada a un conflicto entre las grandes potencias.

B: — Eso no es verdad. El tratado, por el contrario, disminuirá ese riesgo. (Y luego B expresa la usual argumentación teórica en apoyo de su aseveración.)

En este caso, B ataca las creencias operativas de A acerca de los efectos de una cierta medida. No solo desea destruir las creencias de A, sino también proporcionarle creencias nuevas.

2) A: — Estoy en favor de la proyectada reforma impositiva. Es preferible que suban los impuestos, y no que el gobierno tenga que seguir colocando empréstitos.

B: — Eso puede ser verdad. Pero ¿ha considerado usted que el proyecto grava importantes artículos de primera necesidad y reduce los réditos exentos a un mínimo?

A: — No me había dado cuenta de ello. Tengo que estudiar el proyecto mejor.

En esta argumentación, B ataca la posición de A arrojando más luz sobre el contenido directo de la medida en cuestión. Su afirmación se propone suministrar a A creencias operativas, dirigidas a apelar a actitudes latentes en él.

3) A: — Pienso que está bien restringir el crédito en la situación actual. Ello contrarrestará el peligro de inflación.

B: — Posiblemente, pero, por otro lado, las restricciones en el crédito provocarán desocupación.

A: — ¡Ah! Eso cambia el aspecto del problema.

Aquí B quiere hacer ver a A algunos efectos que la medida puede traer aparejados, con la esperanza de que ello despertará una actitud latente.

4) A: — Las relaciones sexuales fuera del matrimonio son pecaminosas e inadmisibles.

B: — Piense usted por un momento cómo se ha originado su actitud. Es una tradición que usted ha recibido de otra gente, que a su vez la recibió de otros; surgió de la necesidad de dar un *status* social seguro a los niños. En aquellos tiempos no se conocían métodos de control de nacimiento dignos de confianza. Con los medios disponibles hoy en día, ya no existe la misma conexión entre las relaciones sexuales fuera del matrimonio y la descendencia ilegítima. Debemos liberarnos del poder de la tradición y mirar el problema a la luz de una nueva moral.

La argumentación de B es en parte del mismo tipo que en 1) y 3), en la medida en que quiere echar luz sobre las consecuencias de la cuestión examinada. La novedad está en que, además, trata de debilitar la posición de A, haciéndolo consciente del origen psicológico y sociológico de su actitud, en la esperanza de que una comprensión de ello, como creencia condicionante, ha de debilitar su fe en la validez absoluta de su posición. Quienes nunca han considerado seriamente cómo sus actitudes morales se hallan condicionadas por la historia, están inclinados a interpretarlas en términos religioso-metafísicos; es la voz de Dios o la ley de la naturaleza

que les habla por medio de su conciencia. Un ataque directo a sus creencias religioso-metafísicas a menudo será vano, aunque más no sea porque la argumentación epistemológica necesaria es tan complicada que pocos podrán captarla. Se obtienen mejores resultados, pues, dejando a un lado la posición metafísica y poniendo de manifiesto el origen histórico de la moral. Aunque esto no refuta, lógicamente, la aserción metafísica, puede hacer trizas la creencia en ella, como hecho psicológico. En un capítulo anterior (par. LIX) yo mismo he usado esas tácticas en mi crítica al derecho natural, y tendré oportunidad de usarlas otra vez al examinar la conciencia jurídica.<sup>6</sup>

5) A: — Yo estoy en favor de leyes que establezcan un control más riguroso de los precios. Ellas reducirán los exorbitantes aumentos de precio en el comercio.

B: — Pienso que su opinión sobre los hombres de negocios es errónea. Ellos desempeñan una importante función social y en la mayor parte de los casos son personas que viven modestamente.

A: — Bueno, quizá esté equivocado a su respecto.

En esta argumentación B no toca las creencias operativas de A referentes al control de precios y sus efectos, sino que dirige el fuego a las creencias de A que presumiblemente condicionan su supuesta actitud de general antipatía a los hombres de negocios.

6) A: — En mi opinión, un impuesto sobre los aparatos de radio es una tontería. ¿No es la radio, acaso, un medio de difusión de la cultura?

B: — Dígame, ¿no es usted titular de una gran cantidad de acciones de una fábrica de aparatos de radio?

A: — Así es.

B: — ¡Ah! Bueno, ahora puedo entender mejor su punto de vista.

Este ejemplo muestra cómo B al poner de manifiesto los intereses de A, y al sugerir que ellos influyen en su posición, intenta llevar a A a un autoexamen crítico que puede traducirse quizás en un cambio de posición. Aunque no tenga éxito, la argumentación de B —en un debate público— será suficiente para desacreditar el punto de vista de A a los ojos de los demás.

II) Los métodos irracionales pueden ser considerados como la contrapartida de los métodos racionales. Abarcan todas las técnicas para convertir a un oponente, salvo la argumentación (enunciado de aserciones). Es casi imposible hallar un término aceptado para designar lo opuesto a "argumentación". Prefiero usar la palabra "persuasión".

<sup>6</sup> Quisiera agregar que en este libro y en otros he formulado una crítica epistemológica de la metafísica moral.



La técnica de persuasión se funda en el hecho psicológico fundamental de que las emociones (actitudes emotivas y volitivas) pueden ser transmitidas lo mismo que las creencias. Pero mientras que la comunicación de las creencias ("pensamientos") depende siempre del uso de un lenguaje,<sup>7</sup> la transmisión de las emociones se vale de otros medios: gestos, conducta, mímica, ademanes, etc. Y cuando se usan términos lingüísticos, ellos funcionan de una manera diferente a su uso en la comunicación de pensamientos; no tienen entonces la función de símbolos, no se refieren a un objeto, sino que son exponentes directos de las emociones experimentadas. Tienen, podemos decir también, carga emocional, y no significado descriptivo.

En el párrafo II señalamos que el lenguaje se utiliza para otras cosas además de la expresión de creencias (aserciones). Las exclamaciones y las órdenes no tienen significado descriptivo, sino que expresan una emoción y, mediante persuasión sugestiva, provocan emociones correspondientes en los demás.

Ejemplos: Una concentración prorrumpe en gritos o exclama "¡Viva el rey!". Alguien le grita "¡Abajol" a un orador. Un hombre exclama: "¡Guarda!" Una madre dice: "No tienes que hacer eso", "¡Sigue, entonces", etc. Grito "¡Ay!" cuando me quemó. Exclamo "¡Qué bonito!", "¡Espero que venga!", etc.

La función emotiva del lenguaje no se limita a frases que, como las citadas, están gramaticalmente en el modo imperativo o desiderativo. Muchas frases que están gramaticalmente en el modo indicativo carecen de contenido descriptivo y tienen exclusivamente una carga emocional. Tal ocurre, obviamente, cuando con tono de orden le digo a un niño: "¡Ahora comerás tu merienda!". Pero lo mismo vale para los enunciados morales, aun cuando mucha gente los interpreta como verdaderas aserciones de una "validez" o "corrección" moral ("es su deber...", "es injusto...", "es inmoral...").

Pero tenemos que ir todavía más allá. La función emotiva del lenguaje no se limita a las expresiones que no tienen significado descriptivo. Tal como se hizo notar más arriba, (par. LXXI), muchas palabras tienen al mismo tiempo significado descriptivo y carga emocional. Esto es particularmente importante, porque esta fusión abre el camino para la persuasión insinuada bajo el ropaje de una argumentación aparentemente racional. En estos casos, la carga emocional será inestable, sin embargo, y dependerá en gran medida del énfasis, modo, gesto y de otros factores independientes de la palabra misma.

Algunas palabras relucen como joyas ("nuestra noble patria")

<sup>7</sup> Lenguaje ordinario, lenguaje de signos matemáticos, señales o algún otro sistema con función de símbolo.

y otras huelen mal ("el monopolio plutocrático capitalista"). Hay palabras de temperatura muy diversa y que exhiben sutiles diferencias en matices de valor, cuando se trata de elogiar y de censurar, de expresar respeto y desprecio, aprobación y desaprobación, admiración y desdén, amor y odio. Ellas se adecuan muy bien para servir de medios de persuasión, y a menudo son particularmente útiles precisamente porque la función de persuasión va unida a la función descriptiva. Tales palabras se aceptan con más facilidad, sin que el oyente llegue a descubrir que ha sido objeto de persuasión.

Las metáforas desempeñan un papel importante. En razón de su significado descriptivo fluido, más bien insinuado, son eminentemente aptas para la persuasión sugestiva ("la masa gris del pueblo"; "la grey de la iglesia"; "lacayos del capitalismo"; "padre", como manera de designar a un sacerdote). Toda la poesía lírica se vale de metáforas, y la función práctica de persuasión que éstas cumplen es particularmente clara en los himnos y en las canciones patrióticas. La metáfora, la melodía y la magnitud del coro se combinan aquí para producir un poderoso estimulante emocional, al par que el contenido descriptivo de las palabras queda completamente olvidado.

Es entretenido y vale la pena analizar un texto en relación con la función persuasiva de las palabras,<sup>8</sup> tal como hicieron Albert y Elisabeth Lee con las charlas radiales del padre Coughlin. Los discursos religiosos, patrióticos y políticos, por supuesto, son muy apropiados para ese análisis. Sería un error, empero, creer que la función de la persuasión se limita únicamente a estos casos. Siempre que usamos el lenguaje cotidiano ordinario, utilizamos, consciente o inconscientemente, los valores emocionales de las palabras.

La persuasión a través del lenguaje tiene especial interés para nuestros problemas, en razón de su similitud externa, que puede ser mayor o menor, con una argumentación racional.

Además, como hicimos notar, hay también formas de persuasión que no están ligadas al lenguaje. El grito "¡fuego!", en un teatro, crea pánico no solo por la exclamación misma, sino también por el tono y el gesto, y por la excitación que sigue al grito. Una marcha de protesta, una procesión fúnebre, el flamear de banderas, el izar una bandera, el aplauso, el repicar de campanas, el llanto de una mujer, etc., todos éstos y muchos otros fenómenos no lingüísticos cumplen, cada uno a su manera, su función propia de transmitir emoción, que puede ser utilizada para fines persuasivos. La homogeneidad religiosa y política de una comunidad se obtiene, en gran medida, mediante ceremonias, cuya función es fortalecer y estimular la unidad emocional del grupo. Algo similar ocurre en los diversos tipos de fraternidades. El efecto ideológico que va unido a un sistema

<sup>8</sup> *The Fine art of Propaganda*, 1939. Confróntese CHARLES L. STEVENSON, *Ethics and Language*, 1944, 249 y sigs.

de sanciones efectivamente aplicado (el orden jurídico), constituye una forma particularmente importante de persuasión.

Aunque estos métodos no lingüísticos de persuasión son en sí muy interesantes, no me detendré más en ellos porque su estudio no tiene importancia para nuestros problemas.

### LXXIII CIENCIA Y POLÍTICA

Tras este examen de los métodos para superar los desacuerdos prácticos, volvemos ahora al problema del papel que cabe asignar a la ciencia en relación con esto. Es el mismo problema que apareció cuando nos preguntamos si la ciencia puede dirigir la actividad humana, o cuando tratamos de ver qué relación hay entre la ciencia y la política, usando esta última palabra en su sentido más amplio.

Nuestro punto de partida es que la "misión" de la ciencia consiste únicamente en estar al servicio de la argumentación racional, suministrándole aseveraciones científicamente sostenibles y excluyendo, con discriminación crítica, aquellas que no pueden resistir un *test* científico. La persuasión queda necesariamente fuera del ámbito de la ciencia, sea que ella tenga lugar en forma ostensible, al decidir en base a una actitud y darle expresión, o en forma oculta, al utilizar la carga emocional de las palabras.

Puesto que la palabra "misión" tiene a la vez un significado descriptivo y un significado emotivo, este enunciado sobre la misión de la ciencia exige una explicación más detenida y una definición más precisa.

En primer lugar, el enunciado es una aseveración teórica de carácter semántico. Significa que si por ciencia entendemos algo así como un conocimiento sistemáticamente desarrollado y metódicamente comprobado, las actitudes emocionales y su expresión quedan claramente fuera del ámbito de la ciencia. Pero esta aseveración semántica, por supuesto, no dice que los científicos no pueden o que les está vedado expresar actitudes prácticas. Simplemente quiere decir que ese aspecto de su actividad no puede ser descrito como "ciencia", mientras usemos esta última palabra con el significado indicado más arriba.

En segundo lugar, el enunciado se formula también con la intención de expresar una actitud moral, una ética profesional para científicos, la idea de la objetividad o pureza de la ciencia. Esto significa una exigencia dirigida, en nombre de la honestidad, a los científicos, para que, si penetran en el campo de las actitudes y de su expresión, destaquen, con la mayor claridad posible,<sup>9</sup> los límites que separan aquella parte de su actividad que puede reclamar

<sup>9</sup> Los límites no pueden ser nunca trazados con absoluta precisión.

la autoridad y la validez objetiva de la ciencia y de la verdad, y aquella otra parte, que no puede pretender eso.<sup>10</sup> Si no se hace esa distinción, el hombre de ciencia usurpa, en beneficio de sus actitudes subjetivas, una autoridad que éstas no tienen derecho a reclamar. No se trata simplemente de un acto deshonesto en sí mismo; a la larga el prestigio y la autoridad de la ciencia se resienten.<sup>11</sup>

Sobre la base de la misma actitud, la aseveración semántica mencionada se eleva al rango de una exigencia moral: aquella parte de la labor del científico que no es de naturaleza teórica no debería ser designada con el nombre de "ciencia", porque esto contribuye a suprimir el límite.

Por otra parte, no hay que entender el enunciado como si presupusiera una actitud moral general, contraria al uso de métodos irracionales a los fines de la persuasión. No podemos imaginar una comunidad humana que no conozca la persuasión. Toda la educación y la preparación moral se valen de ella, y la efectividad del derecho depende en alto grado de su poder ideológicamente sugestivo. Juzgados a la luz de los ideales humanistas, los métodos racionales no son en sí mejores ni peores que los irracionales. Ambos pueden ser usados por igual al servicio del bien y del mal. Cualquier apreciación acerca de ellos debe tomar en cuenta el espíritu con que son usados y las circunstancias en que son puestos en práctica. "Propaganda" es el nombre odioso que recibe una argumentación hecha sin respetar la verdad, esto es, usando mentiras o desfiguraciones, u ocultando partes de la verdad, y apelando a aquellas emociones que desde un punto de vista humanista son menos admirables: ambición de poder, odio, temor, envidia, vanidad. "Regimentación" es el nombre odioso que recibe la persuasión que no respeta la autonomía moral del hombre. Por otra parte, "información" es la denominación encomiástica que recibe una argumentación que respeta la verdad, y "educación", la que designa una persuasión emocional en armonía con los ideales humanistas.

Dejando a un lado aquellas tendencias metafísico-filosóficas que creen todavía en la capacidad de la ciencia para captar una "corrección" ("rightness") *a priori*, puede afirmarse que el principio de la pureza de la ciencia es hoy generalmente reconocido. Si todavía continúa dando lugar a discusión, ello se debe a) en parte a que no obstante la adhesión al principio, a menudo se lo contradice en la práctica; y b) en parte, a que hay discrepancias en cuanto a las conclusiones metodológicas que se extraen del principio.

a) En relación con el primer punto, es un hecho que la exi-

<sup>10</sup> Al destacar que estoy expresando una actitud, creo que, en este caso, he satisfecho la exigencia moral.

<sup>11</sup> La última frase expresa una aseveración que condiciona mi actitud.

gencia de pureza es mucho más difícil de observar en las ciencias sociales que en las ciencias naturales. Esto obedece a la circunstancia de que el científico de lo social, en una medida mucho mayor que el científico de la naturaleza, está comprometido emocionalmente respecto del tema de su trabajo. Nuestras emociones más fuertes son aquellas que están dirigidas a las circunstancias de nuestros semejantes. Una persona, cuyo trabajo se refiere a esto, es ella misma parte del tema de que se ocupa, en una medida mucho mayor que una persona entregada al estudio de los fenómenos naturales. Por esta razón, es mucho más difícil liberar a las ciencias sociales de pensamientos de deseo (*wishful thinking*) e ideología. Si algunos matemáticos tuvieran una fuerte preferencia por los círculos y otros por los cuadrados, o si algunos físicos la tuvieran por la luz y otros por el sonido, es concebible que en estos campos se haría sentir también una inclinación parecida al prejuicio ideológico.

Estas circunstancias explican el hecho de que las ciencias sociales han sido, y en gran parte todavía son, una mezcla infortunada de ciencia y política. En el campo del derecho constitucional, Hans Kelsen ha demostrado con infatigable empeño de qué manera grandes sectores de aquél han sido escritos para defender los intereses de un régimen existente. Con gran maestría Kelsen ha expuesto los manipuleos e imposturas que las actitudes políticas emplean, consciente o inconscientemente, para disfrazarse de ciencia, intentando atribuirse así, en forma engañosa, la autoridad que el nombre de la ciencia acuerda. En relación con la economía, Gunnar Myrdal, en su obra ya clásica, *The political element in the development of economic theory*, ha mostrado, en brillante análisis, cómo las actitudes políticas afectan secretamente los conceptos fundamentales y la elaboración de la teoría económica. En el concepto de valor, en la teoría de los precios y del interés, en las ideas de "bienestar público", "armonía de intereses", "balance", "equilibrio", "estabilidad", en las ideas de "funcionamiento natural", "libertad", "administración económica", y en muchas otras partes elementales de la economía teórica, se deslizan componentes de actitud ocultos, que dan a la doctrina un sesgo político, al propio tiempo que esa doctrina es ofrecida como una descripción objetiva y científica de la realidad. En una obra posterior Myrdal demostró que en la sociología las cosas ocurren de modo semejante.<sup>12</sup>

b) Es un buen signo, una prueba de mayor comprensión epistemológica y de un respeto más vivo al ideal de una ciencia pura, que en tiempos recientes se haya experimentado, en muchas áreas de las ciencias sociales, una poderosa reacción contra la retrógrada influencia de la política sobre la teoría. Max Weber fue el pionero

y muchos otros han seguido sus pasos. Esta misma reacción, sin embargo, explica quizá por qué algunos estudiosos han sacado conclusiones metodológicas excesivas de la idea de pureza de la ciencia. En la obra de Kelsen, en algunos jóvenes juristas suecos y en muchos prominentes sociólogos norteamericanos, por ejemplo, encontramos la exigencia metodológica de que la ciencia se atenga estrictamente a los hechos y a su explicación teórica, y se abstenga de todo intento de convertir al conocimiento teórico en guía para los esfuerzos prácticos; este aspecto debe dejarse a los políticos. El lema es: la ciencia es una cosa; la política, otra.<sup>13</sup>

Myrdal ha demostrado en forma brillante que este idealismo en pos de la objetividad, que suena tan atractivo, se excede en sus pretensiones.<sup>14</sup> En primer lugar, la exigencia ideal no puede realizar su propósito. En segundo lugar, en la medida en que pudiera realizarlo ello impediría toda cooperación fructífera entre la teoría y la práctica.

Respecto del primer punto, Myrdal muestra que el peligro ideológico no consiste tanto en la formulación ostensible de conclusiones prácticas extraídas de la teoría, como en las actitudes ocultas que van implícitas en los conceptos empleados. La mayor parte de la terminología es tomada en préstamo del lenguaje cotidiano y tiene una carga emotiva. Es en realidad imposible que el científico social se eleve por encima del medio social en que vive, y libere su espíritu de toda inclinación emocional. La idea de "atenerse a los hechos" a toda costa es, por lo tanto, una ilusión. Tampoco es necesaria para la pureza de la ciencia. Esta exigencia queda satisfecha en cuanto las actitudes ocultas son traídas a la luz del día como presupuestos explícitos. Las conclusiones adquieren entonces un carácter hipotético-objetivo: se las sostiene bajo la condición de que se acepte un determinado conjunto de actitudes.

La otra objeción de Myrdal tiene quizás más peso todavía. Si la ciencia realmente hubiera de abstenerse de toda formulación práctica de sus resultados, podríamos entonces imaginar una compilación de todo el conocimiento teórico, de la que el político tendría que extraer por sí mismo lo que necesitara. La mayor parte de las veces, empero, simplemente no lo encontraría. El conocimiento especial que es necesario para la solución de problemas prácticos específicos, solo se alcanza en vista de esos precisos problemas. Para producir el conocimiento técnico requerido, la investigación teórica tiene que ser organizada, planeada y llevada a cabo bajo la guía de los problemas prácticos.

Puede añadirse para complementar la línea de pensamiento de Myrdal, que este estado de cosas es ya bien conocido en las cien-

<sup>12</sup> GUNNAR MYRDAL, *An American Dilemma*, 1944, 1045 y sigs.

<sup>13</sup> Confróntese MYRDAL, *op. cit.*, págs. 1041 y sigs.

<sup>14</sup> *Loc. cit.*

cias naturales. Las ciencias técnicas o aplicadas —las ciencias de la medicina, agricultura, construcción de puentes, etc.— no consisten únicamente en una adecuada selección y coordinación de los resultados de las ciencias básicas; ellas son ramas específicas de la ciencia, cuya investigación está organizada en vista de objetivos prácticos específicos. Sería inconcebible que un médico obtuviera su preparación de una selección adecuada de las ciencias básicas (química, biología, fisiología, etc.). La medicina es una ciencia específica en el sentido de que, a la luz del conocimiento general de las ciencias básicas, investiga por iniciativa propia hechos y leyes científicos, según su relevancia operativa para una actitud fundamental, a saber, que es importante preservar y promover la vida y la salud del hombre. Del mismo modo, la física atómica está organizada en relación con la actitud de que es deseable utilizar la energía atómica para la construcción, entre otras cosas, de bombas.

A nadie se le ocurrirá controvertir, por estas razones, la pureza científica de las ciencias naturales aplicadas. El científico no decide por sí mismo la actitud. La premisa valorativa que preside su investigación no es suya. El científico atómico no afirma el valor de producir bombas atómicas, como tampoco el estudiante de ciencias médicas afirma el valor de preservar y salvar la vida humana. Su ciencia es puramente objetiva e hipotética; dados estos fines, el conocimiento resultante es operativo respecto de ellos. La premisa hipotética afecta la pureza de la ciencia tanto como la afecta la elección que siempre tiene que hacer el estudioso, antes de ponerse a trabajar en una rama de la ciencia en lugar de hacerlo en otra.

La elección de la premisa está determinada por el deseo de que los resultados de la ciencia aplicada tengan un valor operativo en relación con actitudes prácticas. El estudioso, por lo tanto, solo acepta en forma hipotética los objetivos vigentes. La ciencia de la agricultura está motivada por el hecho de que la gente trabaja en la agricultura y quiere obtener el mayor provecho económico posible. La ciencia de ingeniería lo está por el deseo de ser capaz de resolver problemas técnicos diversos. Por supuesto, nada impide el desarrollo de una ciencia aplicada referente a la construcción de pirámides de vidrio. Es obvio que si ella no se ha desarrollado hasta hoy, es porque no se ha sentido un deseo práctico correspondiente. Tal ciencia estaría desprovista de relevancia operativa.

Cabe preguntar ahora si se pueden aplicar a las ciencias sociales puntos de vista metodológicos semejantes. Esto significaría que el científico social acepta hipotéticamente, de la misma manera impersonal, las actitudes políticas vigentes en los círculos que poseen el poder en la comunidad, es decir, que al igual que sus colegas de las ciencias naturales aplicadas, pone su conocimiento a disposición de objetivos dados, sin adoptar por sí ninguna actitud respecto de ellos.

En principio esta pregunta puede ser contestada por la afirmativa, aunque hay ciertas diferencias vitales que hacen que el sueño corriente de que las ciencias sociales lleguen algún día a constituir una "ingeniería social" tenga que seguir siendo un sueño.

Una de esas diferencias es que mientras que es posible fijar las disciplinas de las ciencias naturales aplicadas en objetivos relativamente unívocos<sup>16</sup> —eficiencia en la agricultura, en la fabricación de bombas atómicas, en la construcción de puentes— no ocurre lo mismo con las ciencias sociales aplicadas. No existe un correspondiente objetivo, relativamente simple, en política. Los intentos de elaborar uno en la forma de "bienestar de la comunidad", "salud social" y cosas semejantes, son ilusorios. La tarea política estará siempre referida a una multiplicidad de actitudes, que no constituyen un sistema sino un conglomerado. Analizando una situación específica, hallaremos una gran variedad de componentes de deseo, que no reflejan simplemente los intereses de diferentes grupos sociales, sino también una diversidad de deseos y necesidades dentro del mismo grupo. No hay una simple "necesidad política"; un simple "objetivo político", que puedan ser definidos y aislados como lo son los objetivos técnicos. La tarea política es siempre una tarea de integración, un ajuste de consideraciones incommensurables. Hay problemas de maximización y problemas de distribución; consideraciones de economía, de política partidaria y de estrategia militar; consideraciones sobre ocupación y desocupación, inflación, balance comercial; consideraciones a corto y a largo plazo; ideales culturales y sociales; el deseo de seguridad en materia de política exterior, etc. Todo ello refleja una multiplicidad de actitudes que tienen que ser pesadas y ajustadas. La decisión política, por lo tanto, tiene siempre el carácter de una resolución, no de una solución (como la solución de un problema técnico).

Además, las actitudes políticas con frecuencia no están clarificadas. Son inciertas y nebulosas. Nuestras actitudes están condicionadas por nuestras creencias. Si estas últimas son inciertas y nebulosas (como lo son, por cierto, respecto de conexiones sociales enormemente complicadas), también lo serán las actitudes. No poseemos conocimiento suficiente de los hechos sociales y de su correlación, para saber qué es lo que queremos. Nadie pensó en la ocupación

<sup>16</sup> El contraste no es absoluto. También las ciencias naturales aplicadas operan en alguna medida, con objetivos incommensurables. Un receptor de radio no puede poseer a la vez un máximo de selectividad y un máximo de calidad de reproducción; un motor no puede tener a la vez un máximo de velocidad y un máximo de potencia. El contraste es, empero, significativo. La inevitable elección entre diversas posibilidades técnicas, que hay que hacer en una situación específica, por lo común no tendrá carácter político y será aceptada por el interesado como una solución técnica para sus necesidades.

plena como objetivo mientras las crisis económicas fueron consideradas fenómenos naturales inevitables. Por ello el papel de la teoría no es puramente técnico. También debe guiarnos respecto del objetivo mismo; debe clarificar y precisar las actitudes políticas, corrigiendo y complementando las creencias condicionantes; o indicar los objetivos que se propondrían quienes poseen el poder, si tuvieran una concepción más adecuada de la realidad que la que realmente tienen.<sup>16</sup>

Las diferencias que hemos señalado explican por qué la ciencia social aplicada tiene que comenzar y terminar en forma distinta que las ciencias naturales.

Tiene que comenzar de otra manera, porque no encuentra sus premisas en el mismo estado de elaboración y clarificación que las ciencias naturales. El primer paso, por lo tanto, ha de ser estudiar y tabular las actitudes políticas fácticas, tal como se expresan en los intereses, simpatías, aspiraciones e ideologías de los distintos grupos influyentes. Pero esto no es más que materia prima que debe ser elaborada. Hay que investigar si los diversos objetivos son compatibles entre sí o exigen un balance mutuo, y hay que examinar si están condicionados por una inadecuada concepción de la realidad, que reclama ser corregida a la luz de un conocimiento mejor y más completo. Solo después de esto el científico de lo social alcanza el punto en que puede formular sus premisas hipotéticas, la nómina de consideraciones y objetivos políticos que habrán de determinar la dirección de sus investigaciones y de sus conclusiones prácticas. Aun cuando el problema así descrito puede en principio ser planteado y resuelto como un problema objetivo, científico, está circundado, empero, por tantas dificultades y falta de certeza que, en la práctica, las opiniones y preferencias personales tomarán parte inevitable en la elaboración de la nómina de objetivos. En la ciencia social aplicada las presuposiciones emocionales no pueden ser objetivadas en la misma medida que en las ciencias naturales. Difícilmente el científico social dejará de ser, en alguna medida, también un reformador social.

Quizá más importante aún es destacar que la ciencia social aplicada debe concluir también de otra manera: jamás puede ser racionalmente concluyente como lo es la ciencia natural; esto es, dar una solución inequívoca a los problemas de la acción. En este contexto no aludimos a defectos en las creencias operativas debidos a las lagunas que hoy presentan las ciencias sociales. Aludimos aquí a una cuestión de principio, que seguiría siendo válida aun cuando conociéramos cabalmente los hechos y mecanismos de la vida de una comunidad. El factor decisivo es el hecho de las consideraciones

<sup>16</sup> El contraste tampoco es absoluto en este punto. El deseo de construir automóviles no surge mientras no existe un cierto conocimiento de tecnología.

múltiples. Nunca será posible elaborar directivas técnicas sobre ocupación plena de la misma manera que pueden darse directivas para la fabricación de bombas atómicas. El problema práctico de la ocupación y desocupación no puede ser aislado del contexto social. Los métodos de intervención varían con el contexto y deben ser evaluados en base a la totalidad de las consideraciones, y no meramente por su eficacia para combatir la desocupación. Aun después de haber recogido con la mayor prolijidad todos los hechos y sus correlaciones, siempre habrá que dar un salto, lo que significa que todas las consideraciones son tomadas en cuenta y pesadas en una "resolución", esto es, en un acto irracional. La ciencia social no puede nunca pretender una "solución"; es decir, una directiva que brota en forma inequívoca del objetivo dado en conexión con el conocimiento técnico.

En relación con esto se presenta un especial problema metodológico, a saber, si el científico social debe dar por sí mismo este salto, si debe realizar este balance de consideraciones que se traduce en una resolución, o si debe limitarse a colocar las consideraciones sobre la mesa y dejar que los hombres de acción extraigan las conclusiones prácticas. (El problema es agudo en el actual debate sobre metodología jurídica; ver par. LXXIX.)

Es obvio que la actividad de que estamos hablando no es de naturaleza científica. Sin embargo, de la idea de la pureza de la ciencia no podemos inferir que tal actividad no debe ser llevada a cabo por un científico. Hay que subrayar, simplemente, que el científico no actuaría allí como representante de la ciencia. Por lo demás, el teórico está en una mejor posición que el práctico para hacer el balance, porque él es quien posee un conocimiento directo y amplio de los hechos relevantes y de sus implicaciones. Aunque se suministre esa información al práctico, ella no le dará la misma comprensión de las diversas consideraciones y posibilidades. Pensemos en la relación paralela entre un médico y su paciente. Por ejemplo, un médico puede dar a un paciente un consejo preciso sobre cirugía y su opinión puede ser considerada obligatoria por el paciente, pues éste entiende que el médico está en mejor posición para apreciar las posibilidades a la luz de los intereses del propio enfermo. Pero el balance de las consideraciones puede ser tan poco decisivo que el médico prefiera informar al paciente, con la mayor amplitud, para que éste decida.

Pienso, por lo tanto, que es compatible con la idea de la pureza de la ciencia, y que es conveniente, además, que sea el teórico quien dé el salto irracional y haga conocer el resultado en la forma de instrucciones al práctico. Las instrucciones del teórico, ciertamente, jamás pueden eximir al práctico de la resolución final y de la responsabilidad final. Para aclarar esto volvamos al ejemplo de las instrucciones del médico al paciente. El consejo del médico está basado en la actitud general respecto de la preservación de la vida y de la sa-

lud, en conexión con su conocimiento profesional. Pero para el paciente puede haber otras consideraciones que son también determinativas. Del mismo modo, las directivas que da la economía aplicada están determinadas en base al conocimiento del economista de las condiciones económicas, mientras que es perfectamente concebible que el político responsable necesite aplicar también otros criterios, por ejemplo, los que se refieren a la estrategia militar y a la táctica de la lucha partidaria. Es sin duda deseable una racionalización del comercio minorista sobre la base de criterios puramente económicos. Sin embargo, muchos políticos se oponen a la idea porque, por fundamentos ideológicos, o en razón de tácticas de partido, consideran ventajoso seguir teniendo una clase de pequeños comerciantes independientes. A pesar de los buenos argumentos económicos, Bismarck era contrario a la libertad industrial, porque veía un peligro para el Estado en el crecimiento de una industria en gran escala. La socialización del comercio en Rusia fue llevada a cabo no tanto por razones económicas como por razones políticas: para desarrollar el movimiento cooperativo en la agricultura y, con ello, la coherencia del nuevo Estado.

Estos ejemplos pueden ser generalizados de la manera siguiente: el práctico responsable, ubicado en el medio de una situación real de acción, debe tomar en cuenta todas las actitudes y consideraciones que pueden derivarse de las circunstancias operativas. Su política es *integral*. El teórico nunca se encuentra de igual manera *in medias res*. Sus premisas hipotéticas de actitud son estilizadas y simplificadas. Las condiciones operativas y las consideraciones condicionadas por ellas que invoca, están limitadas al campo de visión propio de su profesión particular. Sus observaciones son abstractas, sus conclusiones políticas, *diferenciales*.

Esto explica por qué todos los expertos del mundo jamás harán innecesario al político. La tarea irreductible que corresponde a éste es la integración de las políticas diferenciales del conjunto de expertos. El experto ve las cosas profesionalmente con un solo ojo. El político debería tener también ojos en la nuca. La idea platónica de que los científicos son los llamados a regir el Estado, se basa en la falsa idea intelectualista de que para realizar la acción correcta basta con poseer el conocimiento correcto. En los Estados Unidos de hoy esta idea perdura en el sueño de que las ciencias sociales alcanzarán un día tal cumbre de perfección, que los científicos sociales, los técnicos sociales y los mecánicos sociales, harán que los políticos sean superfluos, y controlarán el Estado con la misma eficacia práctica que exhiben sus colegas de las ciencias naturales cuando construyen una fábrica de automóviles.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Respecto del problema del papel del jurista como técnico social, los representantes típicos y más influyentes de un racionalismo vigoroso son

## LXXIV DISCUSIÓN

Durante siglos la teoría política ha marchado bajo la bandera del absolutismo filosófico y del racionalismo. El problema de la acción política ha sido considerado como un problema racional; la discusión política, como una manera de determinar, a la luz de principios racionales, cuál es la acción *correcta*. Este absolutismo y racionalismo han caracterizado no solo a la teoría, sino también a la práctica; no solo a los filósofos, sino también a los políticos, a los juristas y a los legos. Las ideologías políticas han sido proclamadas y aceptadas como verdades racionales, y la argumentación de política jurídica ha asumido la forma de deducciones a partir de las verdades eternas de la justicia y del derecho natural.

Probablemente debajo de este ropaje metafísico han estado siempre ocultos pensamientos, más o menos imperfectos, basados en una concepción operativa de la realidad sobre base empírica. Solo en tiempos modernos —en las últimas generaciones— se ha intentado seriamente dar a la discusión política una base científica. Pero estos intentos han carecido de apoyo metódico en una teoría básica de la naturaleza de la argumentación práctica, de su función y de su mecánica.

Considero que la teoría bosquejada en este capítulo es un primer intento fragmentario en esta dirección. Se basa en el punto de vista fundamental de que la discusión política no se da en el plano de la lógica: no trata de probar verdades; se da en el plano psicológico.

Harold D. Lasswell y Myres S. Mc Dougall. Véase su trabajo conjunto "Legal Education and Public Policy" en LASSWELL, *The Analysis of Political Behaviour*, 1947, 21 y sigs., y MYRES S. MC DOUGALL, "The Law School of the Future", *Yale L. J.*, 1947, 1345.

Desde el campo opuesto HANS J. MORGENTHAU, *Scientific Man v. Power Politics*, 1946, ha formulado una aguda crítica a la creencia racionalista en la capacidad de la ciencia para resolver problemas sociales y controlar la vida comunitaria mediante la ingeniería social. Estoy de acuerdo con ese punto de vista, pero no con la argumentación del autor. Porque Morgenthau subraya primordialmente que las ciencias sociales no son capaces de predecir con certeza el curso de la vida social, sino que están limitadas a un cálculo de tendencias probables (*op. cit.*, 126 y sigs., 151). Aun cuando esto sea verdad, carece de importancia. Lo relativo a la falta de certeza no explica la diferencia fundamental que distingue los problemas sociales de los problemas de la ciencia natural aplicada. Tal como se explica en el texto, la diferencia decisiva debe ser buscada en los presupuestos emocionales. Lo que es específicamente político es la integración de consideraciones múltiples. Cada una de éstas puede estar fundada en conocimiento científico, pero la integración misma es un acto irracional que se encuentra más allá del dominio de la ciencia.



gico-técnico causal; procura producir acuerdos prácticos influyendo en el punto de vista de un oponente a través de la argumentación y de la persuasión. Dentro de esta estructura desempeñan un papel las aserciones racionales, argumentativas, basadas en la experiencia común o en el conocimiento científico. Pero su función no es probar una verdad, sino convencer a un oponente, esto es, convertirlo al punto de vista propio.

No hay nada nuevo bajo el Sol. La tesis sostenida aquí significa el reconocimiento de una disciplina que desempeñó una parte considerable en la antigüedad clásica, pero que desde los días de Descartes ha sido totalmente olvidada: la retórica. Para los griegos, la retórica era diferente del estudio de la oratoria y más importante que ésta. Tal como se desprende del *Tópico* y de la *Retórica* de Aristóteles, era un estudio amplio de la técnica que debe usarse para obtener el apoyo de otros, mediante una acción adecuada sobre sus pensamientos y espíritus. Y éste es el objetivo del político práctico y del político teórico. Esto, a diferencia de como lo presentan los racionalistas, nada tiene que ver con el cinismo. Dicha técnica solo se vuelve cínica si se la ejerce sin respetar la verdad y los ideales humanistas de nuestra civilización. La tarea de la ciencia es, precisamente, estimular la argumentación política con el mayor respeto posible hacia la verdad.

Charles L. Stevenson y Ch. Perelman,<sup>12</sup> entre otros, han contribuido a la fundamentación de una nueva retórica.

<sup>12</sup> Véase CHARLES L. STEVENSON, *Ethics and Language*, 1944; Ch. PERELMAN, "Réflexions sur la justice", *Revue de l'Institut de Sociologie*, n° 2/1951, Bruselas; "Raison éternelle, raison historique", *Actes du VI Congrès des Sociétés de Philosophie de Langue Française*, 1952, 347; Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Rétorique et Philosophie*, 1952.

## CAPÍTULO XV

### AMBITO Y TAREA DE LA POLITICA JURIDICA

#### LXXV DELIMITACIÓN ENTRE LA POLÍTICA JURÍDICA Y LAS OTRAS POLÍTICAS

Si partimos de una teoría idealista del derecho, no es difícil establecer cuál es la tarea específica de la política jurídica, qué es lo que la distingue de las otras políticas. El derecho tiene su objetivo en sí mismo: perfeccionar la idea de justicia inherente a él. La política jurídica es la doctrina que enseña cómo alcanzar este objetivo. Este distingue a la política jurídica de la política del bienestar, de la política cultural y de la política del poder, que están determinadas en base a objetivos diferentes: económicos, culturales y políticos. Es posible también adoptar el punto de vista de que la política jurídica es una rama específica de la política cultural, aquella rama que queda contenida en la idea cultural específica del derecho.

Si rechazamos, en cambio, tal como lo hemos hecho, la concepción de una idea específica del derecho que acuerda a éste un valor absoluto por sí mismo, y en lugar de ello consideramos al derecho positivo como una técnica social o como un instrumento para alcanzar objetivos sociales de cualquier tipo (económicos, culturales y políticos), entonces la cuestión se hace más compleja:

Parece, por lo tanto, que el punto de partida ha de ser que la política jurídica no está determinada por un objetivo específico, sino por una técnica específica: abarca todos los problemas prácticos que origina el uso, para el logro de objetivos sociales, de la técnica del derecho, en particular de la legislación.

Así definida, sin embargo, la política jurídica ocuparía un ámbito mucho mayor de aquel que en general se considera como legítimo campo de acción del jurista.

Mediante sanción legislativa se aprueba un presupuesto, se imponen tributos y tasas y se lanzan empréstitos. No obstante ello, los

problemas que caen bajo estos rubros no son considerados propios de la política jurídica, sino cuestiones que pertenecen a la política financiera y a la esfera de competencia de los economistas. Del mismo modo, los problemas de la regulación de las relaciones entre las clases sociales (en particular, la regulación de las condiciones de trabajo y de la previsión social y de la ayuda a los necesitados) pertenecen a la política social, por más que tales medidas son llevadas a cabo por medio de la legislación; los problemas de cambio y de las restricciones a la importación y a la exportación pertenecen a la política comercial; los problemas de precios, producción y distribución, a la política industrial y de la producción; los problemas educativos, religiosos, etc., a la política cultural; los tratados, a la política exterior; las cuestiones militares, a la política de la defensa nacional; y así sucesivamente.

Dejando a un lado cuestiones puramente lingüísticas de formulación, la guía exclusiva en éstos y en otros problemas políticos tiene que ser suministrada, naturalmente, por los expertos en los respectivos campos (economistas, educadores, militares y especialistas en política exterior), y no por los juristas.

¿Cuál es entonces el lugar reservado para la específica política jurídica como esfera de competencia de los juristas? Quizá podríamos pensar que tal esfera comprende, por ejemplo, los contratos, la responsabilidad extracontractual, seguros, registros, matrimonio, la mayoría de edad, la herencia, la legislación penal y otros temas que, por tradición, constituyen el territorio principal de los juristas. Cuando se acepta, sin embargo, que tampoco en estas esferas el derecho existe por sí mismo, sino que tiene que ser valorado según su función en relación con objetivos y actitudes que se encuentran fuera del derecho, parece entonces que incluso estos problemas de política deben corresponder a los diversos expertos no jurídicos. Por ejemplo, ¿no están acaso la reglamentación de la responsabilidad extracontractual y la de los seguros estrechamente conectadas con problemas económicos? ¿O se puede opinar sobre una ley reglamentaria de las compras en cuotas, sin tomar en cuenta la importancia de este sistema para la producción y la inversión?

De estas reflexiones surge que la naturaleza de la política jurídica no puede ser buscada en un objetivo específico; tal como, por ejemplo, la ciencia de la medicina, la ciencia de la agricultura o la ciencia de la construcción de puentes, están organizadas en relación con un objetivo específico. Si la política jurídica ha de ser una disciplina con contenido propio, la posición tiene que ser la inversa. Su naturaleza particular tiene que hallarse condicionada por un cuerpo particular de conocimientos, que es relevante tan pronto como la técnica del derecho es empleada para la solución de problemas sociales, cualquiera sea el objetivo de éstos. Este cuerpo especial de conocimientos solo puede buscarse en el conocimiento sociológico-

jurídico que versa sobre la conexión causal entre la función normativa del derecho y la conducta humana, o, también podemos decir, que versa sobre las posibilidades de influir en la acción humana mediante el aparato de las sanciones jurídicas. La política jurídica es sociología jurídica aplicada o técnica jurídica.

Creo que este punto de vista puede arrojar luz sobre las cuestiones que hemos planteado. No hay problemas de legislación que sean problemas específicamente político-jurídicos, aunque todo problema de legislación tiene un aspecto político-jurídico. Pero en situaciones diferentes este aspecto político-jurídico puede desempeñar papeles muy diversos, con el resultado de que a veces se lo pasa por alto y a veces se lo considera el único aspecto del problema.

Si, por ejemplo, tienen que aprobarse medidas político-financieras tales como un nuevo impuesto, el establecimiento de ahorro obligatorio o el aumento de ciertas tasas, el interés no se centra en el problema técnico-jurídico (es decir, el primer eslabón en la cadena causal, a saber, entre la aprobación de la norma y su cumplimiento), sino en los efectos ulteriores vinculados a la inflación, al balance comercial, a la ocupación y desocupación, etc. Los problemas político-jurídicos son de importancia secundaria. Ellos quedan en el trasfondo o son pasados por alto, porque apuntan a objetivos temporarios y cambiantes, lo que se entiende por política en sentido restringido.

A la inversa, los problemas técnico-jurídicos son predominantes cuando se consideran instituciones profundamente arraigadas en la estructura económica y en la ideología relativamente permanentes de la comunidad, tales como la propiedad, los contratos y el matrimonio. Precisamente porque las actitudes ideológicas y los objetivos que se encuentran detrás de estas instituciones son vividos por la tradición como una cosa casi obvia y no problemática, situada muy por encima de lo "político" en sentido restringido, tales actitudes y objetivos no atraen la atención. No se los discute y apenas si se los vive en forma consciente. Todo el esfuerzo espiritual se concentra en las cuestiones técnico-jurídicas: cómo deben ser formuladas las normas jurídicas para estimular aquella conducta que mejor armonice con las actitudes y objetivos presupuestos. El jurista y el experto en política jurídica encuentran aquí su tarea. La cuestión se torna político-jurídica en la medida en que no es política en sentido restringido.

El contraste no es absoluto. Es una cuestión de grados de diferencia y estados de transición. Aun la intervención política más efímera tiene su aspecto político-jurídico. Alrededor de la cambiante legislación impositiva y sus problemas puramente político-financieros, con el correr del tiempo se acumula todo un conjunto de problemas técnico-jurídicos, que apuntan a la directa relación sociológico-jurídica entre norma y conducta. Se desarrolla un derecho tributario.

De la misma manera se desarrolla un derecho administrativo, un derecho social, etc. Por otra parte, aun las instituciones más centrales no están colocadas por encima del cambio político y de la reconsideración con criterio político. Junto con la evolución dinámica de una comunidad se produce también un cambio en su fundamento ideológico. El derecho de los contratos y de la propiedad, ha experimentado variaciones fundamentales en el período transcurrido entre el cenit del liberalismo y la actual legislación social. Esta evolución ha traído sus propios problemas y conflictos, que se extienden más allá del campo técnico-jurídico hasta llegar a los efectos sociales de largo alcance de la legislación, apreciados en relación con los intereses encontrados de los diversos grupos dentro de la comunidad.

Tampoco debe entenderse que el contraste significa que el jurista debe limitarse estrictamente a los problemas técnico-jurídicos; a la verdadera política jurídica, dejando todas las demás cuestiones a los otros expertos. Ocurrir con frecuencia que el jurista dedicado a problemas de *legé ferenda* en una esfera que tiene carácter predominantemente técnico, se ocupa del grupo de problemas como un todo, es decir, también de aquellos aspectos que presuponen familiaridad con temas económicos u otros que no son de carácter sociológico-jurídico. Un informe sobre una proyectada modificación de la reglamentación de las compras en cuotas, preparado por un jurista, incluirá, por ejemplo, una investigación de las funciones económicas de este método comercial y de la estructura económica y hábitos del comercio minorista. En esa medida, el jurista no se presenta como experto a título propio, sino que toma en préstamo su conocimiento de otra parte. Nada hay de malo en esto, siempre que se lo haga con discernimiento y tacto. Pero el peligro de *diletantismo* es obvio si el jurista, en lugar de confiar en otros expertos, se atribuye capacidad para dominar problemas que están fuera de su campo profesional.

Los diferentes papeles que desempeña el conocimiento jurídico experto se reflejan en la composición de las comisiones que suelen nombrarse para informar sobre reformas legislativas. El papel del jurista en tales situaciones es a menudo doble. Por un lado es un experto en su campo específico, el de la sociología jurídica. Por otro, él es quien, con frecuencia, después que los expertos han hecho conocer su opinión, pesa y balancea todas las consideraciones, y alcanza la formulación que integra de mejor manera todos los componentes motivadores. Tal como se hizo notar más arriba, esta actividad no es de naturaleza teórica, sino práctica. La política jurídica, en esta medida, es un arte, una habilidad práctica, el valor de cuyo resultado se mide por el hecho de que sea aceptado por los demás, particularmente por quienes tienen el poder, como la decisión que mejor armoniza todas las actitudes dominantes y las creencias operativas. El jurista está profesionalmente adiestrado en este arte y, en tal

medida, su tarea consiste en ser árbitro de los expertos. Esto se demuestra en la práctica por el hecho de que se suele confiar a abogados la presidencia de comisiones integradas por diversos expertos.

En consecuencia, la política jurídica abarca en la práctica los siguientes elementos: 1) los problemas específicamente técnico-jurídicos de naturaleza sociológico-jurídica (política jurídica en sentido propio); 2) los otros problemas políticos estrechamente conectados con aquéllos en la práctica, que por su índole pertenecen en realidad al campo profesional de otros expertos, y respecto de los cuales el jurista aparece, por lo tanto, como un "experto de segunda mano"; 3) la actividad de pesar consideraciones y decidir como árbitro de los expertos; y 4) la formulación lingüística de la decisión (que, dicho sea de paso, difícilmente puede ser separada de la decisión misma), en un lenguaje jurídico aceptable, y que armonice con el cuerpo de normas existente.<sup>1</sup>

#### LXXVI POLÍTICA JURÍDICA DE "LEGE FERENDA" Y DE "SENTENTIA FERENDA"

Hasta ahora la política jurídica ha sido principalmente considerada como política legislativa. Pero el derecho no es creado únicamente por el legislador. Vimos ya (cap. IV) que toda administración de justicia contiene un punto de decisión que va más allá de la actividad intelectual. La decisión judicial, sin embargo, es menos libre que la decisión legislativa. La autoridad que administra el derecho, en particular el juez, se siente obligada por las palabras de la ley y las otras fuentes del derecho. Sin embargo, éstas siempre dejan cabida a la interpretación, y la norma jurídica concreta en la que se traduce la decisión, es siempre creación, en el sentido de que no es una mera derivación lógica de reglas dadas.

En base a estos fundamentos, la política jurídica no solo cumple el papel de guía para el legislador, sino también el de guía para las autoridades que administran el derecho, en particular los jueces. Esta forma de política jurídica es la que aparece en la contribución que la doctrina hace a la interpretación. Se demostró antes de qué manera especial las consideraciones jurídicas teóricas se confunden con las consideraciones jurídicas políticas. De acuerdo con las premisas de actitud adoptadas, la interpretación doctrinaria puede ser una aserción teórico-jurídica sobre la manera cómo habrán de reaccionar los tribunales con toda probabilidad, o un consejo jurídico-político que indica al juez cómo debe reaccionar.

<sup>1</sup> En el par. LXXXIII, *in fine*, se menciona un posible quinto campo para la política jurídica.

## LXXVII LA FUNDAMENTACIÓN TEORÉTICA DE LA POLÍTICA JURÍDICA

Toda política científicamente fundamentada (tecnología) es teoría aplicada, y por ello surge esta cuestión: ¿qué conocimiento teórico es aquél que halla aplicación en la política jurídica?

En lo que hace a la política jurídica en sentido estricto, el conocimiento que halla aplicación aquí es el conocimiento sociológico-jurídico de la conexión causal entre la aprobación de las normas y la conducta humana; o el conocimiento de cómo es posible influir en la conducta humana mediante la maquinaria jurídica, que a su vez está determinada por las normas. El conocimiento relevante para la política jurídica en sentido estricto se ocupa de problemas tales como, por ejemplo, los siguientes: ¿qué influencia tiene la formulación de normas relativas a daños y perjuicios sobre la prudencia que la gente observa en situaciones varias? ¿Qué papel desempeñan en relación con esto las facilidades para obtener un seguro que cubra el riesgo de responsabilidad? ¿Qué importancia tienen las normas que regulan las hipotecas y otras instituciones de garantía, respecto del crédito y el comercio? ¿Cuál es la influencia del sistema de compra-alquiler sobre las disponibilidades financieras de la gente, y en qué medida constituye una tentación para actos delictivos?

En principio, la respuesta a preguntas de este tipo está teóricamente basada en la sociología jurídica. Pero hoy en día no existe una sociología jurídica que sea una ciencia sistemática, apoyada en investigaciones metódicas; en todo caso, tal disciplina solo está en sus comienzos. El jurista se maneja con conocimientos obtenidos de la experiencia común de la vida, complementados con datos estadísticos más o menos casuales.

Esto explica por qué en el razonamiento político-jurídico la conjetura y el cálculo vago remplazan al conocimiento exacto. El enunciado siguiente, tomado de un informe sobre la responsabilidad por daños, es un ejemplo típico de la vaguedad que con frecuencia tenemos que aceptar, incluso en problemas de fundamental importancia, en el ámbito de la sociología jurídica.

Es muy probable que la adopción de una regla jurídica en el sentido de que la indemnización de daños sea pagada por la persona que los ha causado con su conducta irresponsable, contribuirá a mantener la actitud general de que es menester proceder con cuidado respecto de los demás.

Además, es concebible que la medida (un seguro general de responsabilidad) se traducirá en un peligroso relajamiento del cuidado ordinario. Aun en el presente estado del derecho, en que el seguro de responsabilidad es normalmente voluntario y por lo tanto no todo

el mundo lo contrata, mucha gente opina que el mismo ha conducido a un relajamiento de la prudencia. Otros, sin embargo, estiman que el seguro solo influye sobre la prudencia en muy escasa medida, y no es fácil descubrir quién tiene razón.<sup>2</sup>

Con frecuencia el político jurídico no exhibe tanta honestidad y circunspección, sino que atribuye a suposiciones vagas una certeza que éstas no tienen derecho a reclamar.

Construir una sociología jurídica científica es una tarea urgente y difícil. Tendría que estar formada, primero, por una parte básica general que, a partir de un sistema jurídico particular y de un medio social específico, estudiara la mecánica general de motivos por cuyo medio el derecho influye sobre la conducta de los hombres; y, luego, por una parte técnica o aplicada que, teniendo en vista problemas prácticos, estudiara correlaciones concretas. Se han hecho ciertos intentos en esta dirección, particularmente en los Estados Unidos. Mientras esta tarea no sea cumplida, el político-jurídico tendrá que seguir con un conocimiento nebuloso y parcial, derivado de la experiencia ordinaria y de la familiaridad profesional con los fenómenos del derecho en acción.

En cuanto a la política jurídica en sentido amplio, es innecesario señalar que, para obtener el conocimiento indispensable, el jurista tiene que recurrir a las ramas de la ciencia, particularmente a la economía, que son relevantes a los fines del cálculo de los efectos de más largo alcance de ciertas medidas legislativas. En general, será conveniente que consulte a expertos del campo particular; puesto que es peligroso informarse únicamente en libros en un campo profesional en que no se está especializado.

Por último, la actividad de pesar consideraciones y formular la decisión no se basa en conocimientos teóricos, sino en una habilidad que tiene que ser desarrollada por el adiestramiento, y para la cual la familiaridad con la tradición jurídica y la sustancia del derecho son, por supuesto, importantes.

## LXXVIII LA TAREA DE LA POLÍTICA JURÍDICA: ENUNCIACIÓN DE LAS PREMISAS

Tal como se dijo en el capítulo precedente, el principio de pureza de la ciencia exige que toda directiva política exprese los objetivos y actitudes que son aceptados como las premisas hipotéticas que guían las investigaciones teóricas y las conclusiones prácticas. Además, si la directiva política ha de ser aceptada por aquéllos a quienes apunta, estas premisas emocionales deben ser

<sup>2</sup> Tomado de un informe dinamarqués referente a la responsabilidad por daños, 1950.

elegidas con objetividad. Deben ser escogidas no en razón de que el investigador mismo comparte esas actitudes, sino porque son sustentadas por aquellos que tienen el poder para actuar (o lo serían si éstos tuvieran un mayor conocimiento de las cosas). Solo de esta manera puede ser preservada la objetividad de la ciencia política. Sus proposiciones asumirán en principio la siguiente forma: si se presuponen tales o cuales objetivos y actitudes, tales y cuales creencias sobre los hechos y su correlación son operativos, y conducen a tales y cuales instrucciones prácticas.

La primera tarea de la política jurídica ha de ser, por lo tanto, estudiar los objetivos y actitudes que, de hecho, predominan en los grupos sociales influyentes y determinan por ello a los órganos legislativos. Como ya señalamos, al aludir a esos objetivos y actitudes no nos referimos a generalidades tales como "el bienestar de la comunidad" o "el bien común", sino a los resultados concretos, efectivos, de la ideología e intereses comunes prevaletentes, o al interés resultante que surge de los intereses encontrados de los diversos grupos.

Cabe preguntar si es posible llegar por esta vía a una serie de premisas de actitud que sean en alguna medida inequívocas. ¿No hay, acaso, tantos conjuntos de actitudes como individuos, actitudes que varían según la estructura mental de cada persona, su credo y sus intereses particulares? La respuesta es que una comunidad no sería una comunidad, no sería concebible como tal, si no hubiera un amplio cuerpo de credo y voluntad compartidos, de ideología e intereses comunes. Es este cuerpo lo que llamamos la unidad de una cultura y de una nación. Por supuesto que esta unidad no es absoluta. Dentro de su estructura existen muchos desacuerdos prácticos. Las exigencias de los diversos grupos sociales son encontradas. Las ideologías opuestas chocan entre sí. Pero en gran medida estos conflictos obedecen a concepciones divergentes de la realidad (par. LXXII) y no exteriorizan ningún desacuerdo respecto de actitudes fundamentales. Si el desacuerdo es más profundo, la gente no se sentirá parte de una nación (minorías nacionales, religiosas, políticas).

La exigencia programática establecida aquí tiene que ser tomada con reservas. Los hechos psicológicos, sociales no son mecánicamente tangibles. No pueden ser compilados, descritos y catalogados de la misma manera que la flora y la fauna de un país. En alguna medida ellos serán siempre fluidos. Son inevitables cierta interpretación y estilización y, con ello, cierta subjetividad.

En los problemas de política en sentido restringido, deben estudiarse las diversas ideologías y plataformas políticas y analizarse los intereses de los diversos grupos sociales. En algunas situaciones surgirá un conjunto de objetivos que puede decirse que tienen el apoyo preponderante de las fuerzas que dominan el poder político, y

por lo tanto, son aceptables como premisas de actitud. En otras situaciones, el cuadro será menos claro y puede ser más prudente operar con premisas alternativas.

En cuestiones de política jurídica en sentido estricto, hay que buscar las premisas en un nivel más alto, en la tradición cultural, en el cuerpo de ideas compartidas relativamente permanentes. Una de las formas más importantes de revelarse esta tradición es la legislación previa y la tradición política como un todo. Sin embargo, esta tradición puede haberse quedado atrás en relación con los cambios culturales, puede haber un "retraso cultural". El problema de la política jurídica es un problema de ajuste. Apunta a un cambio en las condiciones existentes, nunca a una reformulación radical del derecho desde sus fundamentos en dirección al espacio vacío sin trasfondo histórico.

Otra reserva a la exigencia programática es ésta: no es posible requerir a ninguna investigación político-jurídica que comience con un resumen completo de todas las actitudes hipotéticamente aceptadas. Las actitudes y consideraciones relevantes para un problema legislativo se revelarán, a menudo, sólo a través de la investigación de los efectos causales de una ley propuesta. Lo que se denomina "consideración" es precisamente la combinación orgánica de una creencia operativa y una actitud de valoración. La consideración, por ejemplo, de la "seguridad de las transacciones", expresa al mismo tiempo la creencia operativa de que la medida judicial en debate tiene efectos en esta dirección, y que la "seguridad de las transacciones" es digna de protección.

El espíritu con que se emprende la investigación es decisivo; que el investigador sea consciente de que sus directivas político-jurídicas deben estar necesariamente basadas no solo en hechos, sino también en actitudes presupuestas; que sea consciente de que estas premisas emocionales deben ser elegidas en forma objetiva, no como la expresión de su propio credo y voluntad. Mientras más imbuido esté de este espíritu, será más natural para él dar plena cuenta del fundamento de actitud de su política.

Pero aun considerada con estas reservas, no puede en general decirse que la literatura actual satisface la exigencia metodológica. Todavía hallamos, a veces, representantes del punto de vista ingenuo, según el cual es científicamente posible descubrir en forma directa, a partir de "la naturaleza del caso", la solución más ventajosa, esto es, la que produce "las mejores relaciones entre los hombres" o "los efectos más beneficiosos para la humanidad". Este punto de vista no advierte que toda política tiene necesariamente sus raíces en actitudes que están más allá del conocimiento. La idea que quizás predomina es que el jurista dedicado a la política jurídica, sin detenerse a reflexionar sobre el método, valora espontáneamente el derecho en base a las actitudes sociales que ins-

piran al propio jurista, sintiendo al mismo tiempo, en forma más o menos consciente, que él es quien tiene autoridad para expresar la cultura jurídica de la nación. A veces esta idea se combina con una fuerte creencia en el valor de la conciencia y de la tradición jurídicas. El resultado es una creencia romántica en la función oracular del jurista como portavoz de la conciencia jurídica de la nación. La intuición ocupa el lugar del análisis. Usualmente el jurista no comprende que la conciencia jurídica popular no es absoluta, sino el producto de un conjunto de actitudes, intereses y objetivos variables. O bien puede indagar por debajo de la conciencia jurídica, pero sin llegar al nivel profundo de las actitudes sociales concretas y efectivas. En lugar de ello, se aferrará al vacío concepto de "bienestar o felicidad social", como la única idea guía suprema. El jurista puede entonces, bajo la apariencia de una prudente objetividad, llenar esa cáscara vacía con sus propias aspiraciones personales de reforma social. Tanto en un caso como en el otro, el resultado es una forma de política jurídica que es sermón y no ciencia. El jurista se presenta como un alto sacerdote o un reformador social, y no como un técnico social. Las actitudes motivadoras no son introducidas como hipótesis, sino como postulados sin ningún "si" condicionante.

#### LXXIX LA TAREA DE LA POLÍTICA JURÍDICA: FORMULACIÓN DE CONCLUSIONES

Habiendo examinado las premisas emocionales, el próximo paso en una investigación político-jurídica es describir los hechos sociales y definir las correlaciones causales sociales que son operativas en relación con las premisas. Esta parte de la investigación es puramente teórica y no origina problemas específicos de método político-jurídico. Tal como se hizo notar, este segundo paso se confunde a menudo con el primero.

El tercero y último eslabón en la investigación político-jurídica es la formulación de conclusiones en la forma de directivas al legislador o al juez.

La palabra "conclusión" no debe llevarnos a mal entendidos. Se ha subrayado antes (par. LXXI y LXXIII) que la relación entre los argumentos (creencias operativas) y la actitud (tal como la relación entre ambos y la decisión resultante, o acción) no es lógica, sino exclusivamente fáctica. Es una relación de causalidad psíquica. Las directivas prácticas significan, en principio, una indicación sobre la manera en que se puede asumir que actuará el legislador (o el juez), en base a sus actitudes, bajo la suposición de que acepte las creencias operativas desplegadas ante él. (Hay que recordar aquí que esto puede incluir, también, el efecto de que los argu-

mentos formulados pueden alterar algunas de las actitudes previas del legislador, que han estado condicionadas por creencias insostenibles.)

Porque la relación entre los argumentos y la conclusión no tiene carácter lógico, el nexo tercero o final en la política jurídica no tiene carácter científico o teórico, sino que es la expresión de una reacción personal. Tiene el carácter de una decisión. Este salto a-lógico se distingue, además, por el hecho de que la decisión tiene usualmente por causa el peso de consideraciones diferentes, mutuamente incommensurables.

Aquí surge esta cuestión: ¿no exige el principio de la pureza de la ciencia que el político jurídico se abstenga de dar este salto y se limite a desplegar su argumentación ante el legislador y el juez, dejando que éstos extraigan la conclusión práctica? Ya me he ocupado de esta cuestión en términos generales (par. LIII) y he sostenido que el principio de la pureza de la ciencia no queda violado, siempre que se ponga de manifiesto que esta parte de la política jurídica no es de naturaleza científica. En la práctica esto significa que las directivas deben ser presentadas no como conclusiones científicas, revestidas de autoridad, como leyes científicamente descubiertas, sino como un consejo, una recomendación. Debe entenderse que siempre existe la posibilidad de que otra persona, aun cuando acepte los argumentos formulados y no invoque contraargumentos, pueda actuar de manera distinta de la recomendada, sin que ello justifique que se diga que dicha persona ha actuado "equivocadamente". Simplemente ha dado el salto en forma distinta, ha pesado las consideraciones relevantes de diferente manera. Ante esto, toda argumentación cesa. Lo único que puede hacerse es reformular los propios argumentos y verificar si el oponente los ha entendido bien. Si tal parece ser el caso, nada queda por hacer. Además, argumenté en favor de la idea de que también es deseable que el teórico complete la investigación por sí mismo, extrayendo las conclusiones prácticas y formulándolas como recomendaciones.

Veremos ahora qué caminos ha tomado este problema general en la discusión del método jurídico.

A partir del principio de la pureza de la ciencia (particularmente de la ciencia del derecho), Kelsen ha sacado la conclusión de que la interpretación doctrinaria debe abstenerse de valorar, elegir y decidir; esto es, debe abstenerse de todo tipo de consideración pragmática sobre el propósito de las normas jurídicas o sus fundamentos sociológicos.<sup>5</sup> Es cierto, dice Kelsen, que la interpretación auténtica (entendiendo por tal la interpretación del juez o de otra autoridad facultada para dictar decisiones obligatorias)

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, HANS KELSEN, *The Law of the United Nations*, 1950, Prefacio.



está motivada por consideraciones pragmáticas. La tarea del jurista científico, sin embargo, consiste únicamente en descubrir, mediante el análisis lingüístico y lógico, las diversas interpretaciones posibles, y poner de manifiesto sus consecuencias prácticas. Corresponde entonces al juez, no al científico, elegir entre estas diferentes posibilidades. De esta manera, y solo así, el estudio del derecho puede preservar su pureza. La interpretación doctrinaria prepara el camino para la decisión de la política práctica; al presentar los resultados de su análisis, pero no adopta por sí misma una posición política. De otra manera, la interpretación doctrinaria degenera en un dogmatismo en el que los postulados políticos quedan enmascarados por una objetividad científica falsa.

A esto debemos contestar, en primer término, que, tal como se explicó con detenimiento al estudiar la doctrina de la interpretación (cap. IV), la idea de una interpretación puramente lógica, libre de todo pragmatismo, es una ilusión; en segundo lugar, que tal como hemos visto en las páginas precedentes, la idea de la pureza de las ciencias no se perjudica, siempre que se destaque con claridad el límite entre la ciencia y la política.

La doctrina de Kelsen sobre la interpretación es un buen ejemplo de la afirmación de Myrdal: no es posible llevar a cabo la idea de la pureza de la ciencia mediante la eliminación metodológica de todas las decisiones valorativas y de todas las actitudes emocionales. La solución está en ser conscientes acerca de éstas y presentarlas como presupuestos explícitos; y, podemos agregar, en que las conclusiones prácticas sean expresadas como recomendaciones y no como postulados.

Por último, quisiera confesar que no ha sido sin incomodidad que he tomado esta posición contraria a la de Kelsen. La idea de la pureza de la ciencia es la piedra fundamental del *ethos* profesional del hombre de ciencia. Creo en ella con la mayor firmeza y me satisface cada vez que alguien la defiende atacando la corrupción de la ciencia que resulta de no adherir a esta idea. Sin embargo, no puedo cerrar los ojos al error de las exigencias metodológicas que Kelsen y otros derivan de ella. El error reposa, puede decirse, en una confusión entre lo que es verdad para la ciencia como idea, y lo que es verdad para la ciencia como profesión. No se hace ninguna violencia a la idea, si la profesión va en pos de la ciencia y de la política en forma conjunta, siempre que el límite ideal entre ellas se mantenga claro.

\* En un comentario de Kelsen, *op. cit.* (*Jus Gentium*, II, 1950, 250 y sigs.) cito ejemplos para mostrar cómo Kelsen, en su interpretación de la Carta de las Naciones Unidas, no puede evitar incurrir en presuposiciones pragmáticas encubiertas.

## CAPÍTULO XVI

### POSIBILIDAD DE LA POLÍTICA JURÍDICA: ENTRE EL DESTINO Y LA UTOPIA

#### LXXX LOS PROFETAS DEL DESTINO NIEGAN LA POSIBILIDAD DE LA POLÍTICA JURÍDICA

Antes de desarrollar razonablemente una política jurídica que sirva de guía al legislador, y antes de poder formular exigencias o dar consejos a los demás, es menester satisfacer ciertos requisitos. San Francisco predicaba a los pájaros, pero es probable que la mayor parte de la gente considere que eso no tiene sentido. Las comunidades primitivas creen que sus palabras tienen poder sobre el viento, el tiempo, las cosechas, la vida y la muerte (magia). La mayor parte de la humanidad todavía cree hoy que es posible influir en el curso de los sucesos terrenos por medio de invocaciones verbales dirigidas a la divinidad (oración). Además de usar las herramientas suministradas por las supremas conquistas de la ciencia, los ejércitos modernos todavía practican ampliamente la plegaria.

Desde un punto de vista científico, estos ejemplos testimonian una colosal exageración del poder y alcance de las palabras y de la argumentación. Pero el desacuerdo se refiere más a la esencia de la naturaleza que a las condiciones bajo las cuales las invocaciones verbales pueden ser efectivas. Las prácticas mágicas y religiosas se apoyan en el presupuesto de que la naturaleza está animada o gobernada por un ser dotado de razón y voluntad. La ciencia ha prescindido de ese presupuesto; parece haber acuerdo general de que las invocaciones emocionales y la argumentación razonada solo tienen sentido frente a seres dotados de razón y voluntad, no frente a cosas. Pero hay que explicar qué es lo que significa "voluntad" en conexión con esto.

La filosofía tradicional religioso-metafísica, que se encuentra

también tras la teoría jurídica idealista, liga la cuestión a la libertad metafísica de la voluntad, a su "independencia respecto de la ley de causalidad" (indeterminismo). A esta independencia se debe el absoluto abismo que hay entre la naturaleza o necesidad y la moral o libertad. Carece de sentido formular exigencias a una persona cuya voluntad no es libre. Si las acciones de los hombres están determinadas por la necesidad, es inútil dirigirse a ellos y tratar de hacerlos actuar de manera diferente a como de hecho actúan y tienen que actuar.

Este punto de vista muestra una incompreensión del significado de la causalidad o de las correlaciones invariables. Confunde determinismo con fatalismo o predestinación. Inserta en el determinismo una necesidad fatal que es extraña al pensamiento científico. El determinismo nada tiene que ver con "lo inevitable", como puede apreciarse mejor si reflexionamos que el propósito de todas las ciencias naturales aplicadas es, precisamente, cambiar el curso de los sucesos naturales mediante una adecuada intervención de conformidad con objetivos deseados. La necesidad de la naturaleza depende siempre de circunstancias condicionantes. Cambiando éstas, cambia el curso de la naturaleza. Éste solo es inevitable si las circunstancias condicionantes están fuera del alcance de la influencia humana. Así, por ejemplo, un eclipse de Sol puede ser predicho sin reservas. Pero, por lo demás, el curso de la naturaleza solo puede ser objeto de predicción a condición de que no haya interferencias con las circunstancias condicionantes. Por ello, el determinismo en la naturaleza no impide la intervención guiada por un propósito, sino que, por el contrario, es condición necesaria de ésta.<sup>1</sup>

Lo mismo vale para la técnica social, es decir, la posibilidad de intervención, guiada por un propósito, para influir en el curso de la acción social. El determinismo como tal no impide esto, sino que, por el contrario, es condición de ello. El presupuesto esencial de la política considerada como una técnica para influir en la comunidad con la ayuda de métodos racionales no es, por lo tanto, la existencia de una voluntad libre, sino que la deliberación racional y la argumentación se encuentran entre los factores que determinan la acción de los seres humanos.

Con especial referencia a la política jurídica y a su posibilidad, la cuestión decisiva, por lo tanto, es si el derecho es creado —y en qué medida— por la "voluntad" del legislador, entendida no como una voluntad metafísica libre, sino como la expresión de una actividad consciente determinada por deliberación racional y argumentación; o, si el derecho es creado —y en qué medida— por un

<sup>1</sup> Este último enunciado no es del todo correcto. Véase K. R. POPPER, *The Open Society and its Enemies*, 1945, II, 81.

proceso independiente de esa voluntad. Sobre este tema se han sostenido los puntos de vista más variados en las diversas épocas.

Una concepción que ha desempeñado y continúa desempeñando un papel importante, el historicismo, se basa en visiones metafísicas. Su idea fundamental es que el curso de la historia está determinado por una necesidad fatal o destino. La idea de la fatalidad es la vieja concepción religioso-metafísica de que los sucesos se mueven hacia una meta predeterminada, con soberano desdén por los objetivos de los propios sujetos agentes. Su efecto en el drama trágico consiste en el contraste entre la buena voluntad y la necesidad inexorable, en cuyas manos el hombre es un juguete. La profecía dijo que Edipo mataría a su padre y se casaría con su madre. Esto fue lo que ocurrió a pesar de todo lo que se hizo para evitarlo. El destino, la voluntad de los dioses, no admiten interferencias.

La necesidad fatal o destino nada tiene que ver con el determinismo. Ella es inevitable. La necesidad determinista, por el contrario, es fundamento de la intervención orientadora de la ciencia aplicada. Hablando metafóricamente, podemos decir que mientras que las causas empujan a los efectos, el destino hace que la meta futura predeterminada atraiga a los sucesos. Pero, ¿cómo puede estar determinada la meta futura de la evolución, y cómo puede ella a su vez, determinar el presente, a menos que se encuentre establecida por una voluntad divina que también guía el curso de los sucesos hacia esa meta? La idea del destino es así la expresión de una metafísica religiosa, que está en conflicto con la conformidad de la naturaleza a las leyes causales de la ciencia natural.

Tal es el carácter esencialmente diferente de las predicciones hechas sobre un fundamento científico y de aquellas que se fundan en la creencia en una necesidad fatal o destino. Las predicciones de la ciencia normalmente se hacen con la reserva de que se den ciertas circunstancias condicionantes. Tienen la forma de una hipótesis. Si existe tal o cual situación como punto de partida, entonces tal o cual situación será la consecuencia. Solo en aquellos casos en que los factores condicionantes están fuera del alcance del hombre, la predicción puede asumir el carácter incondicional de una profecía. Podemos predecir que dentro de dos mil años habrá un eclipse de Sol, pero no cómo evolucionará mañana una enfermedad. Porque esta última depende también de nuestra intervención en los factores condicionantes.

Las predicciones del historicismo, por el contrario, tienen siempre carácter de profecías, esto es, predicciones del curso de la historia, sin consideración a los esfuerzos humanos y a despecho de éstos. La necesidad divina hace ineficaz toda deliberación, plan y propósito humanos, es decir, toda política. Nuestra creencia de que podemos hacer algo es un sueño vano. Mientras soñamos este sue-

no somos arrastrados hacia una meta inevitable por fuerzas sobre las cuales no ejercemos control. No somos otra cosa que marionetas. Un poder superior mueve los hilos. El hombre sabio que ha comprendido esto se aviene a someterse a lo inevitable. De esa manera puede aminorar los dolores que provoca el alumbramiento del futuro por el presente. Puede ayudar a la evolución evitando inútiles fricciones entre la voluntad divina y la propia. De todas maneras, tanto el tonto como el sabio detendrán su afán en el punto pre-establecido.

La influencia práctica que esta creencia en el destino tiene sobre el curso de la conducta humana es notoriamente equívoca. Teóricamente conduce a la negación de toda política, a la pasividad completa o a lo que se denomina quietismo. En la práctica no ocurre lo mismo. La meta postulada, por supuesto, ha nacido psicológicamente de ciertas actitudes en la forma de exigencias, objetivos, aspiraciones. La creencia de que ese objetivo será inevitablemente alcanzado, crea en sus adherentes una certeza en la victoria y un fanatismo que no sabe de concesiones, estimulándolos a una lucha implacable. La argumentación y el compromiso son dejados a un lado como inútiles. La inevitabilidad de la meta justifica todos los medios. Este es el secreto de la absoluta intolerancia que muestra el comunismo frente a cualquier otro sistema.<sup>2</sup>

La filosofía romántica alemana de los primeros años del siglo XIX se apartó del racionalismo de la era precedente, y se entregó a interpretaciones vagamente proféticas de la naturaleza y de la historia como una revelación de fuerzas espirituales que evolucionan y se mueven hacia una meta predeterminada. Solo había desprecio para las ciencias naturales objetivas y mecánicas, construidas sobre fundamentos empíricos, y se deseaba, en cambio, comprender a la naturaleza "desde adentro", como un juego de fuerzas o principios que se desarrollan en etapas sucesivas; hacia formas cada vez más altas de revelación del alma del universo.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Porque el comunismo se apoya en la filosofía económica fatalista de Marx. Confróntese par. LXXXII.

<sup>3</sup> Schelling, por ejemplo, al explicar los diversos niveles de la naturaleza inorgánica y orgánica, asumía que la naturaleza organizadora o invisible comprende tres fuerzas primarias: "gravedad", "luz" y "el principio de la vida". La "gravedad", la más baja de las fuerzas, no significa gravedad física, sino "el principio de corporeidad", aquel principio que en el mundo visible crea la materia en sus diferentes compuestos. Cuando la luz —no la luz física sino "el principio del alma"— se une con la materia, se alcanza un nuevo nivel en el mundo inorgánico: el proceso dinámico, la materia animada. En potencia creciente esta unión se desarrolló como magnetismo, electricidad y procesos químicos. El mundo orgánico emerge por encima del anterior mediante el agregado de la tercera fuerza, el principio de la vida. En este mundo el principio de gravedad se revela como reproducción, esto es, comida, crecimiento

La historia, también, fue considerada como una revelación de lo absoluto. Schelling, en su filosofía de la historia, retoma la idea del destino. El individuo cree que tiene libertad de acción y, sin embargo, la necesidad gobierna la historia. Pero esta necesidad no es de tipo mecánico según leyes causales, sino providencia, destino. La historia es el progreso de Dios a través del mundo. En ella la raza humana evoluciona hacia su destino. Schelling compara también la historia con un drama en el que cada actor individual desempeña su papel con entera libertad, pero en el que, no obstante ello, surge un resultado razonable de la confusión, porque hay un espíritu que todo lo inspira.<sup>4</sup> Hegel llevó estas ideas aún más allá. La esencia íntima de la existencia es la razón, un espíritu absoluto, y la historia es una especie de operación lógica gigantesca en la que Dios (o la razón) recorre su camino a través de un proceso dialéctico.<sup>5</sup>

Este desatino hace tiempo que ha sido olvidado en lo que se refiere a la ciencia natural. ¿Quién interpretaría hoy al átomo como la revelación de un principio espiritual? Sin embargo, ha dejado marcas permanentes en la ciencia social, y particularmente en la filosofía del derecho. Del romanticismo alemán parten dos líneas de pensamiento, las que, cada una a su manera, se apoyan en la idea de la necesidad fatal de la historia y en la impotencia del legislador. Una es la llamada escuela histórica en la ciencia del derecho, fundada por Savigny y Puchta, que sostuvo la metafísica espiritual tradicional. La otra es la filosofía materialista de la historia de Marx, quien puso a Hegel "cabeza abajo" y dio a lo absoluto una interpretación materialista.

y propagación de la especie: se trata del nivel de las plantas y de las mujeres. Al principio de la luz corresponde la "irritabilidad", el nivel de los animales y de los hombres. A través del principio de la vida, finalmente, surge el fenómeno natural supremo, la "sensibilidad", o el estado del ser humano. Así Schelling imagina al conjunto de la naturaleza sobre varios niveles de desarrollo construido por fuerzas internas e invisibles que en su unidad constituyen el alma del universo. Véase SCHELLING, *Ideen zu einer Philosophie der Natur*, 1797; *Erster Entwurf eines Systems der Naturphilosophie*; "Allgemeine Deduktion des dynamischen Prozesses oder der Kategorien der Physik", *Zeitschrift für spekulative Physik*, 1800; *Von der Weltseele*, 1800.

<sup>4</sup> Para un estudio más detallado y documentado de la filosofía de la historia de Schelling, véase ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, cap. V, 10, y *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, cap. XII, 3.

<sup>5</sup> Véase *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, cap. XII, 4.

LXXXI LA ESCUELA HISTÓRICA

La escuela histórica fue una reacción contra el jusnaturalismo racionalista y su creencia en el poder del legislador para reformar la comunidad y el derecho de acuerdo con la razón.<sup>6</sup> Como parte del despertar nacional, en 1804 surgió el deseo de un Código alemán que sería una réplica del Código francés y un símbolo de la unidad de la nación. Tal tendencia halló expresión en un panfleto titulado *Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, escrito con gran fervor por el jurista de Heidelberg, Thibaut.

Como respuesta, ese mismo año Savigny publicó su famoso trabajo *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Allí subrayó el crecimiento histórico-orgánico del derecho y su dependencia de la conciencia ético-jurídica espontánea que prevalece en la comunidad. Como el lenguaje, el derecho es un producto de fuerzas anónimas y oscuras, y no es creado por deliberación y por decisión arbitraria. La conciencia ético-jurídica común, popular, es la verdadera fuente de todo derecho. En un primer nivel de desarrollo, ella se expresa directamente en la costumbre. Más tarde, junto con un desarrollo cultural superior, surge una clase especial, los juristas profesionales, cuyo deber es interpretar y elaborar técnicamente la conciencia ético-jurídica del pueblo. La ciencia del derecho ocupa entonces el lugar de la costumbre, como la forma más importante de revelación de aquél. El legislador no puede crear derecho por medio del poder y órdenes arbitrarias. Tal como un jardinero cuida el crecimiento de una planta, así el legislador, con el auxilio de los estudios científicos, puede favorecer el desarrollo natural del derecho, pero no interferir con él. Si el legislador interpreta mal su misión e intenta interferir arbitrariamente, sus esfuerzos serán vanos y resultará aplastado por las fuerzas del desarrollo. Una codificación requiere, si ha de constituir una versión correcta del derecho vivo, un conocimiento jurídico altamente evolucionado que, consideraba Savigny, sus contemporáneos no poseían. Además, si pretende ser definitiva, toda codificación choca con el crecimiento orgánico del derecho y solo puede resultar justificada en períodos de decadencia cultural.

Esta idea básica fue después elaborada más profundamente y sistematizada por Puchta (*Das Gewohnheitsrecht*, 1828-1837). Fue él quien introdujo el término *Volksgeist* para designar la sustancia espiritual que se desarrolla en un pueblo, y que es el fundamento primario de todo derecho.

<sup>6</sup> Confróntese ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, cap. V. 2.

Un estudio superficial puede llevar a la opinión de que la idea fundamental de la escuela histórica es una teoría empírica sociológico-jurídica de la subordinación del derecho a la comunidad. Esto es, una teoría que, quizás en forma algo exagerada, subraya las restricciones que pesan sobre la capacidad del legislador para crear derecho. Las referencias de Savigny al crecimiento orgánico del derecho podrían entenderse como que aluden a correlaciones causales observables, y el concepto de Puchta sobre el espíritu del pueblo, como que constituye una expresión abreviada para un complejo causal, esto es, la expresión de una suma total de características socio-psicológicas observables, influidas por circunstancias condicionantes (clima, raza, tradición, historia) y que influyen, a su vez, en la creación del derecho.

Pero como he intentado demostrar en otra parte<sup>7</sup> con pruebas concretas, tal interpretación no es correcta. La escuela histórica debe ser entendida en función del clima espiritual de su tiempo; es hija del romanticismo alemán. Lo "orgánico" nada tiene que ver con la causalidad de la naturaleza. Para el romanticismo, "orgánico" era siempre una palabra con carga emocional que se usaba para designar las fuerzas oscuras que animan a todas las cosas vivas y tienden hacia una meta; algo absoluto e irreducible, la primaria y oscura fuerza de la vida, que es ley en sí misma y está por encima de la mecánica de la causalidad. Del mismo modo, el "espíritu del pueblo" nada tiene que ver con *l'esprit des lois* de Montesquieu y no es la designación de un complejo causal. Es un principio espiritual, una esencia espiritual absoluta e irreducible que se revela en la vida de un pueblo, incluso en su vida jurídica, y que se desarrolla de conformidad con leyes propias hacia su meta immanente, como expresión del significado y misión divinos de ese pueblo. De la misma manera, por último, la necesidad que traba la libertad del legislador para crear derecho no es la fuerza de las leyes de la naturaleza a las que tiene que someterse todo técnico, sino una necesidad fatal o destino que expresa la dinámica soberana del espíritu del pueblo y del derecho. La evolución del derecho no está determinada, sino predestinada. Solo así podemos comprender a Savigny cuando alude a la misión histórica del legislador y a la impotencia de éste si pretende no cumplir con ella.

Es importante tener en cuenta que la escuela histórica no fue simplemente una doctrina sobre la creación fáctica del derecho. Fue, al propio tiempo, una forma oculta de derecho natural (par. LVI). El historicismo no es solamente historia. Su idea fundamental es que la historia es también el criterio del bien. El objetivo o tendencia immanente de la realidad, es también el supremo valor. El principio absoluto que se manifiesta en la historia, es también el bien

<sup>7</sup> Ross, *op. cit.*, cap. V.

absoluto. Estas ideas, que alcanzaron madurez con Hegel, son manifiestas en la escuela histórica. Ellas difieren de Hegel en que el absoluto no es concebido como razón universal, sino como un espíritu nacional. La conciencia ético-jurídica popular no se limita a ser la fuente de la que de hecho surge del derecho; también es la fuente de la corrección o validez de éste. La realidad es a la vez validez absoluta, pues su esencia íntima es espíritu.<sup>8</sup>

La escuela histórica, pues, representa no solo una filosofía jurídica fatalista, sino también una filosofía jusnaturalista. Tras su carácter aparentemente apolítico se oculta una actitud política, que auspicia que los juristas sean los conductores de un desarrollo cautelosamente reformador del derecho, sobre base histórica. La conciencia ético-jurídica popular es la fuente suprema del derecho, pero los juristas, especialmente los profesores, son sus intérpretes auténticos y portavoces, los custodios de la cultura jurídica de la nación. El espíritu del pueblo es lo absoluto, y el profesor de derecho su profeta. Con el transcurso del tiempo esta tendencia se fue haciendo cada vez más conservadora. A través de su creencia en el valor especial de la tradición jurídica, la escuela histórica se orientó hacia la pedantería histórico-filológica y hacia el formalismo de la jurisprudencia de conceptos.

#### LXXXII EL HISTORICISMO ECONÓMICO DE MARX

Marx fue alumno de Hegel. Pero, como se recuerda con frecuencia, puso el sistema de Hegel cabeza abajo; hizo de las fuerzas económicas lo absoluto en la evolución y de los fenómenos espirituales un producto derivado.

El socialismo de Marx es un programa de acción. Posee profundas raíces emocionales en impulsos humanistas, en la simpatía de aquél por los oprimidos y en su indignación frente a las lamentables condiciones de las clases trabajadoras en Inglaterra durante el primer período del industrialismo.<sup>9</sup> El programa no se reduce a un conjunto técnico de instrucciones sobre el modo de alcanzar el poder y adquirir ventajas, para que los papeles de las clases se inviertan. El socialismo es también una lucha por la justicia. El goce capitalista de la "plusvalía" es considerado una explotación del trabajador. Después del triunfo de la revolución social no habrá una nueva explotación en reemplazo de la anterior, sino que sobrevendrá la sociedad sin clases, con libertad e igualdad de oportunidades para todos.

<sup>8</sup> Para documentación, véase Ross, op. cit., cap. V, 12.

<sup>9</sup> Véase en *El Capital* la sección relativa al efecto del progreso en la posición de la clase trabajadora.

Al mismo tiempo, Marx atacó despectivamente toda moralización. Consideraba que su misión era liberar al socialismo de su trasfondo sentimental y filantrópico y alejarlo así de la utopía para aproximarle a la ciencia. Marx sentía el mayor desprecio por las "frases e ilusiones recibidas de la gran revolución" y por los métodos bien intencionados que los socialistas idealistas habían concebido para la reforma de la sociedad.<sup>10</sup> *Die Arbeiterklasse hat keine Ideale zu erfüllen.*<sup>11</sup> El socialismo científico tiene que basarse en el análisis de las correlaciones causales sociales y en predicciones fundadas en las leyes invariables del desarrollo de la sociedad.

Éstos son los elementos típicos del historicismo.<sup>12</sup> Al igual que Hegel —y la escuela histórica y Comte— Marx se vuelve contra la razón subjetiva y sus ideas *a priori*. Lo "razonable", la norma política, ha de buscarse en la realidad objetiva misma, en su tendencia inmanente de desarrollo. A partir de aquí avanza hacia una filosofía de la historia, que interpreta a ésta como un curso de sucesos encaminados a una meta prefijada.

El socialismo de Marx es "científico" en el mismo sentido en que Comte llama a su política "positiva". Ni aquél ni ésta tienen nada que ver con la ciencia. Marx no piensa como un científico social que usa el conocimiento científico como fundamento de una intervención orientada por un propósito. Marx piensa como un profeta social que predica lo inevitable, que es también el bien. Su "necesidad" no es científica y determinista, sino inevitable y fatal. Confunde determinismo con predestinación. Cree erróneamente que la posibilidad de la predicción científica se funda en el presupuesto de que el futuro existe como germen en el pasado, como si hubiera en éste una imagen remota de aquél.

Y por esta razón, la actitud de Marx hacia la política, hacia la intervención humana orientada por un propósito, es también típica del historicismo: la política es impotente, no es más que una ilusión. El curso de la historia está predeterminado. Todo cuanto el hombre puede hacer es eliminar del camino de la evolución sus peores obstáculos. "Aun cuando una sociedad haya descubierto", escribe Marx en *El capital*, "la ley natural que determina su movimiento... no puede saltar las fases naturales de su evolución, ni borrarlas de un plumazo. Pero puede hacer esto: abbreviar y disminuir los dolores del alumbramiento".<sup>13</sup> (Compárese con la analogía de Savigny entre el legislador y el jardinero que

<sup>10</sup> KARL MARX y FRIEDRICH ENGELS, *El manifiesto comunista*, 1848.

<sup>11</sup> KARL MARX, *Der Bürgerkrieg in Frankreich*, 3ª ed., 50.

<sup>12</sup> Confróntese el brillante análisis de Marx que hace K. R. POPPER en *The Open Society and its Enemies*, 1945, especialmente en los cap. 13, 15 y 22.

<sup>13</sup> KARL MARX, *El Capital*, 1864. Tomado de POPPER, op. cit., II, 82.

puede ayudar al crecimiento orgánico de la planta,<sup>14</sup> y con la doctrina de Comte de que el político es capaz de eliminar pequeñas desviaciones en la curva de la evolución.)<sup>15</sup>

El historicismo interpreta típicamente la historia como si avanzara a través de una serie de fases hacia una meta que, por extraño que parezca, se pensó que habría de alcanzarse en el siglo XIX o muy poco después. La interpretación de la historia de Marx es la misma. Desde la era dorada del comunismo primitivo la evolución pasó por una serie de guerras de clases, en las que una clase explotadora iba desplazando a otra. Se ha alcanzado ahora el punto en el que la clase explotada (el proletariado) no puede ya liberarse de la clase explotadora (la burguesía) sin liberar, al mismo tiempo y en forma definitiva, a la sociedad entera de la explotación, la opresión y la lucha de clases.<sup>16</sup> Ahora, o en un futuro próximo, cuando la revolución social final se haya cumplido, surgirá la sociedad sin clases, el Estado desaparecerá y verá la luz la verdadera y libre naturaleza del hombre.<sup>17</sup> La historia previa de la humanidad llega a su fin, la caída del hombre es superada, el milenario se vuelve realidad.

Estaría fuera de lugar aquí profundizar más en las teorías que Marx usa como fundamento de su filosofía de la historia y de su profecía. En un bosquejo esquemático podemos distinguir tres niveles en la elaboración de su pensamiento.

#### 1) La concepción económica de la historia.

Esta doctrina sostiene que la clave de ésta, incluso de la historia de las ideas, debe buscarse en la relación del hombre con el mundo material, en las condiciones en que tiene lugar la producción económica, esto es, en la vida económica y no en la vida espiritual del hombre. Las condiciones de la producción y su desarrollo constituyen lo absoluto en la historia; todo lo demás se deriva de allí.

#### 2) La historia como lucha de clases.

Esta es la doctrina de la mecánica por la cual las condiciones de producción determinan la historia. Puesto que las acciones humanas que constituyen la historia están directamente motivadas por intereses e ideología, es menester explicar cómo estos motivos se derivan de las condiciones de producción. El lugar que ocupa el individuo en el proceso

<sup>14</sup> FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* I, 1840, 40.

<sup>15</sup> AUGUSTE COMTE, *Opuscules de philosophie sociale 1819-1822* (1893), 127. Confróntese *Cours de philosophie positive* IV, 2ª ed., 1864, 247, 285, 292.

<sup>16</sup> Ver el prefacio de Engels a la edición alemana del *Manifiesto comunista* (1883).

<sup>17</sup> En un pasaje de Engels, muy citado, se expresa: "La peculiar unificación de los hombres para la vida comunitaria que antes se presentaba como algo impuesto sobre aquéllos, se torna ahora en producto de su propia y libre realización. La humanidad da así el salto desde el reino de la necesidad al de la libertad".

de producción determina su pertenencia a una clase. Cada clase tiene intereses económicos en conflicto con los de otras clases. Los intereses económicos, a su vez, determinan la ideología aceptada por la clase. La moral y el derecho, las "verdades eternas" de la filosofía y de la religión, no son más que una superestructura ideológica, que varía con la estructura económica. Las diferencias de clase económicas e ideológicas llevan a la guerra de clases. Las armas más importantes en esta lucha son el Estado y la revolución. El Estado es el instrumento por cuyo medio la clase gobernante mantiene su dominio sobre las clases oprimidas. La revolución es la rebelión de las clases oprimidas para conquistar por la fuerza el poder del gobierno.

#### 3) La revolución del proletariado y el establecimiento de la sociedad sin clases del socialismo.

Esta es la doctrina de la marcha de la lucha de clases. Ella avanza, según un esquema dialéctico, hacia una meta definitiva. El capitalismo conduce, por una parte, a una continua acumulación de riquezas, y por otra, a un empobrecimiento siempre creciente del proletariado. De ese modo, y en forma gradual, las clases se reducirán a dos: una pequeña burguesía dominante y un enorme proletariado empobrecido. Cuando esta evolución haya alcanzado un límite, la creciente tensión entre las dos clases hallará escape en la rebelión del proletariado, una revolución social que terminará con la victoria de los más. Después de un corto período de transición (la dictadura del proletariado como correlato dialéctico de la dictadura de la burguesía), la sociedad sin clases surgirá como la síntesis final de las diferencias superadas. Puesto que el conflicto de clases y la lucha de clases habrán cesado, el Estado no tendrá ya razón de ser y desaparecerá. La humanidad vivirá en libertad y felicidad. La historia habrá alcanzado su meta.

La actitud de Marx frente al problema del condicionamiento social del derecho y la posibilidad de una política jurídica, es fundamentalmente igual a la de la escuela histórica: el derecho no es creado en forma arbitraria, sino que es un producto necesario de la evolución. El legislador es en realidad impotente. No es más que el portavoz de la necesidad. Esta concordancia entre el marxismo y la escuela histórica es el simple resultado del hecho de que las dos ideologías son vástagos de la misma rama: una filosofía del destino historicista y romántica. Sin embargo, en lo que hace a la interpretación de las fuerzas que dirigen la evolución necesaria del derecho, las dos doctrinas presentan enormes diferencias. Para la escuela histórica esas fuerzas son espirituales: el espíritu del pueblo, activo en la conciencia jurídica de la nación, es la fuente de todo derecho. Para el marxismo, por el contrario, las ideas del derecho e instituciones jurídicas son meras superestructuras ideológicas de intereses económicos. No existe una conciencia jurídica "nacional". Lo que se designa con este nombre es la ideología de la clase gobernante, que refleja sus intereses económicos. Las ideas eternas del derecho y la justicia son ilusiones. Todo el derecho es un instrumento de poder en manos de la clase gobernante para la explotación económica de las clases oprimidas.



LXXXIII LIMITACIONES A LA POLÍTICA Y ESTUDIO  
DE TENDENCIAS

Tenemos que rechazar la negativa categórica que los filósofos del destino hacen en relación con la posibilidad de una política jurídica. Tal negativa está basada en concepciones metafísicas sobre la predestinación, que nada tienen que ver con el determinismo científico. La experiencia no abona la tesis de que las deliberaciones, la razón y la voluntad humanas no están entre los factores que determinan el curso de la evolución.

La filosofía del destino no es simplemente falsa. Estimula una actitud en conflicto con los ideales humanistas. La creencia de que poderes superiores, sean espirituales o económicos, guían el curso de la evolución, conduce a la pasividad o al fanatismo que justifica todo crimen para que se cumpla lo inevitable. Aniquila la responsabilidad moral cuyo fundamento es la conciencia de que somos los dueños de nuestro destino. Conduce, cuando han sido eliminadas la razón y la voluntad, a la adoración del poder, interpretado, ya en forma conservadora, como expresión de la sociedad existente y sus instituciones tradicionales (Hegel, Savigny); ya en forma revolucionaria, como la expresión de la lucha de clases y la rebelión que ha de conducir al proletariado a la victoria (Marx).

Las teorías que estudiamos son productos típicos de la actitud metafísica y anti-racionalista del romanticismo alemán. Además, estuvieron condicionadas negativamente por el Estado liberal contemporáneo y sus muy escasas oportunidades reales de control e intervención efectivos. Frente a las poderosas fuerzas económicas desatadas por la revolución industrial y la ruptura del feudalismo, la política de *laissez-faire* fue una necesidad, más que una virtud, o se hizo de ella una virtud por necesidad. Las experiencias de las pocas generaciones pasadas, en el sentido de una intervención legislativa orientada por un propósito, han demostrado la notoria falsedad de la afirmación de la impotencia del legislador y de la política. Se ha hecho obvio que aunque el aparato del gobierno no es la lámpara de Aladino, quien controla este aparato domina fuerzas poderosas capaces, para bien o para mal, de dirigir decisivamente la vida material y espiritual del pueblo hacia una meta planificada. Nadie diría hoy que el poder político es impotente. Los propios gobernantes que heredaron la doctrina de Marx y la elevaron al rango de religión de Estado, han demostrado con más vigor que nadie los usos que pueden darse al poder político.

En lo que hace a la conciencia jurídica y cultural de un pueblo, hemos visto cómo la propaganda efectiva (Alemania nazi), o la propaganda combinada con una reconstrucción radical de las condi-

ciones de producción (Rusia soviética), han sido capaces de provocar cambios profundos en la vida jurídica y cultural, que no pueden ser explicados por el normal crecimiento del espíritu del pueblo.

En lo que hace a la relación entre la economía y la política, no puede ya haber duda alguna de que el poder político condiciona al poder económico, y no a la inversa. La creencia de Marx en que la propiedad del capital es la base fundamental de todo poder, es la expresión de un respeto no crítico, que tiene casi un sabor jusnaturalista, frente a la propiedad como poder preestatal absolutamente válido. Marx no comprendió que el poder del propietario es solo un reflejo de la protección que el Estado le acuerda por medio de la policía y los tribunales, y, por ello, algo derivado del poder político; o que mediante leyes es posible regular y controlar el poder efectivo del propietario hasta reducirlo al papel de un funcionario público más o menos bien remunerado.

De todos modos, Savigny y Marx nos han enseñado algo que no debemos olvidar. Si estas teorías son despojadas de su atuendo absoluto, dogmático y metafísico, aparece una verdad relativa: la subordinación relativa del legislador frente a fuerzas sociales que limitan su formal poder soberano. Si se dice que el parlamento británico puede hacer todo salvo transformar a un hombre en una mujer, esto puede ser verdad si se lo toma como expresión de una ideología jurídica, pero es falso si se le acuerda una interpretación sociológico-jurídica. El legislador no es como un Dios cuya palabra crea un mundo de la nada. La tarea del legislador es motivar a los hombres a cierto comportamiento deseado. La fuente de su poder consiste en la ideología o mito políticos que le confieren autoridad jurídica. Pero al lado de este respeto formal hacia la autoridad legítima, actúan muchas otras fuerzas en el espíritu de los hombres, entre ellas, tanto las fuerzas ciegas e irracionales que brotan de la tradición, la costumbre y la conciencia jurídica material, como las fuerzas racionales, orientadas por un propósito, que surgen de los intereses económicos y de las relaciones de poder.<sup>18</sup> El poder político es, pues, solo uno de los muchos componentes de fuerza que están entretejidos en dependencia mutua en una red de centros y de relaciones de poder. La conducción política es un intento de integración que permite cierta tensión entre el poder político y otras fuerzas sociales. Pero si la tensión es excesiva, el intento fracasa.

El valor de estos puntos de vista sociológico-jurídicos se hace claro si se los contraponen al racionalismo abstracto a-histórico, de la época precedente, uno de cuyos representantes típicos es Bentham.

Si el romanticismo reverenció las fuerzas oscuras, instintivas e irracionales a Bentham le faltó toda comprensión frente a aquel as-

<sup>18</sup> Confróntese R. M. MAC IVER, *The Web of Government*, 1948.

pecto de la naturaleza humana que se encuentra fuera de la razón.<sup>19</sup> Su gran sueño fue un "pannomiun", una clara y exhaustiva codificación racional del derecho,<sup>20</sup> que pusiera fin a todas las costumbres<sup>21</sup> y a toda interpretación.<sup>22</sup> Bentham nunca reflexionó sobre la posibilidad de incorporar tal construcción verbal a la tradición cultural de un pueblo, a sus costumbres y prejuicios existentes. Él

<sup>19</sup> Afirma Leslie Stephen, uno de los mejores expertos en Bentham: "Sería imposible trazar un cuadro más vívido del abstracto razonador cuyos cálculos sobre los motivos humanos omiten toda referencia a la pasión, y que imagina que todos los prejuicios pueden ser conjurados mediante unos pocos actos de lógica". *The English Utilitarians*, I, 1900, 199.

<sup>20</sup> El entusiasmo de Bentham por la codificación debe ser examinado teniendo en cuenta las condiciones del derecho entonces prevalentes. El *common law* inglés, que se había desarrollado lentamente con base en las decisiones judiciales, mostraba aún concepciones propias del medioevo y del sistema feudal. El exceso de distinciones escolásticas y de ficciones, ininteligibles para el sentido común, habían convertido al derecho inglés de la época de Bentham en una maraña, un caos adecuado en grado eminente para degradar el derecho y hacer de la administración de justicia un provechoso negocio para "los jueces y compañía" (*Judge & Co.*). Véase LESLIE STEPHEN, *op. cit.*, pág. 278, y JOHN STUART MILL, *Dissertations and Discussions* I, 1869, 368 y sigs. El derecho sucesorio inglés, por ejemplo, es descrito por Bentham de la siguiente manera: "Es tan complicado en cuanto a la herencia de bienes; admite distinciones tan singulares; las decisiones previas, que sirven para reglarlo, son tan sutiles, que no solo es imposible que el simple buen sentido las presuma, sino que es también difícil que las entienda. Es un estudio tan profundo como el de las ciencias más abstractas: solo tienen acceso a él un pequeño número de privilegiados: incluso éstos han tenido que subdividirse; porque ningún jurista pretende conocer el todo. Tal ha sido el fruto de un respeto demasiado supersticioso hacia la antigüedad". Y acerca del *common law* en general, dice Bentham: "Son los jueces (como hemos visto) quienes hacen el *common law*. ¿Sabéis cómo lo hacen? Pues tal como un hombre elabora reglas para su perro. Cuando vuestro perro hace algo que vosotros no queréis que siga haciendo, esperáis a que lo haga y después lo castigáis por haberlo hecho. Así es como elaboráis reglas para vuestro perro; y así es como los jueces hacen reglas para vosotros y para mí". Véase BENTHAM, *Works*, publicadas por John Bowring, 1843, I, 323-324, y V, 235, Cf. V, 442, IX, 8.

<sup>21</sup> Véase BENTHAM, *op. cit.*, I, 326: "Si el oscuro sistema llamado derecho consuetudinario dejara de ser tolerado y desapareciera, y todo el derecho se pusiera por escrito; si las leyes referentes a todos los individuos se recopilaran en un volumen, y aquellas concernientes a ciertas clases formaran parte de compilaciones separadas... toda desviación de ellas sería perceptible, todo ciudadano sería su custodio; no habría misterio para encubrir las, no habría monopolio respecto de su explicación, no habría fraude o chicanería para eludirlas". Confróntese III, 211; V, 439; IV, 593, y otros pasajes.

<sup>22</sup> Como otros adherentes racionalistas a la codificación, Bentham sacó de esta idea la conclusión de que en adelante no debía permitirse a los jueces interpretar el derecho legislado. Véase BENTHAM, *op. cit.*, I, 325. Compárese con esto ALF ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, cap. III, I, sobre Montesquieu y la codificación francesa.

mismo proyectó un número de grandes codificaciones que abarcan el derecho civil, el derecho penal, el derecho procesal y el derecho constitucional, y confiaba en que los legisladores de los jóvenes estados sudamericanos llevarían aquella obra a la práctica.<sup>23</sup> Planeó también codificaciones para Rusia, España, Marruecos, y Baviera.<sup>24</sup> Decía que podía legislar con igual facilidad para el Indostán que para su propia parroquia.<sup>25</sup>

Hoy día todo esto nos parece ingenuo y pura utopía, ya que sabemos que el derecho depende de condiciones históricas y nacionales. Tal es la médula de la doctrina de Savigny.

Marx dio un paso más. Nos enseñó a mirar tras la ideología de la conciencia jurídica; a no considerarla dogmáticamente como una revelación de ideas eternamente válidas, sino a preguntar qué fuerzas la condicionan y dirigen. En esa medida Marx estaba de acuerdo con Bentham (par. LXVII). Pero mientras que el último veía a la conciencia jurídica y moral como productos de un único "principio" evidente, Marx considera que las fuerzas directrices son los intereses económicos de las clases sociales. La cuestión no es en realidad tan simple. Pero si generalizamos la idea de Marx y decimos que la conciencia jurídica se deriva de los intereses que están detrás de ella, probablemente estamos en el buen camino.

Podemos resumir lo antedicho como sigue: la política jurídica es posible porque el legislador no es impotente. Las posibilidades de la política son limitadas, porque el legislador tampoco es todopoderoso. Éste encuentra fuerzas sociales (en particular la conciencia jurídica, los intereses económicos y las relaciones de poder) que no pueden ser exorcizadas con meras palabras. Por otra parte, no hay tampoco una barrera permanente e infranqueable. La conciencia jurídica y las fuerzas económicas son en sí mismas, en cierta medida, productos de la evolución del derecho, de la evolución de la legislación contemplada en su continuidad histórica. Las diversas fuerzas sociales —la ideología política, la conciencia jurídica y los factores económicos— operan juntas en interacción mutua. Las barreras, por lo tanto, no deben ser consideradas como diques permanentes, que encierran un canal. Representan un punto de inercia en la interacción recíproca y pueden ser comparadas con las márgenes de un río, que están determinadas por la erosión de la corriente y sus depósitos y, al mismo tiempo, determinan el curso de las aguas.

<sup>23</sup> Sobre los planes de Bentham de legislar para México y Venezuela, véase BENTHAM, *op. cit.*, X, 433, 457-458; Cf. STEPHEN, *op. cit.*, pág. 220.

<sup>24</sup> STEPHEN, *op. cit.*, I, 300. Sobre la correspondencia de Bentham con el rey de Baviera, a quien envió el proyecto de una constitución, véase BENTHAM, *op. cit.*, X, 578 y sigs.

<sup>25</sup> BENTHAM, *op. cit.*, X, 292.

Esta conclusión está de acuerdo con la idea de que el legislador es un técnico social que a través de la mecánica del derecho trata de conformar la evolución social. La ingeniería social se encuentra, por su subordinación, fundamentalmente en la misma posición que las demás ingenierías. El ingeniero técnico tampoco tiene una lámpara de Aladino. También él está limitado por la resistencia de la materia, por las fuerzas que actúan sobre ella.

Cabe preguntar si la sociología puede iluminar al legislador sobre las limitaciones de la política jurídica en una situación dada.

Según lo que hemos visto, tal iluminación, en el mejor de los casos, puede indicar limitaciones más elásticas determinadas por la plasticidad del material social y no barreras permanentes e infranqueables.

Aquí cobra importancia el estudio sociológico de *tendencias* en evolución. El curso de la historia no está predestinado, no puede ser objeto de predicciones que sean independientes de la intervención determinada por el conocimiento y la voluntad del hombre. Ni puede ser objeto de predicciones científicas mediante la inclusión de estas intervenciones en el cálculo. Las creencias futuras y las doctrinas científicas, en todo caso, no pueden ser calculadas de antemano, porque si pudieran serlo, ya existirían; por ejemplo: la teoría de la relatividad de Einstein habría existido como una predicción antes de que Einstein la elaborara. Y como nuestras creencias condicionan nuestros objetivos y otras actitudes, éstas tampoco pueden ser calculadas de antemano.<sup>26</sup>

Por otra parte, hay continuidad en los cambios que se operan en el conocimiento y en las actitudes de los hombres. De aquí que, partiendo de datos determinados y proyectándose hacia un futuro cercano, es posible calcular tendencias en evolución.

Tales cálculos, sin embargo, no son más que probabilidades basadas en la presuposición de que no ocurrirán cambios sustanciales en los conocimientos y actitudes dados.

La determinación de las tendencias no debe ser confundida con la extrapolación mecánica de una curva. La circunstancia de que los precios durante un tiempo han ido disminuyendo, no constituye de por sí<sup>27</sup> fundamento para establecer una tendencia de baja de precios, del mismo modo que la circunstancia de que haya llovido durante un tiempo no constituye de por sí<sup>28</sup> justificación para suponer que continuará lloviendo. El pensamiento popular a menudo no va más allá de tal extrapolación. Un estudio científico de tenden-

<sup>26</sup> El carácter fundamentalmente no predecible de la historia se deriva además del hecho de que la predicción es, en sí misma, un factor que influye sobre el curso de la evolución. Véase par. IX.

<sup>27</sup> Aunque puede serlo en conexión con una teoría del intercambio.

<sup>28</sup> Aunque puede serlo en conexión con una teoría meteorológica en el sentido de que el tiempo tiene carácter periódico.

cias presupone un análisis profundo de los datos, en conexión con un conocimiento de las correlaciones invariables que determinan la evolución. Es posible, pues, que un economista que conozca la teoría de los ciclos de negocios pueda predecir, sobre la base del descenso de los precios durante períodos de tiempo bastante largos, una tendencia de alza. Este ejemplo ilustra también que cualquier determinación de tendencias depende del conocimiento sociológico de la época, y varía con un aumento de este conocimiento. Hasta hace pocos años los economistas consideraban que los ciclos económicos eran inevitables y, por lo tanto, preveían una tendencia a movimientos continuos, hacia arriba y hacia abajo; ahora, gracias a economistas como Myrdal y Keynes, poseemos el conocimiento necesario para contrarrestar tales movimientos en forma efectiva, por medio del equilibrio del presupuesto y otras medidas. La tendencia cíclica con la que siempre se había contado previamente, y que todavía parece ser un presupuesto dogmático en la política de la Rusia soviética frente a los Estados Unidos, ya no es considerada de igual manera, en razón de nuestro mejor conocimiento.

El estudio de tendencias no debe ser confundido tampoco con la filosofía del destino. El estudio de tendencias es relativo y empírico, mientras que la filosofía del destino es absoluta y metafísica. El primero no se atribuye significado normativo respecto de la legislación y la política. Simplemente ilumina al legislador acerca de las condiciones en que deberá actuar, define su tarea, y establece ciertos límites a la política posible. La misión del legislador es acomodar las tendencias de conformidad con sus propósitos. Los límites consisten en la continuidad de la evolución y en su *momentum* de inercia.

No nos proponemos decir en qué medida, en la etapa presente del desarrollo de las ciencias sociales, somos capaces de llevar a cabo un estudio de tendencias que pueda guiar al legislador. Los intentos de un argumento razonado en esta dirección, que aparecen en los informes legislativos, se basan más en impresiones vagas que en el conocimiento científico. Nuestro propósito fue indicar simplemente una tarea científica que es fundamentalmente posible, y que, en la medida en que es susceptible de realización, añadirá otro dominio al ámbito de la faena que asignamos a la política jurídica en el parágrafo LXXV.

## CAPÍTULO XVII

## EL PAPEL DE LA CONCIENCIA JURÍDICA EN LA POLÍTICA JURÍDICA

## LXXXIV ACTITUDES BASADAS EN NECESIDADES (INTERESES)

La palabra "interés" puede ser tomada en sentido amplio y en sentido restringido. El sentido amplio abarca todo estado de conciencia que encierra una actitud. En este sentido, estamos "interesados" en todo aquello respecto de lo cual experimentamos una actitud positiva o negativa. Por otro lado, cuando decimos que una acción "nace de los intereses de una persona", la palabra es tomada en sentido restringido. Con la palabra "interés" se designa entonces una clase particular de actitudes conocidas en psicología como actitudes fundadas en necesidades. Su contrapartida son las actitudes basadas en sugerencias. Entre éstas, las actitudes morales tienen importancia especial para la política jurídica. Aunque la división no es exhaustiva, en las páginas siguientes me referiré a los intereses (actitudes basadas en necesidades) y a las actitudes morales, como si fueran conceptos opuestos.

Las necesidades tienen sus raíces en un mecanismo biológico de autorregulación (necesidad en sentido biológico). Diversos estados biológicos que, en relación con la función "normal" del organismo, pueden ser denominados "estado de carencia", estimulan a éste a una actividad que —por lo menos en conexión con ciertas experiencias— es apropiada para hacer cesar el estado de carencia, con cuya desaparición cesa también la actividad. Por ejemplo, la carencia de alimentos para un mecanismo biológico en el que desempeñan un papel el estómago vacío y los jugos gástricos, estimula una incansable actividad de búsqueda hasta que el animal encuentra y consume objetos adecuados para la alimentación. Los alimentos extinguen el estímulo biológico activador y sobreviene un estado de reposo. Tras un tiempo el proceso comienza nuevamente. Los ob-

jetos apropiados para extinguir el impulso —cosas materiales o formas de energía (por ejemplo, alimentos, aire, calor, luz) y actividades o funciones (por ejemplo, movimientos o reacciones de excreción corporal)—, son conocidos en psicología como satisfactores (*satisfactors*).

Fenomenológicamente las necesidades aparecen en el hombre como experiencias de necesidad, descontento, urgencia respecto de algo (necesidades en sentido psicológico). La actividad estimulada por la necesidad es vivida como un esfuerzo, y la extinción del impulso que resulta de la actividad, como una satisfacción.

Es improbable que el hombre tenga una conciencia innata de cuáles son los objetos adecuados para satisfacer una determinada necesidad. La urgencia es originariamente ciega, un esfuerzo que carece de meta. Un niño está intranquilo o llora porque necesita algo: alimentos, pañales limpios, calor o fresco. Pero sus movimientos impulsivos no tienen una "dirección" particular, y no hay razón para suponer que un niño tenga idea alguna de qué es lo que necesita. Gracias a la ayuda de otros seres humanos, sus diversas necesidades son satisfechas, y a medida que aumenta gradualmente su conciencia de lo que lo rodea, mejora su capacidad para reconocer los diversos satisfactores que en situaciones distintas le han sido suministrados. Ya no siente entonces la necesidad pura y simplemente como descontento, como urgencia en dirección de este o aquel preciso objeto: su madre, su biberón, su sonajero. Su esfuerzo impulsivo no carece ya de dirección, sino que es un afán orientado por un propósito, un afán que apunta a satisfactores específicos. De tal modo, las experiencias del individuo respecto de qué es lo que satisface sus necesidades, hacen que su urgencia no sea ya ciega y transforman su acción impulsiva, sin dirección, en un esfuerzo orientado por un propósito, que procura un fin específico.

Si una persona es consciente del objeto de su necesidad, su experiencia de ella en sus diversas fases (urgencia, esfuerzo, satisfacción) posee el carácter de una actitud hacia este objeto. Esta actitud es usualmente denominada interés (en sentido restringido).

Es común distinguir entre necesidades "corporales" y "espirituales".

Al primer grupo pertenecen la necesidad de respirar, de abrigo, de agua y alimentos, de excreción, de higiene, de actividad sexual y de descanso.

El segundo grupo incluye la necesidad de estímulo o distracción, de expresión, de producción, de compañía, de amor o cuidado, de seguridad; la necesidad de poseer y coleccionar, de servir al prójimo; también la necesidad de destrucción, de autoafirmación, de autorrespeto, de justificación, de conocimiento, de armonía, etc.

Los intereses no son necesariamente egoístas (autointereses). El interés fundado en la necesidad de servir al prójimo está dirigido

a la satisfacción de necesidades de otros. Nace de un impulso de ayudar a quienes están necesitados, y se basa en sentimientos de simpatía hacia ellos. El interés altruista tiene carácter indirecto: remite a un interés directo de otro, es decir, a un interés que es experimentado por éste como un autointerés. Cuando en el campo del derecho o de la moral hablamos de un "balance de intereses" queremos decir autointereses.

### Intereses individuales y colectivos

Los intereses son experimentados por personas —no, conocemos otros centros de experiencia— y en ese sentido son individuales. Hablar de intereses colectivos o comunitarios, en el sentido de que es el grupo o la comunidad los que experimentan o tienen el interés, carece de sentido. Debemos buscar otra manera de atribuir a esas palabras un significado aceptable.

Imaginemos a dos individuos A y B, prisioneros en una misma celda. Ambos quieren escapar. Los dos tienen, cada uno por sí, interés en salir de la prisión. En esa medida puede afirmarse que sus intereses *coinciden*. Supongamos, además, que la huida requiere necesariamente la cooperación de los dos. Cada uno de ellos, por lo tanto, tiene interés en ayudar al otro, no por razones altruistas, sino porque la huida de cada uno depende de una cooperación que hace posible también la del otro. En esta medida, puede decirse que sus intereses están *conectados*. Finalmente, podemos imaginar que cada uno siente tal impulso altruista de ayudar al otro, que ambos piensan en la huida, no como la huida de A o la de B, sino como la fuga común, la fuga de (A + B). "Tenemos que tratar de huir", dicen. En tal medida podemos decir que sus intereses son *comunes*.

Resulta claro que el hecho de que los intereses coincidentes estén también conectados, depende únicamente de circunstancias externas, en el caso, una situación fáctica de solidaridad, que mueve a A en dirección a B, y recíprocamente, como instrumentos necesarios para la satisfacción de sus intereses egoístas. Que A y B sean también conscientes de la conexión mutua de intereses depende únicamente, por lo tanto, de un conocimiento racional del estado fáctico de solidaridad.

Por otra parte, que los intereses coincidentes sean experimentados también como un interés común, depende de algo subjetivo, a saber, de que cada una de las partes se identifique de tal manera con las otras o con el "todo", que nazca en cada una de ellas una "conciencia de grupo". Esto significa que cada una siente como si no estuviera actuando en su propio nombre y en su propio interés, sino como "órgano" de un todo, de una comunidad. No es A quien planea la fuga de A, ni B quien planea la de B, sino que (A + B) planea la fuga de (A + B). Parece natural entonces hablar de

un interés en escapar que no se atribuye singularmente a A ni a B, sino al todo (A + B). Hay que tener presente, sin embargo, que la expresión "el interés de (A + B) en escapar" es una frase que no debe ser interpretada en base a la analogía con la expresión "el interés de A en escapar". Porque no designa un interés único experimentado por un sujeto común (A + B), sino una constelación de intereses individuales experimentados bajo presupuestos emocionales dados. Atribuir el interés a un todo supraindividual (un sujeto colectivo, una comunidad) es usar una expresión metafórica para la experiencia individual de coparticipación de intereses.

Cabe preguntar si A puede experimentar la situación como una coparticipación de intereses sin que B haga lo propio. Es verdad, por cierto, que A puede sentir simpatía hacia B y un impulso altruista de ayudarlo, sin que haya reciprocidad de sentimientos de parte de B. Por otro lado, la experiencia de identificación y coparticipación presupone casi con certeza cierta reciprocidad de parte del otro individuo.

La conexión de intereses (solidaridad fáctica), ya lo dijimos, no es idéntica a la comunidad de intereses (solidaridad emocional). Otra cosa es que pueda considerarse que el conocimiento de la dependencia mutua condiciona la actitud de coparticipación. Los intereses conectados quizás se experimentan más fácilmente como comunes que los intereses coincidentes.

Lo que acabamos de señalar respecto de la situación de A y B en la cárcel, puede ser generalizado y aplicarse a la comunidad de vida humana en la lucha contra la naturaleza. A medida que la técnica de producción se transforma en un aparato altamente organizado y ramificado, se hace más claro que todos dependen de todos en una solidaridad fáctica. Nadie se basta a sí mismo. El capital depende del trabajo y el trabajo del capital. La prosperidad de la agricultura es condición para el bienestar de las industrias urbanas, y viceversa. Una crisis de producción en los Estados Unidos sería ruinoso para la economía europea y, a la inversa, los Estados Unidos se beneficiarían con una Europa floreciente. Los intereses humanos están extensamente conectados y se traducen en una cooperación que, a su vez, aumenta la dependencia mutua. En cierta medida son experimentados como intereses comunes atribuidos a una colectividad. Las formas correspondientes de vida social pueden ser denominadas *sociedad* y *comunidad*.<sup>1</sup>

La distinción entre ellas se basa en un sentimiento de simpatía y pertenencia al grupo, que hace que el individuo se identifique con éste. El límite, por lo tanto, es fluido. Con esta salvedad, puede

<sup>1</sup> El sociólogo alemán Tönnies fue quien acuñó estos términos. Aquí son usados, empero, en un sentido en cierto modo diferente del que les dio Tönnies.

decirse que las empresas comerciales (y otras asociaciones técnico-financieras) y la cooperación entre Estados, son ejemplos de formas de vida social que tienen, de modo predominante, carácter de "sociedad"; la nación, la familia, los clubes y las comunidades religiosas son ejemplos de grupos que tienen, de modo predominante, carácter de comunidad.

Mostrar el hecho de la solidaridad, esto es, indicar en qué medida los intereses humanos están mutuamente conectados, es una tarea teórica. Hablar de "intereses comunes" o "intereses comunitarios", es algo más; no es simplemente una aserción sobre la conexión fáctica de intereses, sino también un medio de persuasión, una forma de expresar una actitud de sentimientos comunes que apela a los mismos sentimientos en otras personas. Si digo, por ejemplo, que en una situación dada el ahorro es de interés común o de interés de la comunidad, no solo estoy señalando ciertas relaciones económicas que conectan nuestros intereses; también estoy haciendo un llamado al "sentido comunitario", o al "sentimiento comunitario". Esto significa apelar a los sentimientos de pertenencia al grupo, identidad, solidaridad y a los intereses altruistas conectados con ellos, que luchan con los intereses egoístas que mueven al individuo a buscar su propia ventaja a expensas del "todo".<sup>2</sup>

Debe hacerse notar que no todos los intereses de un individuo están conectados con los intereses de los demás. Tampoco puede decirse, en general, que algunos intereses están aislados y otros conectados. En lugar de ello, cada interés tiene un aspecto que está individualmente aislado y otro que está socialmente conectado.<sup>3</sup> Si, por ejemplo, pensamos en el interés de un individuo en la posesión de objetos materiales, este interés choca con los intereses encontrados de otras personas. Estos intereses son coincidentes y conectados en un solo aspecto: todos tienen interés en que haya una regulación u orden general de la propiedad que garantice a cada uno seguridad en cierta posesión limitada. Así, la propiedad de A considerada individualmente —es decir, como su interés en disponer de cierta fracción de tierra— es un interés meramente individual, pero su interés (y el interés de cada uno de los otros), en una regulación u orden de la propiedad que dé seguridad a la posesión, es un *interés social*.<sup>4</sup> Introducimos este término para designar los

<sup>2</sup> El intento de Duguit de derivar el derecho objetivo (natural) del hecho de la solidaridad se basa, podemos decir brevemente, en la errónea concepción de que la solidaridad como actitud emocional e ideal es remplazada por la solidaridad como hecho. Cf. par. LVII.

<sup>3</sup> Hay, por cierto, algunas necesidades, tales como, por ejemplo, la necesidad de aire y de excreción corporal, que no tienen aspecto social, esto es, su satisfacción no depende de la cooperación con otros.

<sup>4</sup> El uso del singular no indica que el interés es atribuido a una única parte interesada (la comunidad), sino que muchas partes interesadas tienen un interés del mismo contenido.

intereses generalmente coincidentes y conectados, dentro de un grupo, en que haya un cierto orden social. Hacer una hipótesis adicional de los intereses sociales (en que haya un orden o regulación de la propiedad) sustentados por A, B, C, etc., y hablar de un interés supraindividual atribuido a la comunidad (el orden o regulación de la propiedad como un *interés comunitario*),<sup>5</sup> es, como ya vimos, hacer una metáfora cuya función consiste en apelar al sentimiento de simpatía y al interés altruista, a través del cual el individuo se identifica con el todo.

Resultará claro de esto que todo intento de formular un catálogo de intereses "individuales" y "sociales" independientes y en conflicto está destinado al fracaso. Se trata de dos aspectos de la misma cosa, el específico y el general. Si, por ejemplo, incluimos entre los "intereses individuales" el interés de A en tener posesión de objetos materiales, en gozar de integridad personal, en casarse y formar una familia, en celebrar acuerdos obligatorios, etc., a ellos corresponden, entonces, los "intereses sociales" en un orden o regulación general de la propiedad, de la paz, del matrimonio y de la familia, de los contratos, etc.

Por la misma razón es también imposible distinguir entre esferas de la vida dominadas por intereses individuales y esferas dominadas por intereses sociales.<sup>6</sup>

#### *Intereses privados y públicos*<sup>7</sup>

Esta distinción deriva lógicamente de la distinción entre los intereses individuales y sociales. Si el poder político de la comunidad protege un interés social por medio de la legislación, se dice que este interés es "público". El interés individual, en cambio, es denominado "privado". Los intereses públicos, podemos decir también, son intereses sociales protegidos por "el Estado", como expresión de los órganos políticamente organizados del poder de la comunidad. Así, los intereses sociales en un orden o regulación de la propiedad (de la paz, del matrimonio, de la defensa del país,

<sup>5</sup> Aquí el uso del singular se propone mostrar que el interés —metafóricamente— es atribuido a una única parte interesada, la comunidad.

<sup>6</sup> De aquí se sigue que sobre esta base es imposible distinguir entre derecho público y derecho privado. Considerado como un orden general, todo sistema jurídico protege intereses sociales (los que, en esa medida, son llamados intereses públicos; véase el texto que sigue a continuación). Considerado desde el punto de vista de la relación jurídica específica, todo sistema jurídico protege intereses individuales. Cf. par. XLVI.

<sup>7</sup> El problema de los intereses individuales, sociales, privados y públicos ha sido examinado en particular por Ihering y Roscoe Pound (véase JULIUS STONE, *The Province and Function of Law*, 1950, esp. XI, par. 3 y 7; cap. XX, par. 1-5; Cf. cap. XXI y XXII) pero, en mi opinión, sin una clarificación de los términos.



etc.) son intereses públicos. La expresión se usa también para designar los intereses específicos individuales derivados, que tienen las autoridades públicas en conexión con la protección de los intereses públicos en sentido general. Por ejemplo, si las fuerzas armadas, como parte de su labor en pro de la defensa nacional, quieren instalar un polígono de tiro en cierta área, este interés individual también es denominado interés público. Sería, sin embargo, conveniente, por razones de claridad, reservar la expresión "interés público" para los intereses sociales, generales (en nuestro ejemplo: la defensa nacional), y llamar a los intereses individuales derivados (instalar un polígono de tiro) "intereses del Estado".

#### LXXXV ACTITUDES MORALES

No todas las acciones humanas son interesadas (motivadas por una necesidad). Esto se aplica no solo a los reflejos (párpadeo, estornudo) que ocurren sin conocimiento y voluntad, sino también a las formas de acción superiores y organizadas, que son conocidas como actos de volición.

Entre las acciones desinteresadas las más importantes son las acciones sugeridas o "persuadidas". Es un hecho psicológico que bajo ciertas circunstancias, medios adecuados de persuasión pueden transmitir actitudes e impulsos de acción a otras personas. Tal como vimos con más amplitud más arriba (par. LXXXII), los medios de persuasión pueden ser lingüísticos (órdenes, peticiones, invitaciones y otras exhortaciones verbales, es decir, palabras con una carga emocional), o no lingüísticos (el tono de voz, la expresión facial, el gesto). Por lo común ambos tipos se emplean en forma simultánea. Cuando los padres con tono imperativo le dicen a un niño "¡No toques!", o cuando el sargento da a sus hombres la voz de mando "¡Marchen!", estas órdenes desencadenan impulsos espontáneos de no actuar o de actuar de una manera específica. Tales impulsos no nacen de una necesidad, y no expresan ningún interés de parte de la persona que los sigue. Otra cosa es que la disposición de obediencia del niño o del soldado pueda ser cultivada, pues esa disposición tiene sus raíces en una relación de dependencia o de poder entre las partes, que condicionan originariamente en el dependiente o en el subordinado un interés en obedecer. Una vez que la disposición es establecida (cuando el poder se ha transformado en autoridad), puede omitirse la apelación a un motivo de interés, y lo mismo habrá obediencia, no por miedo, sino en forma espontánea. El impulso a la acción aparece automáticamente y con fuerza compulsiva, aun cuando esté en conflicto con fuertes intereses. El propósito de los ejercicios militares, con su eterna repetición de órdenes aparentemente sin sentido, es cultivar tal dis-

posición permanente a la obediencia ciega, que cuando surja la necesidad de combatir bastará una orden para que los soldados reaccionen en forma espontánea como autómatas, en conflicto con los poderosos motivos del instinto de autopreservación y del miedo.

Los impulsos y actitudes particulares que son vividos como *morales*, tienen también un carácter *desinteresado*; esto es, no basado en necesidades. Ello se ve con claridad cuando la moral es vivida e interpretada como deber.<sup>8</sup> Lo que es característico de la experiencia del deber es, precisamente, que aprehendemos en ella un impulso a la acción, que se presenta como una demanda independiente de todo lo que nuestros deseos, inclinaciones e intereses nos sugieren. El imperativo del deber no busca su justificación en ninguna utilidad o ventaja; no apela a ningún interés, sino que se presenta con absoluta independencia. No es necesario que el deber esté en conflicto con nuestras inclinaciones "naturales", pero asume su forma más clara cuando ello ocurre. Es experimentado, entonces, si cumplimos con nuestro deber, como una censura a nuestra naturaleza "sensual", nos sentimos impelidos por un motivo que nada tiene que ver con nuestras necesidades e intereses, por un motivo desinteresado, el puro sentido del deber.

Las actitudes morales tienen origen social; son inculcadas en la persona por la persuasión sugestiva de su medio. La peculiaridad de la persuasión que crea la moralidad es que tiene lugar en los primeros años de vida. Desde la infancia el niño crece en un medio social, representado primero por los padres, hermanos y hermanas, más tarde por los compañeros de colegio y los maestros. En este medio el niño está constantemente sometido a un bombardeo de persuasiones acordes con la tradición cultural común del grupo social, con la herencia social. Las persuasiones consisten primero en exhortaciones verbales: "¡No mientas!"; "¡Respeto tu palabra!"; "¡No jures!"; "¡No seas egoísta!"; "¡Es una actitud cobarde pegarle a alguien más pequeño que tú!". Estas exhortaciones son luego apoyadas por otros medios de persuasión que expresan aprobación y desaprobación: elogio, reproche, castigo, aislamiento del grupo, privación de afecto y simpatía, etc. De esta manera el niño crece dentro de una amplia red de reglas convencionales que abarcan los aspectos más variados de la vida: reglas de lenguaje, de juego, de intercambio social, de urbanidad y de "moralidad" en sentido restringido. Estas reglas son vividas como "morales", esto es, "obligatorias" en la medida en que son susceptibles de chocar con el placer y las inclinaciones personales.<sup>9</sup> Así, por ejemplo, las reglas

<sup>8</sup> Lo mismo ocurre también cuando la moral es interpretada como conciencia del valor o del bien. Véase ALF. ROSS, *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, cap. III, §. En la obra citada, cap. VII, I y 2, hay un análisis más profundo de la experiencia del deber.

<sup>9</sup> Confróntese ROSS *op. cit.*, pág. 422 y sigs. A la distinción entre

de la gramática son vividas como puramente convencionales, mientras que el imperativo de no jurar adquiere un tono moral.<sup>10</sup> Los reclamos de la higiene y de la urbanidad son vívidos originariamente por el niño como exigencias morales, pero poco a poco la conducta correspondiente es inculcada hasta alcanzar un grado tal de automatismo, que ya no se desea actuar de manera distinta. Las reglas pierden así su carácter moral.<sup>11</sup>

Con el tiempo el factor de sugestión (admonición de los padres) puede desaparecer. La actitud moral se acoplará entonces en forma directa a la situación y a la regla moral correspondiente. El adulto, o el adolescente, no recuerda cómo los impulsos morales fueron implantados en él. A pesar de ello, vive este impulso con plenitud y espontaneidad como una fuerza que reprime sus inclinaciones. Esta circunstancia explica la "inexplicabilidad" que caracteriza a la moral. Mientras que parece bastante "natural" satisfacer nuestras necesidades, hay algo extraño en el hecho de que cumplimos con nuestro deber incluso en contra de nuestros intereses. No parece que el deber pueda ser atribuido a nuestra "naturaleza". Parece obvio, en consecuencia, interpretar el impulso moral como expresión de una específica "validez" sobrenatural, que tiene su fuente en Dios o en la naturaleza racional, suprasensible, del hombre, que nos habla a través de nuestra conciencia.<sup>12</sup>

La distinción entre actitudes e impulsos interesados y desinteresados, entre el interés y la moral, no se confunde con la distinción entre egoísmo y altruismo. El interés, como hemos visto, también puede ser altruista. La diferencia decisiva, en lo que atañe a las actitudes frente a una regla de acción o un orden social, es la dife-

normas convencionales y normas morales corresponde una diferencia en la reacción social frente a las trasgresiones. La trasgresión de una norma convencional típica provoca asombro, ridículo y reserva. Una persona que se presenta vestida en forma inadecuada cae en ridículo y no pertenece a la buena sociedad. La trasgresión a una norma moral típica es recibida, en cambio, con protestas de desaprobación, que pueden llegar a la ira, la indignación y el horror.

<sup>10</sup> Si alguien sintiera el deseo de conjugar mal un verbo, la norma gramatical, presumiblemente, también tendría para él un tono moral.

<sup>11</sup> Las normas comunes referentes al decoro en el vestir son generalmente vividas, por lo tanto, como meramente convencionales. Solo en aquellos casos de excepción, en que la exigencia es vivida como una carga en conflicto con las preferencias personales (por ejemplo, la exigencia de usar atuendo académico en ciertas ceremonias universitarias), ella adquiere el carácter de un deber moral.

<sup>12</sup> En la filosofía metafísica esta interpretación ha dado lugar al dualismo "hombre como ser natural", sometido a la ley universal de causalidad, y "hombre como ente dotado de razón", o persona moral, cuya voluntad es libre. Nunca he podido entender cómo estas concepciones opuestas, entre las que vacila la filosofía práctica de Kant, pueden ser conciliadas.

rencia entre racionalidad e irracionalidad. En su forma original el interés es una actitud frente a un satisfactor (repelente), es decir, un objeto cuya adquisición (eliminación) satisface una necesidad.

La actitud interesada frente a una regla de acción, o un orden social, es una actitud derivada y condicionada por la creencia de que la regla u orden puede satisfacer ciertas necesidades. El punto de vista fundado en el interés está, pues, condicionado por ciertas creencias y, en tal medida, puede ser justificado por argumentación racional. La actitud moral (sentido moral), en cambio, es una actitud directa y absoluta frente a una norma de acción u orden social. Es irracional en el sentido de que expresa una emoción y está más allá de la justificación y de la argumentación.

La fuerza motivadora de estos dos tipos de actitud varía de una persona a otra según ciertas creencias condicionantes sobre la naturaleza y el origen del sentido moral. De acuerdo con la manera en que el individuo reacciona al sentido moral, podemos distinguir dos tipos principales: actitud moral dogmática y actitud moral escéptica.

Una actitud moral dogmática está caracterizada por un sentimiento de reverencia hacia la voz que viene de nuestros corazones. Nadie ha expresado con mayor belleza que Kant el sentimiento de profundo temor frente a la majestad sublime de la ley moral. Kant escribió las famosas palabras "*Zwei Dinge erfüllen das Gemüt mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Ehrfurcht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt: der bestirnte Himmel über mir und das moralische Gesetz in mir*".<sup>13</sup> (Mientras más medito en ellas, dos cosas llenan mi corazón con un temor y una admiración siempre nuevos y crecientes: el cielo estrellado, que está por encima de mí y la ley moral que está dentro de mí.) Esta actitud está basada, desde luego, en creencias religiosas o filosóficas metafísicas sobre la naturaleza y origen de la conciencia.<sup>14</sup> La voz que viene de nuestros corazones es interpretada como revelación de una validez absoluta *a priori*, que es atribuida a Dios o a la naturaleza racional, suprasensible del hombre, que lo coloca por encima del mundo de la necesidad.

La actitud moral escéptica, en cambio, desconfía de las actitudes emocionales que enfrentan directamente ciertas normas de acción, y exige que estén justificadas por el interés. Esta actitud se basa en la creencia de que el sentido moral es un fenómeno empírico, psíquico, como los demás. La conciencia en mi corazón no es incomprendible y sublime. No me habla de la voluntad de Dios o de las

<sup>13</sup> KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, sección final (*Beschluss*).

<sup>14</sup> Kant negó que la conciencia moral pudiera ser explicada en términos de historia y psicología.

leyes categóricas de la razón, sino simplemente de los prejuicios que han sido inculcados en mí desde la cuna. Estos, a su vez, son el producto de tradiciones sociales heredadas. Las actitudes morales tienen originariamente sus raíces en necesidades sociales. Pero éstas descansan, en parte, en concepciones mágicas, religiosas, y de tipo semejante, acerca de la realidad física y social; y, en parte, en condiciones imperantes en la comunidad, que pueden haber cambiado después, de modo que la moralidad heredada no sirve ya los intereses que la originaron. Por estas razones el sentido moral no puede pretender un respeto ciego. En el mejor de los casos, puede ser considerado como una indicación *prima facie* de que una cierta conducta sirve determinados intereses sociales. Ha de ser nuestra tarea, si es que ella puede ser llevada a cabo,<sup>15</sup> examinar esta hipótesis y racionalizar nuestra actitud emocional mediante un análisis del problema de la acción, a la luz de nuestros intereses y de una adecuada concepción de la realidad.

Como sucede en los problemas prácticos, no es posible probar la corrección de la actitud que se adopte, sino discutir únicamente las creencias que la condicionan. El escéptico moral puede, en apoyo de su actitud, denunciar la interpretación metafísica de la conciencia moral por considerarla tan insostenible, arbitraria y fantástica como las otras metafísicas (par. LVIII); puede dar una explicación psicológica de por qué el impulso metafísico es tan poderoso en la esfera de la moral (par. LIX); y puede hacer referencia a las obras modernas que han explicado el origen y la evolución del sentido moral en términos de sociología, historia y psicología.<sup>16</sup>

Si se aceptan estos argumentos y se dispersa así la niebla metafísica, el resultado psicológico será indudablemente el de demoler la ciega reverencia del dogmatismo moral frente a la conciencia moral. No puedo concebir que sea posible aceptar una versión científica, esto es, relativista, histórica y psicológica del sentido moral, como un fenómeno empírico entre otros, y al mismo tiempo conservar una actitud de respeto sumiso y obediencia absoluta frente a sus órdenes.

#### LXXXVI EL PAPEL DE LA CONCIENCIA JURÍDICA EN LA POLÍTICA JURÍDICA: TRES POSTULADOS FUNDAMENTALES

Las observaciones hechas en los dos párrafos precedentes sobre el interés y el sentido moral, pueden ser aplicadas a las consideraciones prácticas y a la conciencia jurídica como factores de la política jurídica.

<sup>15</sup> Confróntese parágrafo LXXXVII.

<sup>16</sup> Véase, por ejemplo, EDWARD WESTERMACK, *The Origin and Development of the Moral Ideas*, L-II, 1924-26.

Las "consideraciones prácticas" (consideraciones de interés, consideraciones de utilidad) son la expresión de una valoración de las reglas jurídicas, en base a argumentos racionales sobre la relevancia de las reglas para intereses presupuestos.

La conciencia jurídica, como el sentido moral, es una actitud desinteresada de aprobación o desaprobación frente a una norma social. Difiere del sentido moral en que, a diferencia de éste, no apunta a la relación directa entre hombre y hombre, sino a la regulación social, organizada, de la vida de la comunidad. La conciencia jurídica se dirige al orden social. Toma partido, en base a actitudes, en cuestiones del tipo de las siguientes: si los delincuentes deben ser castigados en relación con su culpa, si el aborto debe ser permitido, si las mujeres deben tener el mismo *status* jurídico que los hombres, si los trabajadores deben tener derecho a agruparse en sindicatos, si el matrimonio puede ser disuelto por divorcio y bajo qué condiciones, etc. En cierta medida, la conciencia jurídica está determinada por el propio orden jurídico existente, y, a su vez, ejerce influencia sobre este último.

Podemos enunciar ahora los tres siguientes postulados fundamentales, relativos al papel que cabe asignar a la conciencia jurídica en cuestiones legislativas, en competencia con consideraciones prácticas.

1) La conciencia jurídica del político jurídico no debe ser considerada como la medida de la "corrección" de una norma.

Este postulado prácticamente no necesita justificación adicional. Resulta claro que cualquier idea que conciba a la conciencia jurídica como revelación de principios de validez absoluta sobre la "corrección" del derecho, nos retrotrae a las concepciones metafísicas que hemos rechazado repetidamente.

2) La conciencia jurídica que de hecho predomina en los círculos gobernantes no debe formar parte de los impersonales presupuestos de actitud del político jurídico. En los párrafos LXXIII y LXXVIII se establece (como una exigencia metodológica que resulta del principio de pureza de la ciencia) que el investigador social, a semejanza del técnico de las ciencias naturales, debe aceptar como hipótesis las actitudes políticas de hecho existentes en los círculos predominantes de la comunidad. Pareciera inferirse de esto que debe aceptar también las actitudes especiales expresadas en la conciencia jurídica.

Es menester recordar, sin embargo, que las actitudes existentes no son más que la materia prima que ha de ser elaborada. En particular, hay que ver si las actitudes están condicionadas por una concepción inadecuada de la realidad y necesitan por ello corrección a la luz de un conocimiento científico más adecuado. Esto vale en especial para la conciencia jurídica. Los puntos de vista

aquí aplicables son análogos a los que se refieren al dogmatismo moral y al escepticismo moral (par. LXXXV). Cuando se advierte que la conciencia jurídica no es la revelación de una validez sobrenatural, de principios eternos de justicia o de la voluntad de Dios, sino simplemente un hecho psíquico entre otros; cuando se ve que es un producto de la historia resultante de un juego de fuerzas que incluye poderosos intereses de grupo, instintos primitivos e ideas tradicionales mágicas y religiosas; cuando se comprueba que si bien dicha conciencia jurídica cambia con las condiciones cambiantes de la comunidad (par. LXXXVII), con frecuencia va a la zaga de la evolución de ésta, por virtud de la inercia de la tradición; cuando hemos comprendido todo esto con claridad, la conciencia jurídica pierde su fuerza motivadora. Uno no puede, entonces, dejar de preguntarse por qué, al ocuparnos de los problemas sociales, permitimos que nos domine esta emoción que en forma irracional nos ata al pasado. Queremos desafiar a la conciencia jurídica y averiguar si puede ser justificada como una suma total de la experiencia de generaciones sobre lo que está al servicio de ciertos intereses sociales. La conciencia jurídica solo debe ser reconocida como indicación *prima facie* de necesidades sociales. Hay que exigir que su actitud irracional sea remplazada, en la mayor medida posible, por un análisis racional en base a determinados intereses y por un conocimiento racional de los efectos de las medidas legislativas en discusión.

Podría decir aquí, nuevamente, que esta actitud escéptica frente a la conciencia jurídica expresa un punto de vista, no una verdad científica; pero un punto de vista que se nos impone, una vez que comprendemos y aceptamos las creencias sobre la naturaleza de la conciencia jurídica. Esas creencias pueden ser defendidas y justificadas como verdades objetivas.

Además, con independencia de que esta actitud escéptica sea compartida o no, la apelación a la conciencia jurídica está fuera del ámbito de la política jurídica científica. La tarea de ésta, como sostuvimos más arriba (par. LXXIII), debe consistir en orientar la argumentación racional suministrándole aserciones científicamente sostenibles. Pero la apelación a la conciencia jurídica —si se la considera como una actitud motivadora y no como una circunstancia fáctica (ver tercer postulado)— no es un argumento, sino un medio directo de persuasión. La apelación a la conciencia jurídica hace cesar toda argumentación racional y solo puede ser neutralizada mediante la expresión emocional de una conciencia jurídica divergente. Solo hay lugar para una argumentación racional cuando la conciencia jurídica deja de ser aceptada como motivación en sí misma, y se exige que sea puesta a prueba y justificada a la luz de consideraciones prácticas (intereses).

La yuxtaposición de consideraciones prácticas y conciencia ju-

ridica, común en la argumentación de política jurídica; es una mezcla metódicamente imposible de argumentación racional y persuasión irracional.<sup>17</sup> El carácter absurdo de esta mezcla queda oculto, porque una mano invisible parece gobernarla con tal sabiduría que la apelación a la conciencia jurídica siempre concuerda con la argumentación práctica. Pero, ¿cuál sería la posición si los dos enfoques llevaran a resultados en conflicto? Solo habría dos posibilidades, ambas inaceptables. O bien hay que preferir un enfoque al otro, la conciencia jurídica a las consideraciones prácticas, o viceversa; en cuyo caso es *ab initio* inútil invocar ambos puntos de vista, si uno de ellos tiene que ser dejado necesariamente a un lado cuando contradice al otro. O bien hay que efectuar una ponderación y ajuste, semejante a los que hay que llevar a cabo cuando diversas consideraciones prácticas son pesadas las unas en relación con las otras. Pero tal ponderación o balance tiene que resultar inaceptable desde cada uno de los dos puntos de enfoque, el racional y el irracional, ya que ambos reclaman validez soberana. Si se acepta la conciencia jurídica, toda consideración de intereses debe ser rechazada. Si una conducta es emocionalmente desaprobada como mala en sí misma, no hay punto de vista racional fundado en intereses que tenga peso alguno. A la inversa, si uno se ha decidido en base a una valoración racional de intereses, no hay aprobación o desaprobación emocional que tenga peso alguno.

3) La conciencia jurídica predominante en la comunidad solo puede ser tomada en consideración como un factor espiritual del que depende la viabilidad práctica de una reforma jurídica.

A esta cuestión le son esencialmente aplicables los comentarios hechos en el capítulo sobre las posibilidades de la política jurídica. El legislador no puede dar forma a la evolución arbitrariamente; sus posibilidades están limitadas (entre otras cosas) por la conciencia jurídica predominante en la comunidad. Esta limitación a los esfuerzos del legislador por dirigir la conducta de los hombres, debe ser tomada en cuenta por éste en su cálculo jurídico-sociológico del efecto fáctico de un proyecto de ley. Tal es la médula de la doctrina de la escuela histórica.

La conciencia jurídica, según esta idea, es tomada en cuenta como una circunstancia fáctica y no como un motivo; esto es, figura entre las creencias operativas que describen hechos y correlaciones sociológico-jurídicos, y no entre las premisas de actitud motivadoras. De acuerdo con esto, no se toma en cuenta la conciencia jurídica en sí misma, sino sus efectos, es decir, la conducta que ella presumiblemente condiciona.

<sup>17</sup> Las cosas son de otro modo cuando la conciencia jurídica es tomada en consideración como circunstancia fáctica. Confróntese el tercer postulado y el párrafo siguiente.

Aun cuando una conciencia jurídica popular existente no tenga quizá fuerza suficiente para frustrar una propuesta medida legislativa, puede fundar un argumento contra el proyecto. Porque no debe olvidarse que una ley adoptada en contra de la conciencia jurídica popular, probablemente causará mala voluntad, insatisfacción y fricción, y ello puede tener un efecto indeseable sobre el respeto general a la ley.

Tales puntos de vista son importantes para decidir acerca de actos que, sin llegar a lesionar intereses ajenos, son contrarios a la creencia moral predominante y, por ello, son generalmente censurados. Particularmente en épocas anteriores, pero aún hoy, ha sido frecuente castigar actos por considerarlos pecaminosos; por ejemplo, diversas relaciones sexuales (homosexualidad, relaciones extramatrimoniales, relaciones sexuales entre parientes aun lejanos o entre parientes por afinidad, adulterio, prácticas "antinaturales"), herejía, y otros actos condenados por la Iglesia.<sup>18</sup> Para una actitud moral dogmática, el sentido moral es en sí mismo razón suficiente para el castigo de tales actos. Es inútil discutir tal punto de vista. La punibilidad puede ser justificada por consideraciones prácticas de intereses, pero sólo en base a la idea de que se debe proteger el sentimiento de indignación de los ciudadanos y satisfacer su deseo de castigar a quienes provocaron la indignación. Como siempre ocurre con las valoraciones prácticas, la decisión tiene que apoyarse en un balance de las consideraciones en conflicto; en el ejemplo que examinamos, se apoyará en un balance del sentimiento de indignación y de la libertad de pensamiento y de acción del prójimo. Por mi parte, pienso que la indignación moral no merece protección cuando se opone a los intereses de los demás. En general, recomendaría que no se prohíba ningún acto cuya única interferencia con los intereses de los demás consiste en que éstos lo condenan por razones morales. Para decirlo más simplemente: los hombres deben ser libres de realizar aquellos actos que no conciernen a los demás, aunque éstos los consideren pecaminosos.

Esa es la esencia del principio de tolerancia. La evolución de la cultura occidental ha pasado a través de duras luchas en su avance en dirección al triunfo de este principio. La emancipación del yugo de la intolerancia religiosa y moral, expresada en la desaparición de un gran número de anteriores prohibiciones y castigos es, en mi opinión, un vital paso adelante hacia la felicidad humana.

<sup>18</sup> Los actos aludidos aquí, que se caracterizan por el hecho de que la acción misma, esto es, con independencia de su condena moral, no concierne a otros, no deben ser confundidos con aquellos casos en que la acción en sí misma es una ofensa contra la vida emocional de otras personas. Las ofensas contra el pudor público, los agravios a creencias religiosas (blasfemia), las injurias y calumnias y otros delitos no deben, por lo tanto, ser incluidos aquí.

Esta tendencia debe merecer nuestra adhesión, para que el principio de tolerancia adquiriera vigencia plena en el ámbito del derecho y en las otras esferas de la vida comunitaria del hombre.

LXXXVII EL PAPEL DE LA CONCIENCIA JURIDICA CUANDO FALTAN LAS CONSIDERACIONES PRÁCTICAS

En nuestro tercer postulado se estableció que la conciencia jurídica —entendida como aquella que prevalece en la comunidad— sólo puede ser tomada en cuenta como circunstancia fáctica, no como un motivo en sí misma.

Hemos visto que la conciencia jurídica puede constituir a veces una resistencia, o aun una barrera, a las exigencias de política jurídica en pro de reformas fundadas en consideraciones prácticas.

La conciencia jurídica puede llegar a desempeñar un papel más decisivo aún en ciertas circunstancias, a saber, cuando faltan las consideraciones prácticas. Puesto que cualquier reforma jurídica importa de por sí una intervención que apareja los inconvenientes propios de todo cambio, ella debe probar que está justificada. Si no existen consideraciones prácticas que la justifiquen, hay que remitirse a la tradición arraigada en la conciencia jurídica popular.

Los argumentos prácticos pueden faltar, ya sea porque en una cuestión determinada el orden jurídico es indiferente a las consideraciones prácticas determinadas por el interés; o porque nuestro actual conocimiento de las relaciones sociales no nos permite formarnos opiniones bien fundadas sobre las consecuencias sociales de las posibles soluciones y no estamos, por ello, en situación de efectuar una elección racionalmente justificada entre esas soluciones. No hay una línea demarcatoria precisa que separe estos dos casos.

Pueden ocurrir situaciones de este tipo tanto respecto de normas particulares dentro de nuestras instituciones jurídicas, como respecto de las instituciones mismas en sus componentes fundamentales. El primer caso es bien conocido. El segundo rara vez ha sido advertido.

Es fácil encontrar justificaciones prácticas para la regulación del tránsito; la libertad sin restricciones conduciría al caos. Por otra parte, es muy difícil poder invocar fundamentos prácticos para decidir entre adoptar el tránsito por la derecha o por la izquierda. En esta situación lo habitual —podemos decir también "la conciencia jurídica"— es lo decisivo. Lo mismo ocurre con otros aspectos de la regulación del tránsito. Aun cuando quizás pueden invocarse ciertas consideraciones prácticas, cualquier cambio en los hábitos del tránsito firmemente establecidos trae inconvenientes. El que aboga por ellos tiene en su contra la difícil carga de la prueba.

En otras áreas jurídicas encontramos situaciones análogas. Es importante que haya reglas claras y firmemente establecidas en cuanto al término de la prescripción, plazo de rescate y otros términos, aunque con frecuencia será difícil argumentar racionalmente en favor de un plazo de tal o cual duración. Lo mismo ocurre con las reglas que determinan cuándo se adquiere la mayoría de edad y las que fijan la edad mínima para contraer matrimonio, para votar, etc. En el mundo de los negocios y en otras esferas de la vida en que la claridad y la certeza tienen valor predominante, suele importar más disponer de una regla precisa que la preferencia de un contenido respecto de otro.

En tales casos es frecuente hablar de la "pura positividad" del derecho, aludiendo con ello a la arbitrariedad como cosa opuesta a la racionalidad.

Existe una situación semejante respecto de las instituciones jurídico-fundamentales en sus características básicas.

La regulación de la propiedad es tan necesaria como la regulación del tránsito. Cuando, empero, se suscita la cuestión de si el orden de la propiedad debe estar basado en el capitalismo o en el socialismo, no sabemos cómo la producción, el comercio, las relaciones humanas, etc., se ven afectadas por cada uno de esos sistemas y, por ello, no podemos formarnos una opinión comparativa bien fundada acerca de cuál sistema es preferible. Aunque existen diferentes creencias sobre el particular, ninguna tiene suficiente apoyo en la ciencia o en la experiencia como para merecer otro nombre que el de ideologías.

Lo mismo ocurre, quizás con más claridad, respecto de nuestra regulación del matrimonio. Tal como lo veo, no es posible dar un argumento racional sostenible acerca de por qué la monogamia ha de ser preferida a la poligamia, o a otras formas fundamentales de matrimonio que son conocidas en otras culturas. Las condiciones para celebrar un matrimonio y, en particular, para disolverlo, han variado con amplitud a través de los tiempos, y aun hoy en día difieren considerablemente de un país a otro. Aunque estas variaciones corresponden en alguna medida a variaciones en los intereses y necesidades de las diversas comunidades, es difícil aceptar que ésta sea toda la explicación. No parece posible demostrar racionalmente cuál es la regulación del matrimonio que sirve mejor los intereses sociales específicos. ¿Qué es lo que realmente sabemos sobre las consecuencias que tienen para el individuo o para la comunidad las reglamentaciones matrimoniales rígidas o las elásticas? Antes se pensaba que una mayor elasticidad en materia de cuestiones matrimoniales favorecía la decadencia moral de la comunidad. La experiencia no ha confirmado esto. Pero, ¿estamos en situación de dar una interpretación más sostenible de la cuestión?

Las instituciones jurídicas fundamentales no parecen permitir

un argumento racional. Los problemas que plantean son demasiado amplios; no posibilitan un juicio comparativo de sus consecuencias sociales. Podemos ser capaces de calcular aproximadamente los efectos de medidas particulares dentro de la institución (la importancia de la existencia de registros para un sistema crediticio firme; la importancia de la expropiación para la planificación urbana y otras empresas sociales, etc.). Las instituciones fundamentales mismas, sin embargo, deben ser aceptadas, al parecer, como hechos culturales. En las diferentes culturas las instituciones asumen formas diversas. Una vez conformadas por causas que no podemos comprender, las instituciones son preservadas por una tradición cultural y sustentadas por una conciencia jurídica que refleja esa tradición. La tradición y este sentimiento, sin embargo, no son inmutables, sino que cambian con el tiempo. Es tentador suponer con la escuela histórica que viven su propia vida orgánica. De hecho, sin embargo, es menester aceptar que cambian bajo la presión de la experiencia y de las necesidades, pero de una manera que no podemos controlar. Las instituciones fundamentales cambian conjuntamente con la evolución de la comunidad, incluso pueden cambiar por revoluciones, pero están fuera del ámbito de la política racional.

Estos hechos explican el carácter ficticio de las razones que en diferentes tiempos se han dado en apoyo de las instituciones jurídicas fundamentales tal como ellas se han desarrollado en el tiempo y lugar. Estas supuestas razones llevan claramente el sello de creaciones *ad hoc*. Tienen carácter ideológico, esto es, son construcciones teóricas nacidas de la necesidad de justificar una actitud práctica o un programa de acción.

Cuando faltan los argumentos racionales o tienen poca fuerza directiva, la conciencia jurídica se adueña del papel rector. Esto significa que por falta de argumentos en favor de algo distinto, se echa mano de la tradición jurídica y cultural heredada. Esto no es exactamente lo mismo que el conservadorismo absoluto. Por la evolución de la comunidad y por cambios en la moralidad se hace necesario un ajuste constante del derecho; en parte, condicionado por desarrollos técnicos y en parte, por cambios en las concepciones de la realidad relevantes para las actitudes morales.

El debate público, por lo menos en una democracia, es un proceso continuo, por el cual nuevas impresiones, nuevos sucesos y nuevos conocimientos son absorbidos incesantemente y transformados en opinión pública. Esta, a su vez, se cristaliza en el sentido moral general y en la conciencia jurídica del momento. Tomemos, por ejemplo, el problema racial norteamericano. ¿Cómo se forma la opinión pública sobre este tema? En parte depende de las condiciones de producción: la posición del negro en las áreas industriales del Norte ha sido siempre distinta de la posición de aquél



en los estados agrícolas del Sur. En parte se desarrolla lentamente mediante el debate continuo.<sup>19</sup> La fuerza que mueve este debate es en último análisis el esclarecimiento de los hechos: un mejor conocimiento de la naturaleza del negro, de las condiciones en que vive, del papel que desempeña en la comunidad norteamericana, etc. Los hechos, de importancia grande y pequeña, experimentados repetidas veces, aportan lo suyo. Se popularizan verdades científicas y estadísticas. Cuando estuvieron en las fuerzas armadas durante la guerra, muchos blancos aprendieron más acerca de la gente de color que lo que habían aprendido en toda su vida. El esclarecimiento puede tener que librar una difícil lucha contra las mentiras de la propaganda, pero a la larga la verdad triunfa. Al mismo tiempo, las apelaciones a las actitudes latentes en favor de la libertad e igualdad de oportunidades para todos, que constituyen una parte central del credo norteamericano, surten sus efectos. De esta manera, las concepciones falsas y los prejuicios son lentamente destruidos, pues los prejuicios son actitudes condicionadas por concepciones falsas.

La tarea de la política jurídica, en estos campos, consiste en lograr un ajuste suave del derecho a las condiciones técnicas e ideológicas modificadas, sirviendo la conciencia jurídica de estrella polar. Es menester preservar la continuidad en la tradición jurídica e intentar, al mismo tiempo, satisfacer nuevas aspiraciones. Por supuesto, la configuración más detallada de la conciencia jurídica en reglas de derecho manejables, tiene que atender a consideraciones técnicas fundadas en conocimientos sociológicos o en cálculos.

El respeto a la tradición y a la conciencia jurídica explican porqué el punto de vista de los abogados es profesionalmente conservador. Este punto de vista se justificaba particularmente en tiempos anteriores, puesto que las consideraciones ideológicas, fundadas en el derecho natural o en conceptos históricos, reinaban en forma casi suprema.

El papel del jurista como político jurídico es desempeñarse, en la medida de lo posible, como un técnico racional. En este papel él no es conservador ni progresista. Como otros técnicos, el jurista se limita a poner su conocimiento y habilidad a disposición de otros, en este caso, de aquellos que tienen las riendas del poder político.

<sup>19</sup> Esto significa que las "ideas" no son simplemente una "superestructura" de las condiciones de producción (Marx). Tienen también un impulso propio. Confróntese, GUNNAR MYRDAL, *An American Dilemma*, 1944, 1032 y sigs.

BREVE BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA

LIBROS Y ARTÍCULOS CITADOS POR ROSS EN "SOBRE EL DERECHO Y LA JUSTICIA" QUE HAN SIDO TRADUCIDOS AL ESPAÑOL

Capítulo I

- Nota 12 H. KELSEN, *General Theory of Law and State*. Trad. de EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ed. Imprenta Universitaria. México, 1950.  
(Aparece citado también en cap. I, nota 29; en el texto pág. 66; cap. VIII, nota 3, y cap. VIII, nota 6.)
- Nota 12 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*. Trad. de MOISÉS NILVE, *Teoría pura del derecho*. EUDORA, Buenos Aires, 1960. 2ª ed. 1963.  
(Aparece citado también en el texto, pág. 65.)
- Nota 13 H. MAINE, *Ancient Law*. Trad. de A. GUERRA, *El derecho antiguo*. Ed. Biblioteca Jurídica de Autores Contemporáneos, Madrid, 1973.
- Nota 17 L. DURKHEIM, *De la division du travail social*. Trad. de CARLOS G. POSADAS, *La división del trabajo social*. Ed. Jorro, Madrid, 1928.
- Nota 18 L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé, Les transformations del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Ed. Francisco Beltrán, Madrid 1912.
- Nota 18 L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*. Trad. con estudio preliminar de ADOLFO POSADA y RAMÓN JAEN, *Las transformaciones del derecho público*. Ed. Francisco Beltrán, Madrid 1923.
- Nota 19 R. POUND, *Interpretations of legal history*. Trad. de JOSÉ PUIG BRUTAU, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Ed. Ariel, Barcelona, 1950.
- Nota 24 G. CURVITCH, *Sociology of Law*. Trad. de ANGELA ROMERO VERA, *Sociología Jurídica*, Ed. Rosario, Rosario, 1945.
- Nota 25 A. ROSS, *Towards a Realistic Jurisprudence*. Trad. JULIO BARBOZA, *Hacia una ciencia realista del derecho*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.  
(Aparece citado también en cap. II, nota 9, 22, 28, 29, 30, 31, 34 y en el texto pág. 67; cap. III, nota 26; cap. V, nota 2; cap. VI, notas 3, 6, 8, y 14; cap. VII, notas 3 y 5; cap. X, nota 23).

Nota 27 K. OLIVECRONA, *Law as fact*. Trad. de JERÓNIMO CORTES FUNES, *El derecho como hecho*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1959. (Aparece citado también en cap. II, notas 16, 20 y 32).

Nota 29 Los dos trabajos de C. COSSIO citados en esta nota (1) *Egologische Theorie und Reine Rechtslehre* y (2) *Jurisprudence and the Sociology of Law*, fueron publicados originalmente en castellano con los títulos (1) *Teoría Egológica y Teoría Pura* (Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, t. 56 oct.- dic. 1949, pág. 835); y (2) *Ciencia del Derecho y Sociología Jurídica* (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, año V, núm. 19, mayo-junio 1960, pág. 421).

Capítulo II

Nota 2 RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und Uebergesetzliches Recht*. Trad. de MARÍA ISABEL AZARETTO DE VÁSQUEZ, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.

Nota 14 F. S. COHEN, *Transcendental nonsense and the functional approach*. Trad. de GENARO R. CARRIÓ, *El método funcional en el derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

Nota 16 H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*. Trad. de LUIS LEGAZ LACAMBRA, *Teoría General del Estado*, Ed. Labor, Barcelona, 1934. (Aparece citado también en el texto, pág. 66.)

Nota 34 O. W. HOLMES, *The path of the law*. Trad. de CARLOS A. GARBER, *La senda del derecho*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1959. (Aparece citado también en el texto, pág. 67.)

Capítulo IV

Nota 2 C. K. OGDEN e I. A. RICHARDS, *The meaning of meaning*. Trad. EDUARDO PRIETO, *El significado del significado*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1954.

Nota 14 GNAEUS FLAVIUS (KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Trad. de WERNER GOLDSCHMIDT, "La lucha por la ciencia del derecho", en el volumen *La ciencia del derecho*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1949.

Capítulo VI

Nota 2 DABIN, *Le droit subjectif*. Trad. de FRANCISCO JAVIER OSSER, *El derecho subjetivo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

Nota 14 VON IHERING, *Geist des römischen Rechts*. Hay traducción al castellano bajo el título *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Ed. Bailly-Baillière, Madrid, 1912.

Capítulo X

Nota 16 K. R. POPPER, *The open society and its enemies*. Trad. EDUARDO LOEDEL, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1957. (Aparece citado también en cap. X, notas 21, 22, 38 y 39; cap. XII, nota 5, cap. XVI, notas 1 y 12.)

Nota 43 S. MILL, *On Liberty*. Hay traducción al castellano con el título *La Libertad*, Ed. Fernando Fe, Madrid, 1890.

Capítulo XI

Nota 4 E. KANT, *Metaphysisches Anfangsgründe der Rechtslehre*. Hay traducción castellana con el título de *Principios metafísicos del derecho*, Ed. Americana, Buenos Aires, 1943.

Capítulo XII

Nota 1 G. DEL VECCHIO, *Die Gerechtigkeit*. Traducción de la 3ª edición italiana por FRANCISCO LAPLAZA, "La Justicia", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1952.

Nota 7 E. KANT, *Metaphysik der Sitten*. Trad. MANUEL GARCÍA MORENTE, *Metafísica de las costumbres*, Espasa Calpe, 1946.

Nota 7 E. KANT, *Einleitung in die Rechtslehre*. Trad. FELIPE GONZÁLEZ VICEN, *Introducción a la teoría del derecho*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954.

Nota 15 F. GÉNY, *Methode d'interpretation*. Hay traducción al castellano con el título *Método de interpretación y fuentes del derecho positivo*, Ed. Reus, Madrid, 1925.

Nota 18 SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*. Hay traducción al castellano de la versión francesa, hecha por JACINTO MESÍA y MANUEL POLEY, *Sistema del derecho romano actual*. Ed. F. Góngora y Cia., Madrid, 1878.

## BIBLIOGRAFIA DE OBRAS DEL AUTOR

(La lista siguiente incluye exclusivamente los trabajos publicados en inglés, alemán, italiano, francés y castellano.)

## I. LIBROS

- Theorie der Rechtsquellen.* (Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen). Leipzig, 1929, 14-458, pág. 40.
- Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis.* (Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft.) Copenhagen, 1933, 486, pág. 40.
- Towards a realistic jurisprudence. A criticism of the dualism in law.* Copenhagen 1946. págs. 1946. (Comentario crítico de Jerome Hall en la "Harvard Law Review", 63: 1949, pág. 18). [Hay traducción castellana de Julio Barboza: "Hacia una ciencia realista del derecho (Crítica del dualismo en el derecho)" ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.]
- A textbook of international law. General part.* Longmans, London 1947, 313 pág. [Hay comentarios críticos en "American Journal of International Law", 43: 1949, pág. 197; "Cambridge Law Journal", 10: 1949, pág. 305; "Illinois Law Review", 44: 1949, pág. 416.]
- Constitution of the United Nations. Analysis of function and structure.* Munksgaard, Copenhagen, 1950, págs. 236 [Comentario crítico de Max Sorensen en "Jus gentium. Nordisk Tidsskrift for Folkeret og international Privatret". Copenhagen, 2: 1950, pág. 245-49].
- Lehrbuch des Völkerrechts.* Stuttgart und Köln, 1951, 296 págs. [Göttinger Studien zum Völkerrecht und internationalen Privatrecht, 3.]
- Why democracy?* Harvard University Press, Cambr., Mass., 1952, 8, 249 págs.
- Constitución de las Naciones Unidas.* [Versión española por F. Atrias Parga. Madrid, 1954, 356 págs.]
- On law and justice.* Stevens, Londres 1958, 11, 383 pág. [Edición norteamericana de la University of California Press, Berkeley, 1959.] [Comentarios críticos de: A. H. Campbell en "Modern law review", 1959, pág. 703-06. H. L. A. Hart en "The Cambridge law journal", 1959, pág. 233-40. Hans Kelsen en "Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht" 1959, pág. 1-25. A. K. R. Kiralfy en "International and comparative law quarterly", 1960, pág. 163-64. W. L. Morrison en "The Yale law journal", 1959/60, pág. 1090-96.]

## II. ARTÍCULOS

- Recht und Wirklichkeit.* "Juristische Blätter" 59. Jahrg. Viena, 1930, pág. 245-51. 20.
- Völkerbund und Staatssouveränität.* Vortrag. "Zeitschrift für öffentliches Recht", 11:1931 Viena págs. 441-64.
- La souveraineté des états et la Société des Nations.* "Revue de droit international et de législation comparée". Bruselas, 1931, pág. 652-68, 1932, pág. 112-30. (Traducción del alemán de Leon Devogel.)

- Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit.* "Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique". Paris, 1934, págs. 167-187.
- Imperatives and Logic.* "Theoria", Lund, 1941, págs. 53-71.
- On the Illusion of Consciousness.* "Theoria" Lund, 1941, págs. 171-202.
- On the Logical Nature of Propositions of Value.* Lund "Theoria", 1945, págs. 172-210.
- Denmark's legal status during the occupation.* "Jus gentium. Nordisk Tidsskrift for Folkeret og international Privatret". Copenhagen, 1: 1949, págs. 3-21.
- Maintenance of peace and the veto rule in The United Nations.* "Jus gentium. Nordisk Tidsskrift for Folkeret og international Privatret" Copenhagen, 1: 1949, págs. 165-69 (Resumen en inglés del artículo en danés publicado en el mismo número, págs. 147-65).
- Opinion for the use in the appeal case against K. R. Werner Best e. a.* "Jus gentium. Nordisk Tidsskrift for Folkeret og international Privatret". Copenhagen, 1: 1949, pág. 290-93, (Resumen en inglés del artículo en danés publicado en el mismo número, págs. 274-90).
- Is the Charter of the United Nations a treaty or a constitution?* "Jus gentium. Nordisk Tidsskrift for Folkeret og international Privatret". Copenhagen, 1:1949, págs. 236-46.
- Qu'est-ce que la démocratie?* "Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger". Paris, 1930, págs. 29-42.
- La carta delle Nazioni Unite è un trattato o una costituzione?* "Jus Gentium" (Roma), 1950, págs. 97-112.
- General legal characterization of the United Nations.* "Jus gentium. Nordisk Tidsskrift for Folkeret og international Privatret". Copenhagen, 2:1950, págs. 63-70.
- Eine österreichische Völkerrechtslehre.* "Jus gentium. Nordisk Tidsskrift for Folkeret og international Privatret". Copenhagen 1950, vol. II, pág. 218-26. [Comentario crítico de A. Verdross: "Völkerrecht". 2. Auf 1. 1950].
- The proviso concerning "Domestic Jurisdiction" in art. 2 (7) of the Charter of the United Nations.* "Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht". Viena N. F. Bd., 2 1950, págs. 562-71.
- Union of States and Present European Conditions.* "UNESCO Bulletin of Social Sciences", 1951, págs. 291-294.
- Power politics and the ideology of the United Nations.* "Jus gentium" Copenhagen, 22: 1952, pág. 33-48.
- The Idea of the Purity of Science and the Social Sciences.* In Otto Molden, "Erkenntnis und Aktion". Viena (Ullstein), 1955, págs. 144-155.
- Law and the growth of international society.* "University of Illinois Law Forum", 1956, págs. 262-69.
- Tv-Tå.* "Scandinavian studies in law". Vol. 1. Estocolmo, 1957, págs. 137-53. [Traducción inglesa del artículo aparecido en danés en Festschrift til Henry Ussing. Copenhagen, 1951, pág. 468-84.] La versión inglesa ha sido publicada también en la "Harvard Law Review", 70: 1956/57, págs. 812-25. Hay traducción al castellano de Genaro R. Carrió: "Tv-Tå." Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.]
- The value of blood tests as evidence in paternity cases.* "Harvard Law Review", 71: 1957/58, págs. 466-84.
- What is Democracy?* Scandinavian Democracy ed. I. A. Lanwerys Copenhagen 1958, págs. 48-57.

- Delegation of power. "The American journal of comparative law", 7: 1958, págs. 1-22.
- Definition in Legal Language. "Logique et Analyse". Nouvelle serie Louvain, 1958, págs. 139-149.
- Legal norms and norms of chess. "Österreichisches Zeitschrift für öffentliches Recht", Viena 10: 1959/60, págs. 477-87. [Este artículo está incorporado a "On law and justice".]
- On the concepts "State" and "State organs" in constitutional law. "Scandinavian studies in law". Estocolmo 5: 1961, págs. 111-29. [De: "Statsretslige studier" (Studies in constitutional law)]. Copenhagen. 1959, págs. 7-22.

### III. COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

- Nota crítica al libro de Hans Kelsen, *The law of the United Nations*. Londres, 1950. "Jus gentium. Nordisk Tidsskrift for Folkeret og international Privatret". Copenhagen, 2: 1950, págs. 250-55.
- Nota crítica al libro de Victor Kraft, *Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre*. "Österreichisch Zeitschrift für öffentliches Recht" Viena, 1953, págs. 117-122.
- Nota crítica al libro de Hans Kelsen, *What is Justice?* 45 "California Law Review", 1957 págs. 564-570.
- Nota crítica al libro de H. L. A. Hart, *The Concept of Law*. 71 "Yale Law Journal", 1962, págs. 1185-1190.
- Nota crítica al libro de Victor Kraft, *Erkenntnislehre*. "Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht". Viena 1962, págs. 232-258.

### INDICE ALFABÉTICO

- Actitudes, 291, 298  
 basadas en necesidades y sugeridas, 346, 352  
 condicionadas e incondicionadas, 296  
 creencia, y, 292  
 desinteresadas, 353  
 dogmático-morales y escéptico-morales, 355, 358
- Actos,  
 fácticos, como disposición, 217  
 fácticos y jurídicos, 211  
 sucesos, y, 211
- Acusación  
 facultad, y, 157  
 pública, 157, 200
- Ajedrez,  
 fenómenos del, 16  
 normas del, 16  
 reglas del, 16
- Ambigüedad, 112
- Analogía, 144, 147
- Antecedentes de una ley, 137
- Artifón, 229
- Argumentación, 297  
 técnica de, 146
- Aristóteles, 231
- Aserción, 8
- Austin, 2
- Autoridad,  
 competencia, y, 198  
 derecho subjetivo, y, 172  
 pública, 34, 198  
 suprema, 78
- Autorización, 217
- Bentham, 282, 342
- Bienestar social, 286, 311, 326
- Eracton, 83
- Cardozo, 72
- Carga emocional de las palabras, 294, 305
- Cargo, 217
- Cicerón, 235
- Ciencia  
 doctrina jurídica, y, 45  
 ideal de pureza de la, 306, 327  
 política, y, 47
- Ciencia del derecho, 11, 19, 21  
 carácter normativo de la, 9, 19  
 contenido, cognoscitivo y político de la, 47  
 sociología jurídica, y, 19
- Ciencia normativa, 8
- Ciencias sociales, y determinismo, 46
- Codificación, 83, 342
- Competencia,  
 autoridad, y, 198  
 autorización, y, 220  
 disposición, y, 211  
 normas de, 32, 58, 77  
 efecto de anulabilidad, y, 50  
 personal, procesal y material, 77, 199  
 presupuestas, 78  
 privada y pública, 198  
 sujeción, y, 180
- Competencia, principio de 195
- Comte, 243, 245
- Comunidad,  
 intereses atribuidos a la, 351  
 sociedad, y, 349

Conciencia jurídica,  
 escuela histórica, y, 70, 334  
 institucional (formal) y material,  
 54, 133  
 política jurídica, y, 346, 356  
 vigencia del derecho, y, 70  
 Conciencia moral, 256, 355  
 Bentham, y, 292  
 conciencia jurídica, y, 54  
 Conclusión a contrario, 145, 147  
 Conducta, normas de, 32, 58  
 derecho sustantivo, y, 203  
 Conocimiento,  
 acción, y, 289  
 práctico, 292  
 Consideraciones prácticas, 325, 356  
 Constitución, enmienda de la, 79  
 "Contenido real", 39, 41  
 Contexto y situación, 112  
 Convención, 60  
 Corrección, 289  
 Costumbre, 283  
 Creencia, 292  
 operativa, 299  
 Cuasi-disposición, y, 217  
 Cultura, tradición de, 95  
 Deber  
 facultad, y, 156  
 moral, 353  
 motivos desinteresados, y, 52  
 significación ideológica, 153  
 Decisión jurídica, como silogismo, 43  
 Declaración de voluntad, 213  
 Derecho,  
 aplicación por la fuerza, 61  
 carácter institucional del, 58  
 clasificación del, 198  
 como título de honor, 55  
 definición del, 30, 55, 58, 68  
 en acción y normas jurídicas, 19  
 equidad, y, 63  
 fuerza física, y, 33, 51, 59  
 historia del, 21  
 moral, y, 58, 62, 64, 68  
 paz, y, 63  
 propósito o idea del, 3, 63, 68  
 sanciones, y, 58  
 sustantivo y procesal, 202  
 validez, y, 18, 31  
 violencia, y, 54, 65  
 Derecho administrativo, 200  
 Derecho comparado, 22  
 Derecho internacional, 59  
 Derecho natural,

conservador y revolucionario, 23  
 derecho positivo, y, 242, 260  
 derechos naturales, y, 242, 258  
 encubierto, 243  
 evidencia, y, 254  
 moral, y, 242  
 racionalismo, y, 239  
 Derecho penal, 200, 205  
 Derecho procesal, 201, 202, 301  
 Derecho subjetivo,  
 concepto de, 164, 169, 182-187  
 de disposición, 185, 187  
 de pretensión, 185, 187  
 in personam e in rem, 170, 184  
 Derecho sustantivo y procesal, 200  
 "Derecho vigente", 11, 17, 29  
 como concepto relativo, frente  
 a la noción absoluta de validez,  
 decisiones equivocadas, y, 49  
 práctica de los tribunales, y, 40,  
 relación con las fuentes del dere-  
 cho, 98  
 Desacuerdo práctico, 297  
 Descartes, 240  
 Destino, necesidad del, 331  
 Desuetudo, 76  
 Determinismo,  
 historia, y, 47, 344  
 predestinación, y, 330, 337  
 predicción, y, 330  
 Disposición, 160  
 privada, 212  
 subgrupos de, 217  
 sujeto de la, 174, 177  
 Dogmatismo moral, 355  
 Dorr, Thomas Wilson, 82  
 Duguit, 180, 249  
 Equidad, 63, 275  
 Escepticismo moral, 355  
 Escuela histórica, 70, 334  
 Esencialismo y nominalismo, 232  
 Estoicos, 233  
 Exclamaciones, 8  
 Facultad,  
 deber, y, 156  
 exigible y no exigible, 190  
 Fenómenos jurídicos, 34  
 normas jurídicas, y, 17  
 Filosofía, 25  
 empírica, 66  
 Filosofía del derecho o "jurispru-  
 dence"  
 analítica, 2

ciencia del derecho, y, 25  
 conceptual, 136, 149  
 ética, 3, 25, 27  
 histórico-sociológica, 3, 24, 27  
 problemas de, 3, 24  
 Frank Jerome, 43, 72  
 Freirechtsbewegung, 136  
 Fuentes del derecho,  
 clasificación, 8  
 doctrina y teoría de las, 78, 100  
 derecho natural, 103  
 descriptiva o normativa, 74, 101  
 positivista, 103  
 relación con el "derecho vigente",  
 98  
 Fuerza física, y derecho, 34, 51  
 "Fuerza obligatoria", 39, 66, 103  
 de las fuentes del derecho, 102  
 de los precedentes, 86  
 Gray, John Chipman, 71, 99  
 Grotius, 239  
 Hechos  
 creadores y condicionantes, 210  
 operativos, 209  
 Hechos culturales, 363  
 Hegel, 245  
 Heráclito, 226  
 Hesíodo, 224  
 Historia,  
 concepción económica de la, 338  
 leyes de la, 21  
 Historicismo, 244, 331, 336  
 económico, 336  
 Hitler, leyes de, 31, 66, 68  
 Hohfeld, 165, 163  
 Holmes, 71  
 Homero, 221  
 Idealismo,  
 formal y material, 64  
 realismo, y, 63  
 Igualdad,  
 el derecho desde el punto de vis-  
 ta de la, 277  
 expropiación, e, 279  
 justicia, e, 261  
 Ihering, 182, 247  
 Ilícitos civiles (torts), 205  
 Illum Knud, 70  
 Incompetencia, 162  
 Inconsistencia entre normas, 124  
 Indeterminismo,

historia, y, 46, 325  
 política jurídica, y, 329  
 Indignación moral, 360  
 "Ingeniería social", 311, 315  
 Intereses  
 atribuidos a una comunidad, 349  
 atribuidos a un estado, 352  
 coincidentes, 348  
 comunes, 348  
 individuales y colectivos, 348  
 ponderación de, 270  
 privados y públicos, 351  
 sujetos de, 157, 174, 177  
 los animales como sujetos de  
 intereses, 178  
 Interpretación, 145  
 a contrario, 145  
 administración de justicia, 131  
 constructiva, 135  
 doctrina tradicional de la, 149  
 especificante, 142  
 estilo de, 106  
 tipos de, 136  
 extensiva, 142  
 factores pragmáticos de la, 140,  
 146  
 funciones cognoscitiva y valo-  
 rativa de, 136  
 histórica, 139  
 inconsistencia, e, 124  
 libre o limitada, 136  
 lógica, 124  
 por analogía, 142  
 por referencia, 113  
 por significado, 113  
 presuposiciones, e, 128  
 redundancia, e, 128  
 reglas de, 147  
 restrictiva, 142  
 semántica (en sentido restrin-  
 gido), 130  
 sentido lingüístico natural, e,  
 140  
 sinónima, 115  
 sintáctica, 119  
 teleológica, 141  
 teoría positivista de la, 132, 149  
 voluntad o intención del legis-  
 lador, 139, 146, 149  
 Irracionalidad de las actitudes mo-  
 rales, 355  
 Juegos, reglas de, 69  
 "Jurisprudence" (ver Filosofía del  
 derecho)

- Jus civile*, 235  
*Jus naturae*, 235  
 Justicia  
   derecho natural, y, 281  
   derecho positivo, y, 272  
   idea de, 262  
   Kant, 269  
   Nelson, 270
- Kant, 269, 355  
 Kelsen, 10, 65, 69, 309, 328  
 "Lagunas" del derecho, 97  
 Legislación, 78  
   subordinación a las fuerzas sociales
- Lex posterior*, 126  
*Lex specialis*, 126  
*Lex superior*, 126  
 Ley, antecedentes de la ley, 137  
 Libertad, 158  
   derecho subjetivo, y, 170  
 Lucha de clases, 338  
 Lündstedt, 180
- Magnaud ("le bon juge"), 277  
 Marx, 338  
 Metáforas, 305  
 Método jurídico, doctrina y teoría del, 105, 107  
   descriptivo o normativo, 107, 149  
   movimiento del derecho libre, 150  
   positivista, 132, 149  
   tradicional, 149  
 Mill, John Stuart, 246  
 Minorías, 174  
 Modalidades jurídicas, 152  
 Moral,  
   conciencia jurídica, y, 61  
   derecho, y, 58, 62, 64, 68  
   fenómeno individual, 60  
   reglas de ajedrez, 15  
   sentido, 256, 355  
 Motivos de la conducta lícita, 52  
 Myrdal, Gunnar, 308
- Necesidades, 346  
 Nelson Leonard, 270  
 Nominalismo y esencialismo, 232  
 Norma,  
   categórica e hipotética, 292  
   de competencia y de conducta, 32,  
   155, 199, 203  
   fundamental, 68, 69  
   jurídica,  
   en sentido propio y en sentido
- figurado, 33, 52  
 fenómenos jurídicos, y, 17, 34  
 proposiciones doctrinarias, y, 9  
 moral, 60  
 positiva y tradición cultural, 96
- Olivecrona, 8, 70  
*Opinio necessitatis*, 91  
 Orden jurídico, 58
- Pasividad, 217  
 Pensamiento de deseo, 295  
 Permiso, 158  
 Personas jurídicas, 175  
 Persuasión, 297, 303  
   propaganda, y, 307  
 Poder,  
   político, 57  
   económico, 341  
 Política jurídica, 34, 290  
   ámbito y tarea de la, 317, 345  
   conciencia jurídica, y, 346, 356  
   de *lege ferenda* y de *sententia ferenda*, 24, 46, 141, 321  
   fundamento teórico de la, 322  
   limitaciones de la, 340  
   otras políticas, y, 317  
   posibilidad de la, 329  
   sociología, y, 318, 322  
 Potestad  
   competencia, y, 157, 160  
 Precedente, 82  
 Predicción de las decisiones, 41  
 Prejuicio personal, 295  
 Prescripción, 156  
 Principio de preferencia, 195  
 Principio de prioridad, 194  
 Principio empírico, 39  
 Privilegio, 159  
 Profundidad intencional, 116  
 Prohibición, 156  
 Promesa, 217  
 Propaganda, 307  
 Propiedad, 166  
   transferencia de la, 175  
 Protágoras, 227  
 Protección  
   contenido de un derecho, y, 192  
   dinámica, principio de, 184  
   estática y dinámica, 178, 192  
   *in rem* e *in personam*, 184, 191,  
   196
- Racionalidad, y derecho, 273  
 Racionalización, 295  
 Racionalismo

- en el derecho natural, 239  
 legislación (Bentham), y, 342  
*Ratio decidendi*, 84  
 "Razón" como fuente del derecho, 95  
 Realismo,  
   idealismo, y, 63  
   norteamericano, 43, 67  
   psicologista, y conductista, 69  
 Reflexividad, 79  
 Relaciones jurídicas, 153, 162  
 Retórica, 316  
 Revolución del proletariado, 339
- Sanción  
   aleccionadora y no aleccionadora,  
   62  
   derecho de, 204  
   tipos de, 61  
   Savigny, 334  
   Schelling, 332  
   Semántica, 108  
   Signos, 109  
   Significado, 110  
   campo de, 115  
   representativo y emocional (expresivo), 6, 293  
   Símbolos, 108  
   Socialismo, 337  
   Sociología jurídica, 20, 23  
   política jurídica, y, 318, 322  
 Sofistas, 226  
 Solidaridad, 348  
 Solón, 225  
 Standards jurídicos, 274  
 Sujeción, 160  
 Sujeto del interés, de los procedimientos, y de la disposición, 157,  
 174, 177  
 Superposición de normas, 126  
*Sum quique*, 268
- Temor y respeto, como motivos, 55  
 Tendencias, estudio de, 340, 344  
 Teoría jurídica y política jurídica,  
 46
- Testamentos, 220  
 Tiranos, 54  
 Tolerancia, 360  
 Tomás de Aquino, 236  
 Transferencia de la propiedad, 175  
 Trusts, 175
- Usos y costumbres, 94  
 Utilitarismo, 281  
   derecho natural, y, 281  
   bienestar social, y, 286
- Vaguedad, 111  
 Validez,  
   actitudes desinteresadas, y, 52  
   aprobación ideológica, y, 54  
   idealismo, y, 64  
   poder compulsivo, y, 56  
 Verbalismos, 296  
 Verificación,  
   del procedimiento, 39  
   de proposiciones jurídicas referentes a normas de competencia, 35  
   de proposiciones jurídicas referentes a normas de conducta, 38
- Vigencia,  
   aplicación del derecho, y, 71  
   carácter relativo de la noción de,  
   45  
   del orden jurídico, 34  
   interpretación conductista de la,  
   32, 71  
   interpretación psicologista de la,  
   69  
   de las reglas del ajedrez, 16  
*Volksgeist*, 334,  
 Voluntad, declaración de, 213
- Windscheid, 182  
*Zweckvermögen*, 177