

LA NATURALEZA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL*

*Benjamin N. Cardozo***

SUMARIO

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

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

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

adhesión al precedente. El elemento sub-consciente en la actividad judicial. Conclusión.

CAPÍTULO I
INTRODUCCIÓN
EL MÉTODO FILOSÓFICO

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

3 Sec. 370, p. 165.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

12 Bacon, *Essay on judicature*.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

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

27 *The common law*, p. I.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

32 Cook, introducción citada.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

36 Cook, “*Harvard Law Review*”, vol. 29, ps. 816 y 836

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

38 “*New York Court of Appeals Reports*”, vol. 115, p. 506.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

42 “Jacobs & Youngs, Inc. v. Kent”, en “New York Court of Appeals Reports”, vol. 230, p. 239.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

46 Ehrlich, *Die juristische Logik*, ps. 225 y 227.

47 Cf. Gény, *op. cit.*, vol. II, sec. 165, p. 121; también vol. I, sec. 107, p. 304.

CAPÍTULO II

LOS MÉTODOS DE LA HISTORIA, LA TRADICIÓN Y LA SOCIOLOGÍA

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

1 Cf. Holmes, *The path of the law*, en “Harvard Law Review”, vol. 10, p. 465.

2 Bryce, *Studies in history and jurisprudence*, vol. II, p. 609.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

6 *Equity and forms for action*, p. 296.

7 *The path of the law*, en “*Harvard Law Review*”, vol. 10, p. 472.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

9 “Ellis & Blackburn, English Queen’s Bench Reports”, vol. 2, p. 216.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

Indudablemente la energía creadora que tiene la Costumbre en el desarrollo del Derecho Común es menor hoy que lo que era en tiempos pasados.¹² Aun en tiempos pasados su energía fue muy probablemente exagerada por Blackstone y sus discípulos. “Hoy reconocemos, dice Pound¹³ que la Costumbre es una costumbre de la decisión judicial y no de la acción popular”. “Es dudoso, dice Gray,¹⁴ si en todas las etapas de la Historia Jurídica no han sido las normas sostenidas por los jueces las que han

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

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

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

15 “English Law Reports, Exchequer”, vol. 10, p. 346.

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

17 Cf. fallos citados en la nota anterior.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

25 Cf. Brütt, p. cit., ps. 161 y 163.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

Esta idea del poder legislador del juez como operando entre espacios es semejante a la teoría de las “lagunas del Derecho”, familiar a los juristas extranjeros.²⁹ “La estructura general suministrada por la ley debe ser llena para cada caso por medio de la interpretación, esto es, siguiendo los principios de la ley. En estos dos casos, sin excepción, es función del tribunal suplir lo que la ley omite, pero siempre por medio de una función interpretativa”.³⁰ Si la ley es interpretada por el método de la “libre decisión”, tal procedimiento difiere más bien en grado que en naturaleza del que siguen los jueces de Inglaterra y Norteamérica en el desarrollo del *common law*. Por cierto que Ehrlich en un libro reciente³¹ cita con aprobación a un autor inglés, quien dice³² que “excepto en unos pocos casos en que el Derecho es todavía obscuro, un código no puede limitar cualquier discrecionalidad que

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

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

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

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

32 “Law Quarterly Review”, London, vol. 19, p. 15.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

encuentra prontamente un solo término que cubra estos fines u otros semejantes, los que se confunden uno con otro por graduaciones imperceptibles. Quizás pudiéramos situarnos con Kohler,³³ Brütt³⁴ y Berolzheimer³⁵ en ese algo indefinible, pero comprensivo, conocido como *Kultur*, si la Historia reciente no lo hubiera desacreditado y amenazado con aversión hacia aquéllos que lo usen. Yo he elegido en su lugar un término que si bien no resultará suficientemente preciso para el filósofo, se encontrará por lo menos que es suficientemente definido y comprensivo como para servir a los propósitos del juez.

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

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

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

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

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

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

41 Gény, *op. cit.*, vol. II, p. 91.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

43 Duguit, *op. y loc. cit.*s.

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

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

46 “United States Reports”, vol. 198, p. 45.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

volver en el futuro como al comienzo de una era.⁴⁷ En el ejemplo era la voz de la minoría. En principio se ha transformado en la voz de una nueva forma de distribución, que se ha estatuido a sí misma como Derecho. “La enmienda decimocuarta no sanciona la Estática Social de Herbert Spencer”.⁴⁸ “Una Constitución no intenta incorporar una teoría económica particular, sea la del paternalismo y de la relación orgánica del ciudadano con el Estado, o la del *laissez faire*”.⁴⁹ “La palabra libertad en la enmienda decimocuarta es falsificada cuando se la sostiene para impedir la manifestación natural de una opinión dominante, a menos que se pueda decir que un hombre racional y justo admitiría necesariamente que la ley propuesta infringirá principios fundamentales, tal como ellos han sido comprendidos por las tradiciones de nuestro pueblo y nuestro Derecho”.⁵⁰ Ésa es la concepción de la libertad que predomina hoy.⁵¹ Tiene sus críticos aun todavía⁵² pero su dominio está, creo, asegurado. Sin duda, habrá a veces diferencias de opinión cuando tan delicada concepción sea aplicada a condiciones cambiantes.⁵³ Por cierto que, a veces, las condiciones mis-

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

48 “United States Reports”, vol. 198, p. 75.

49 “United States Reports”, vol. 198, p. 75.

50 “United States Reports”, vol. 198, p. 76.

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

52 Burgess, *Reconciliation of government and liberty*.

53 “Adams v. Tanner”, en “United States Reports”, vol. 244, p. 590.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

mas están imperfectamente reveladas e inadecuadamente conocidas. Muchos e insidiosos son los medios por los que la opinión es envenenada en sus fuentes. Los tribunales a menudo han sido conducidos al error al juzgar sobre la validez de una ley, no por falta de comprensión del Derecho sino por incomprensión de los hechos. Esto pasó en Nueva York. Una ley que prohibía el trabajo nocturno de las mujeres fue declarada arbitraria y nula en 1907.⁵⁴ En 1915, con un conocimiento más completo de las investigaciones de los asistentes sociales, una ley similar fue calificada de razonable y válida.⁵⁵

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

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

57 United States Constitution, enmienda 14ª.

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

59 Montpellier, Coulet et fils, éditeurs, 1910.

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Marshall, que es una *Constitución* lo que estamos interpretando”.⁶²

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

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

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

66 “Munn v. Illinois”, en “United States Reports”, vol. 94, p. 113.

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

esa categoría.⁶⁸ Una sentencia reciente de un tribunal inferior ha puesto en la misma categoría a las transacciones sobre la venta de carbón cuando la situación de emergencia creada por la guerra o la dislocación que de ella resulta, trae una situación de injusticia y opresión en el juego de la libre competencia.⁶⁹ Los defensores de las recientes leyes de alquileres en Nueva York⁷⁰ declaran que las nuevas restricciones a los antiguos derechos de propiedad hallan justificación en principios semejantes. Yo no sugiero ninguna opinión acerca de si se puede afirmar que esas leyes, en algunos de sus aspectos, vayan demasiado lejos. Me limito a indicar la naturaleza del problema, y el método y actitud del enfoque.⁷¹

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

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

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

70 Leyes de 1920, caps. 942 y 953.

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

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

73 “*United States Reports*”, 1876, vol. 94, p. 113.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

75 “Otis v. Parker”, en “United States Reports”, vol. 187, p. 608.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

76 “The Germanic”, en “United States Reports”, vol. 196, ps. 589 y 596.

77 *Die Kunst der Rechtsanwendung*, p. 57.

78 “Missouri, K. & T. Co. v. May”, en “United States Reports”, vol. 194, ps. 267 y 270; “People v. Crane”, en “New York Court of Appeals Reports”, vol. 214, ps. 154 y 173.

79 Cf. Collins, *The 14th amendment and the States*, ps. 158 y 166.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

83 Juez Knowlton, “Anchor Electric Co. v. Hawkes”, en “Massachusetts Reports”, vol. 171, ps. 101 y 104.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

CAPÍTULO III

EL MÉTODO DE LA SOCIOLOGÍA.

EL JUEZ COMO LEGISLADOR

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

1 “Seaver v. Ransom”, en “New York Court of Appeals Reports”, vol. 224, p. 233.

2 “Fosmire v. National Surety Co.”, en “New York Court of Appeals Reports”, vol. 229, p. 44.

3 Cf. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon*, en “Continental Legal History Series”, vol. XI, sec. 36, p. 120.

4 “Wood v. Duff Gordon”, en “New York Court of Appeals Reports”, vol. 222, p. 88.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

-
- 5 “Kelso v. Ellis”, en “New York Court of Appeals Reports”, vol. 224, ps. 528, 536 y 537; “California Packing Co. v. Kelly S. & D. Co.”, en pub. cit., vol. 228, p. 49.
- 6 Pound, *Common law and legislation*, en “Harvard Law Review”, vol. 21, ps. 383 y 387.
-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

8 Ver su *Treatise on evidence*, *passim*.

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

14 Ehrlich, *op. y loc. cit.*s.

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

17 Brütt, *op. cit.*, ps. 101 y 111

18 Stammler, *Richtiges Recht*, sec. 162, cit. por Brütt, *op. cit.*, p. 104

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

20 Brütt, *op. cit.*, p. 139.

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

El principio lógico fundamental del moderno punto de vista, ha sido admirablemente expresado por Van Der Eycken³² en su *Méthode positive de l'interprétation juridique*:³³ “al principio los hombres miraban al Derecho como el producto de la voluntad consciente del legislador. Hoy lo ven en su fuerza natural. Sin embargo, si podemos atribuir al Derecho el epíteto de «natural», es, como hemos dicho, en un sentido diferente del originariamente adscrito a la expresión «Derecho Natural». Esta expresión significaba entonces que la naturaleza había impreso en nosotros, como uno de los varios elementos de la razón, ciertos principios del cual todos los artículos del código eran solamente la aplicación. La misma expresión debe significar hoy que el Derecho surge de las relaciones de hecho que existen entre las cosas. Como esas relaciones mismas, el Derecho Natural está en perpetua acción. Ya no es más en los textos o en los sistemas derivados de la razón donde debemos buscar la fuente del Derecho, sino en la utilidad social, en la necesidad de que ciertas consecuencias se adscriban a hipótesis dadas. El legislador tiene sólo una conciencia fragmentaria de este Derecho, él lo traduce en las normas que prescribe. Cuando la cuestión es fijar el sentido de esas normas, ¿por dónde debemos investigar? Manifiestamente en su fuente; es decir, en las exigencias de la vida social. En ellas reside la más fuerte probabilidad de descubrir el sentido del Derecho. Del mismo modo cuando la cuestión

32 Profesor de la Universidad de Bruselas.

33 Sec. 239. p. 401.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

36 Cf. Pound, en “Harvard Law Review”, vol. 27, ps. 731 y 733.

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

38 Sec. 602.

39 Cf. Gray, *Nature and sources of law*, secs. 276, 366 y 369.

40 “Yale Law Journal”, vol. 29, p. 394.

41 Cf. Beale, *Conflict of laws*, sec. 129, p. 153.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

46 Cf. Ritchie, *Natural rights*.

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

50 Holland, *Jurisprudence*, p. 54.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

ha dudado de este deber.⁵¹ Sin embargo, a veces se tiene la sensación de que fue obscurecido por los juristas analíticos, quienes, al poner el acento sobre preciosismos verbales de definición, omitieron correlativamente subrayar las más profundas y sutiles realidades de los fines, propósitos y funciones. La constante insistencia en que la Moralidad y la Justicia no son Derecho ha tendido a engendrar la desconfianza y el desprecio del Derecho como algo para lo que la Moralidad y la Justicia no son solamente extrañas, sino hostiles. Se puede perdonar al nuevo desenvolvimiento del *naturrecht* desaciertos de expresión, si es que nos introduce a nuevos aciertos de método e ideales. No me interesa la logomaquia cerrada que se concentra sobre los contrastes entre el Derecho y la Justicia y olvida las armonías más profundas que entre ellos existen. Preferimos más bien el toque de clarín dado por el *Code Civil* francés⁵² al decir: “*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”.⁵³ “Es función de nuestros tribunales, dice un agudo crítico, mantener las doctrinas a tono con las *mores*, reformulándolas y dándoles un nuevo contenido continuamente. Esto es legislación judicial, y el juez legisla a su propio riesgo. Sin embargo es la necesidad y el deber de tal legislación lo que confiere al

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

55 Cf. “Standard Chemical Corp. v. Waugh Corp.”, en “New York Court of Appeals Reports”, vol. 231, ps. 51 y 55.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

CAPÍTULO IV

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

-
- 4 "Harris v. Jex", "New York Court of Appeals Reports", vol. 55, p. 421; "Gelpcke v. Dubuque", en "Wallace, United States Supreme Court Reports", vol. 1, p. 125; juez Holmes, "Kuhn v. Fairmount Coal Co.", en "United States Reports", vol. 215, ps. 349 y 371; "Harvard Law Review", vol. 29, ps. 8 y 103; "Danchey Co. v. Farny", en "Miscellaneous Reports", New York, vol. 105, p. 470; Freeman, *Retroactive operation of decisions*, en "Columbia Law Review", vol. 18, p. 230; Gray, *Nature and sources of law*, secs, 547 y 548; Carpenter, *Court decisions and the common law*, en "Columbia Law Review", vol. 17, p. 593.
- 5 "Evans v. Supreme Council", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 223, ps. 497 y 503.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

11 “Connecticut Reports”, vol. 89, ps. 74 y 99.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

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

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

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

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

14 “McCreery *v.* Day”, en “New York Court of Appeals Reports”, vol. 119, p. I; Williston, *Contracts*, vol. 3, secs. 1835 y 1836.

15 “Harris *v.* Shorall”, en “New York Court of Appeals Reports”, vol. 230, p. 343.

16 “McCreery *v.* Day”, en “New York Court of Appeals Reports”, vol. 119, p. I; “Thompson *v.* Poor”, en *pub. cit.*, vol. 147, p. 402.

17 “Harris *v.* Shorall”, en “New York Court of Appeals Reports”, vol. 230, p. 343.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

Permítanme tomar un ejemplo del Derecho sobre la prueba (*law of evidence*). Un hombre es procesado por violación. Su defensa consiste en afirmar que la mujer consintió. Él puede hacer ver que la reputación de ésta en lo que se refiere a la castidad es mala. Él no puede probar actos específicos, aun cuando sean repetidos, de deshonestidad con otro hombre u otros hombres.¹⁸ Lo único que cualquier apreciador responsable de los hechos desearía saber por sobre todo, al estimar la verdad de la defensa, es algo que debe ser excluido de la consideración del jurado por imperio de una regla inflexible. Aun cuando la mujer misma preste declaración, el procesado no se ve ayudado, porque, pese a que en tal caso la puede repreguntar sobre otros hechos, la respuesta de ella viene a quedar como concluyente. No cabe duda que un juez debería ejercitar una cierta discreción en la admisión de esa prueba; debería excluirla si fuera demasiado remota, y debería estar pronto, permitiendo su producción o de cualquier otro modo, a evitar cualquier injusticia que pueda resultar de la actividad sorpresiva de las partes. Pero no es ése el efecto de la regla actual. La prueba es excluida completamente y siempre. Algunos tribunales, por cierto, han adoptado un diferente punto de vista pero desafortunadamente su número es pequeño. Aquí, como en muchas otras ramas del Derecho relativo a la prueba, vemos una exagerada confianza en la reputación general de los litigantes o testigos como piedra de toque para la afirmación de su carácter. Esa fe es una supervivencia de tiempos más sencillos. Se justificaba en los días

18 "People v. Carey", en "New York Court of Appeals Reports", vol. 223, p. 519.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

en que los hombres vivían en comunidades pequeñas. Quizás aún ahora tenga alguna justificación en los distritos rurales. En la vida de las grandes ciudades, ha convertido a la prueba sobre el carácter en una farsa. En esto, como en muchas otras ramas del Derecho Adjetivo, un espíritu de realismo deberá llevar a cabo la armonía entre las reglas actuales y las necesidades actuales.

No obstante ello, la regla de adhesión al precedente se aplica con menos rigidez en los Estados Unidos que en Inglaterra y, según creo, con una rigidez que va disminuyendo aun aquí. La Cámara de los Lores se declara a sí misma absolutamente atada por sus propias decisiones anteriores.¹⁹ La Suprema Corte de los Estados Unidos y los tribunales superiores de los diferentes estados derogan sus propias decisiones anteriores cuando son manifiestamente erróneas.²⁰ Pollock, en un trabajo titulado *The science of case law*, escrito más de cuarenta años atrás, hablaba de la libertad con que esto se hacía, como sugiriendo que el Derecho no era nada más que una cuestión de opinión individual.²¹ Desde entonces esa tendencia, en todo caso, ha crecido. Un caso extremo se puede encontrar en una sentencia reciente de un tribunal federal:²² el actor demandó

19 Gray, *op. cit.*, sec. 462; Salmond, *Jurisprudence*, sec. 64, p. 164; Pound, *Juristic science and the law*, en "Harvard Law Review", vol. 31, p. 1053; "London Street Tramways Co. v. London County Council", "English Law Reports, Appeal Cases", 1898, ps. 375 y 379.

20 Pollock, *First book of jurisprudence*, ps. 319 y 320; Gray, *Judicial precedents*, en "Harvard Law Review", vol. 9, ps. 27 y 40.

21 *Essays in jurisprudence and ethics*, p. 245.

22 "Johnson v. Cadillac Motor Co.", en "The Federal Reporter, United States", vol. 261, p. 878.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

a un fabricante de automóviles por indemnización de daños personales resultantes de un coche defectuoso. En el primer juicio él obtuvo un veredicto favorable, que la Cámara de Apelaciones del Circuito de la Segunda Circunscripción revocó sobre la base de que el fabricante no tenía ninguna obligación hacia el demandante, ocupante del coche, puesto que éste no era el comprador original sino que lo había comprado de otro.²³ En un segundo juicio, el juez, obedeciendo a esta doctrina, rechazó la demanda, y un *writ of error* llevó nuevamente el caso ante el mismo tribunal de apelación. Mientras tanto, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York había resuelto, en una acción contra otro fabricante, que había una obligación en tales circunstancias, sin tomar en cuenta el principio de que los contratos son *res inter alios acta*.²⁴ El tribunal federal apoyó esa sentencia, derogó su doctrina anterior, y revocó la sentencia que rechazaba la demanda, que se había dictado en cumplimiento de su mandato.

El demandado que en ese caso obtuvo primero sentencia favorable porque la demanda fue rechazada, y luego tuvo un fallo desfavorable porque, sobre los mismos hechos probados, la demanda no fue rechazada, probablemente tenga sus propias ideas sobre la naturaleza de la función judicial. No pretendo decir si el desistimiento de la regla de adhesión al precedente se justificaba o no en tales condiciones. Un juez, en disidencia, sostuvo la opinión de que la sentencia anterior debería haber sido

23 "Federal Reporter, United States", vol. 221, p. 801.

24 "MacPherson v. Buick Motor Co.", en "New York Courts of Appeals Reports", vol. 217, p. 382.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

aplicada como el Derecho adecuado al caso sin tomar en cuenta su justicia, por simple aplicación de la *res adjudicata*. La conclusión a que arribó la mayoría del tribunal, sea verdadera o falsa, es interesante como muestra de un espíritu y una tendencia a subordinar el precedente a la Justicia. Uno de los grandes problemas con que tiene que habérselas el abogado y el juez de nuestra época es el de como conciliar esa tendencia, que es creciente y fundamentalmente saludable, con la necesidad de uniformidad y certidumbre. Tendremos que intuir nuestro derrotero en este asunto como en todo otro problema jurídico. En algún punto entre la adoración del pasado y la exaltación del presente ha de encontrarse el camino hacia la seguridad. Nuestra ojeada sobre los métodos judiciales nos enseña, según pienso, la lección de que todo el objeto de la Ciencia del Derecho, es más plástico, más maleable; que sus moldes están vaciados en forma menos definitiva, sus límites entre lo lícito e ilícito menos preordenados y constantes, de lo que la mayoría de nosotros, sin ayuda de semejante análisis, ha estado acostumbrado a creer. Lo que pasa es que nos gusta representarnos al Derecho como si estuviera perfectamente delineado y preconcebido. Nosotros dibujamos nuestras pequeñas líneas, y ellas se hallan un poco por abajo de lo que pretendemos antes de que las borremos. Lo mismo que pasa en el tiempo y en el espacio sucede aquí. Las divisiones son hipótesis de trabajo, que se adoptan por conveniencia. Cada vez más estamos tendiendo hacia una apreciación de la verdad que, después de todo, se sintetiza en pocas reglas; hay fundamentalmente pautas y grado. Es una cuestión de

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

grado la de si he sido negligente. Es una cuestión de grado la de si yo, ejerciendo el uso de mi tierra, he cometido una infracción que pueda ser atacada por mi vecino. Es una cuestión de grado la de si el Derecho que toma mi propiedad y delimita mi conducta, coharta mi libertad indebidamente.

De igual modo el deber mismo de un juez se transforma en una cuestión de grado, y él es un juez útil o malo según valore esas gradaciones correctas o deficientemente. Él debe equilibrar todos sus ingredientes, su filosofía, su lógica, sus analogías, su historia, sus costumbres, su sentido de lo recto, y todo lo demás, y agregando un poco aquí y sacando un poco allá, debe determinar, tan sabiamente como pueda, cuál será la pesa que ha de inclinar la balanza. Si todo esto parece una síntesis débil y poco concluyente, no estoy seguro de que la culpa sea mía. Yo sé que tiene que ser un farmacéutico muy hábil el que pueda componer un remedio adecuado sobre la base de una receta tan general. Pero la misma crítica se puede hacer a casi todas las tentativas de formular los principios que reglan la práctica de un arte. W. Jethro Brown nos recuerda en un reciente trabajo sobre *Law and evolution*²⁵ que “el libro de sir Joshua Reynolds sobre pintura ofrece poca o ninguna guía a aquéllos que desean ser famosos pintores. Los libros sobre los estilos literarios son notoriamente carentes, por regla general, de utilidad práctica”. Después que se ha terminado el fatigoso proceso de análisis, debe haber para todo juez una nueva sín-

25 “Yale Law Journal”, vol. 29, ps. 394 y 397.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

tesis que tendrá que hacer por sí mismo. Lo más que él puede esperar es que, con prolongada meditación y estudio, con años de práctica en la profesión de abogado o de juez, y con la ayuda de esa gracilidad interna que aparece repetidamente en los elegidos de cualquier vocación, el análisis pueda ayudar un poco a hacer que la síntesis sea verdadera.

En lo que acabo de decir he dejado, quizás demasiado, en el fondo de la perspectiva y en la sombra, los casos en que la controversia se vuelve no sobre la regla de Derecho, sino sobre su aplicación a los hechos. Esos casos, después de todo, constituyen el mayor volumen del trabajo de los tribunales. Ellos son importantes para los litigantes involucrados en ellos. Ellos requieren inteligencia, paciencia y recto discernimiento por parte de los jueces que deben decidirlos. Pero dejan a la Ciencia del Derecho en el punto en que se hallaba antes. Aplicada a tales casos, la función judicial, como se dijo al principio de estas conferencias, es una función de búsqueda y comparación, y poco más. Tenemos que distinguir entre los precedentes que son meramente estáticos y los que son dinámicos.²⁶ Como los primeros sobrepasan en número varias veces a los últimos, un bosquejo de la función judicial que se ocupe casi exclusivamente del elemento creativo o dinámico, probablemente dará una impresión falsa, un cuadro de tintes, recargados de incertidumbre en el Derecho y de libre discreción en el juez. De los casos que llegan ante el tribunal a que pertenezco, una mayoría,

26 Cf. Salmond, *Jurisprudence*, p. 160.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

según pienso, no podrían ser decididos con apariencia de razón de ninguna otra manera que en un solo sentido. El Derecho y su aplicación correlativa son igualmente sencillos. Esos casos están predestinados, para así decirlo, a ser apoyados sin necesidad de fundamento. En otro tanto por ciento importante, la regla de Derecho es cierta, y sólo la aplicación es dudosa. Un expediente complicado debe ser disecado, las declaraciones de testigos más o menos incoherentes e ininteligibles, deben ser analizadas, para determinar si una situación dada entra en un casillero u otro del esquema de lo lícito e ilícito. El viajero que sabe que una línea férrea atraviesa su ruta debe tener cuidado de los trenes que se puedan cruzar. Por lo menos, ésa es una regla general. En innumerables litigios la descripción del terreno debe ser estudiada para ver si la visión ha sido obstruida o si algo ha sido hecho u omitido que tome al viajero desprevenido. A menudo estos casos y otros parecidos provocan diferencia de opinión entre los jueces. La Ciencia del Derecho se mantiene incólume, sin embargo, cualquiera que sea el resultado. Finalmente queda un tanto por ciento, indudablemente no muy amplio, y sin embargo no tan pequeño como para ser despreciable, en el que una sentencia, de una u otra manera, contará para el futuro, avanzará o retardará, a veces mucho, a veces poco, el desarrollo del Derecho. Estos son los casos en que el elemento creativo de la función judicial encuentra su oportunidad y fuerza. Es de estos casos de los que me he ocupado primordialmente en todo de lo que les he dicho. En cierto sentido, es verdad que muchos de ellos pueden ser resueltos en un sentido u

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

otro. Con ello quiero significar que se pueden hallar razones plausibles y más o menos persuasivas para una conclusión o para otra. Aquí entra a actuar ese equilibrio de juicio, ese valorar y elegir consideraciones de analogía, lógica, utilidad y justicia, que he estado tratando de describir. Es aquí donde el juez asume la función de legislador. En mis primeros años de juez yo sentía mi espíritu muy conturbado al verificar cuan borrosos estaban los caminos por los que me había aventurado. Yo buscaba la certeza. Me sentía oprimido y descorazonado cuando me daba cuenta de que el problema era fútil. Entonces trataba de tocar tierra. La tierra firme de las reglas fijas y establecidas, el paraíso de una Justicia que se afirmará a sí misma mediante testimonios más simples y más imperiosos que sus reflejos pálidos y fluctuantes en mi propia mente y conciencia vacilantes.

Encontré “con los viajeros del *Paracelsus* de Browning, que el verdadero cielo está siempre mas allá”.²⁷ A medida que los años han pasado y que he reflexionado más y más sobre la naturaleza de la función judicial, me he reconciliado con la incertidumbre porque he aprendido a verla como inevitable. He aprendido a ver que esa función en su más alta expresión no es descubrimiento sino creación; y que las dudas y desconfianzas, las esperanzas y temores son partes del dificultoso trabajo de la mente, los sufrimientos de la muerte y los dolores del alumbramiento con que los principios que en su época han servido, expiran y otros nuevos nacen.

27 G. Lowes Dickinson, *Religion and immorality*, p. 70.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

He hablado de las fuerzas de que se valen abiertamente los jueces para dar forma y contenido a sus sentencias. Aun esas fuerzas se hallan raras veces totalmente en la conciencia. Sin embargo ellas yacen tan cerca de la superficie que no es posible ignorar su existencia e influjo. Pero la cuestión no se agota con el reconocimiento de su poder. Muy por debajo de la conciencia hay otras fuerzas, las apetencias y desdenes, las predilecciones y los prejuicios, el complejo de instintos, emociones, hábitos y convicciones que configuran al hombre, sea litigante o juez. Quisiera haber encontrado el tiempo y la oportunidad para investigar esta materia más ampliamente. Sólo puedo, como están las cosas, hacer poco más que recordarles su existencia.²⁸ Ha habido una cierta falta de sinceridad en mucho de la discusión sobre este tema, o más bien, quizás, en el hecho de que se ha rehuido discutirlo, como si los jueces fueran a perder respeto y confianza por la idea de que están sujetos a las limitaciones humanas. Yo no dudo de la grandeza de la concepción que los eleva al reino de la pura razón, por arriba y más allá del movimiento de fuerzas perturbadoras y antagónicas. No obstante ello si hay algo de realidad en mis análisis de la función judicial, los jueces no quedan aislados en esas alturas heladas y distantes. No vamos a ayudar a la causa de la verdad si actuamos y hablamos como si lo estuvieran. Las grandes mareas y corrientes que engolfan al resto de los hombres no varían su curso para dejar

28 Un interesante estudio sobre esta materia se encontrará en un libro publicado luego que estas conferencias fueron escritas: James Mickel Williams, *The foundation of social science*, ps. 209 y ss.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

a los jueces de lado. Nos gusta figurarnos a los procesos judiciales como fríamente objetivos e impersonales. El Derecho concebido como un objeto de existencia real, viviendo apartado y solo, habla, a través de las voces de predicadores y sacerdotes, las palabras que ellos no tienen más remedio que pronunciar.

Ése es un ideal de verdad objetiva hacia el que tiende todo sistema de Ciencia Jurídica. Es un ideal del que grandes publicistas y jueces han hablado como de algo posible de lograr.

“Los jueces de la nación, dice Montesquieu, son solamente las bocas que pronuncian las palabras del Derecho, seres inanimados, que no pueden modelar ni su fuerza ni su rigor”. Igual dice Marshall en el caso “Osborne v. Bank of the United States”:²⁹ El Departamento Judicial “no tiene voluntad en ningún caso... El Poder Judicial nunca se ejercita con el propósito de dar efecto a la voluntad del juez; siempre, con el propósito de dar efecto a la voluntad de la legislatura; en otras palabras, a la voluntad de la ley”. Esas palabras tienen un sonido elevado; están bien y finamente dichas; pero nunca pueden ser más que parcialmente verdaderas. La propia carrera de Marshall es una conspicua ilustración del hecho de que el logro del ideal se halla más allá del alcance de las facultades humanas. Él confirió a la Constitución de los Estados Unidos los perfiles de su propio pensamiento; y la forma de nuestro Derecho Constitucional es lo que es, porque él lo moldeó, mientras

29 “Wheaton, United States Supreme Court Reports”, vol. 9, ps. 738 y 866.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

todavía era plástico y maleable, en el fuego de sus intensas convicciones personales. En el extremo opuesto están las palabras del jurista francés Saleilles en su tratado *De la personnalité juridique*:³⁰ “Se desea el resultado, al comienzo; se encuentra el principio, después; tal es la génesis de una construcción jurídica. Una vez aceptada, la construcción se presenta, sin duda, en el conjunto de la doctrina jurídica, bajo el aspecto opuesto. Se invierten los factores. El principio aparece como causa inicial, de la que se ha extraído el resultado que se presenta como deducido de él”. Yo no presentaría el caso tan libremente. Una afirmación tan impetuosa exagera el elemento de libre volición. Ignora los factores de determinismo que encierra y confina en límites estrechos la amplitud de la libre elección. No obstante ello, por su mismo exceso de énfasis, suministra el necesario correctivo a un ideal de objetividad imposible. Más cerca de la verdad, y a mitad de camino entre esos dos extremos, están las palabras de un hombre que no fue jurista, pero cuyas intuiciones y percepciones fueron profundas y brillantes las palabras del presidente Roosevelt, en su mensaje del 8 de diciembre de 1908 dirigido al Congreso de los Estados Unidos:³¹ “los principales legisladores en nuestro país pueden ser, y a menudo lo son, los jueces, porque ellos son el asiento último de la autoridad. Cada vez que ellos interpretan contratos, derechos de propiedad, *vested rights*, el debido proceso legal, la libertad, necesariamente sancionan

30 Ps. 45 y 46.

31 “Congressional Record”, Washington, D. C., vol. 43, parte I, p. 21.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

como Derecho partes de un sistema de filosofía social; y en la medida en que la interpretación es fundamental, ellos dirigen la producción del Derecho. Las sentencias de los tribunales en cuestiones económicas y sociales dependen de su filosofía económica y social; y para el progreso pacífico de nuestro pueblo durante el siglo XX, vamos a deber casi todo a aquellos jueces que se atienen a una filosofía económica y social del siglo XX y no a una filosofía tiempo ha superada, la cual era, ella misma, el producto de condiciones económicas primitivas”.

Recuerdo que cuando se hizo esta afirmación, levantó una tormenta de críticas. Revelaba, según decían, ignorancia de la naturaleza de la función judicial. La faena del juez, nos decían, era la de descubrir la verdad objetiva. Su propia individualidad minúscula, su pequeño bagaje de filosofías dispersas y desordenadas, todo esto, con toda su debilidad y prejuicios inconscientes, tenía que ser dejado a un lado y olvidado. ¿Qué le importaba a los hombres de sus lecturas sobre las eternas verdades? No valía la pena dejar constancia de ellas. Lo que el mundo estaba buscando eran las eternas verdades mismas. Lejos estoy yo de negar que éste es, ciertamente, el fin hacia el cual todos debemos esforzarnos. Algo del espíritu de Pascal de investigar por sí mismo, y de autocrítica, le debe llegar a veces al hombre que se siente convocado a cumplir con su deber de moldear el progreso del Derecho. El propio aliento y ámbito de la oportunidad para dar expresión a su mejor yo, parecen señalar con el dedo acusador del desdoro y el desdén. ¿Quién soy yo para que en estos grandes movimientos progresivos, mi minúscula

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

personalidad desvíe tan sólo por un milímetro este gran juego y lucha de fuerzas? ¿Por qué la pura luz de la verdad habrá de ser impregnada y coloreada con algún elemento de mi ser? Ese tipo de perplejidades y dudas nos acosan constantemente. La verdad es, sin embargo, que todas esas incertidumbres internas nacen de la esperanza y el deseo de trascender las limitaciones que rodean a nuestra naturaleza humana. Teodoro Roosevelt, que conocía a los hombres, no tenía ilusiones en este terreno. No estaba postulando un ideal. No estaba fijando un fin. Él estaba midiendo las fuerzas y la resistencia de aquéllos que corrían la carrera. Mi deber como juez puede ser objetivar en el Derecho, no mis propias aspiraciones, convicciones y filosofía, sino las aspiraciones, convicciones y filosofías de los hombres y mujeres de mi época. Me resultará difícil hacer bien esto si mis propias simpatías, creencias y devociones apasionadas están con una época pasada. “Nunca podremos lisonjearnos, en cualquier interpretación judicial, de haber eliminado completamente la medida personal del intérprete. En las ciencias morales no hay método o procedimiento que suplante enteramente a la razón subjetiva”.³² Si queremos, podemos figurarnos la faena del juez como la faena de un traductor, que tiene que leer signos y símbolos dados de afuera. No obstante ello, no vamos a poner en esa tarea a hombres que no hayan absorbido el espíritu y se hayan llenado con amor, de la lengua que deben leer.

32 Gény, *op. cit.*, vol, II, sec. 159, p. 93 y sec. 168, p. 142; también Flavius, *op. cit.*, p. 43.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

No estoy en desacuerdo, en consecuencia, con la doctrina de que los jueces deben estar en consonancia con el espíritu de sus épocas. ¡Ay! el asentimiento a semejante generalidad no nos lleva lejos en el camino hacia la verdad. En todo tribunal es fácil que existan tantas concepciones del *Zeitgeist* como jueces que lo integren. Entre los jueces que he conocido no he encontrado ni el más leve vestigio de favoritismo o prejuicio, en cualquier sentido sórdido, vulgar o malévolos. Pero todos los días siento en mí una nueva convicción de la inevitable relación entre la verdad externa a nosotros y la verdad interna. El espíritu de la época, tal como se nos revela a cada uno de nosotros, es muy a menudo solamente el espíritu del grupo en que los accidentes del nacimiento, la educación, la profesión o las compañías, nos han dado un lugar. Ningún esfuerzo o revolución del pensamiento derrocará por completo en todos los tiempos el imperio de estas adhesiones subconscientes. “Nuestras creencias y opiniones, dice James Harvey Robinson,³³ como nuestros *standards* de conducta, llegan a nosotros insensiblemente como productos de nuestra familiaridad con nuestros camaradas, no como resultados de nuestra experiencia personal y de las inferencias que individualmente sacamos de nuestras propias observaciones. Estamos constantemente imbuidos de nuestra extraordinaria facultad de “racionalizar”, es decir, de inventar argumentos plausibles para aceptar lo que se nos impone por las tradiciones del grupo a que pertenecemos. Somos vilmente crédulos por naturaleza, e

33 *The still voice of the herd*, en “Political Science Quarterly”, vol. 32, p. 315.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

instintivamente aceptamos los veredictos del grupo. Somos sugestionables no solamente cuando estamos bajo el influjo de una multitud excitada o de una renovada vigencia ferviente, sino que estamos siempre y permanentemente atentos a la tranquila vocecilla de la *grey*, y estamos siempre listos a defender y justificar sus instrucciones y advertencias, y aceptarlas como los maduros resultados de nuestro propio razonar”. Esto fue escrito no especialmente a propósito de los jueces, sino de los hombres y mujeres de todas clases. La preparación de un juez, si va acoplada con los temperamentos judiciales en uso, ayudará en algún grado a emanciparlo del poder de sugestión de sus aversiones individuales y opiniones preconcebidas. Ayudará a flexibilizar el grupo a que sus adhesiones subconscientes se deben. Nunca serán enteramente extinguidas estas adhesiones mientras la naturaleza humana sea lo que es. A veces uno puede preguntarse cómo del juego de todas estas fuerzas del individualismo, puede surgir algo coherente, algo que no sea sino el caos y el vacío. Esos son los momentos en que exageramos los elementos diferenciales. Al final surge algo que posee un perfil definido, verdad y orden. Se ha dicho que “la Historia, como las Matemáticas, está obligada a suponer que las excentricidades más o menos se equilibran entre sí como para que algo permanezca constante al fin.³⁴ Lo mismo es verdad con respecto a la faena de los tribunales. Las excentricidades de los jueces se equilibran entre sí. Un juez mira los problemas desde el punto

34 Henry Adam, *The degradation of the democratic dogma*, ps. 291 y 292.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

de vista de la Historia, otro, desde el de la Filosofía, otro, desde la utilidad social, uno es un formalista, otro un tolerante, uno es tímido para todo cambio, otro un insatisfecho del presente; por debajo de la colisión entre mentalidades diversas late algo que tiene una constancia, uniformidad y valor medio mayor que sus elementos componentes. Lo mismo es verdad con respecto a la faena de los jurados. No intento sugerir que el producto, en todo caso, no revela los defectos inherentes a su origen. Los defectos están allí como en toda institución humana. Por el hecho de que no solamente están allí sino que además están visibles, es que confiamos que serán corregidos. No hay seguridad de que la regla que impone la mayoría será la expresión de la perfecta razón cuando se la encarna en una constitución o una ley. No deberíamos esperar más de ella cuando se la encarna en las sentencias de los tribunales. La marea sube y baja, pero las arenas del error se desmenuzan.

La faena de un juez es en un sentido perdurable, y en otro sentido efímero. Lo que es bueno en ella perdura. Lo que es erróneo es casi seguro que perecerá. Lo bueno queda como base sobre la que se han de edificar nuevas estructuras. Lo malo será rechazado y archivado por el laboratorio de los años. Poco a poco la vieja doctrina se va minando. A menudo las incrustaciones nuevas son tan graduales que su importancia es, al principio, ignorada. Finalmente descubrimos que el contorno del paisaje ha sido cambiado, que los viejos mapas deben ser desechados y que se deben trazar otros nuevos. Ese proceso, con toda su fuerza silenciosa aunque inevitable, ha sido des-

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL

cripto por Henderson con singular felicidad:³⁵ “cuando un adherente a una fe sistemática es expuesto constantemente a influencias y deseos inconsistentes con su fe, puede tener lugar un proceso de cerebración inconsciente por el cual se puede acumular un creciente acopio de inclinaciones mentales hostiles, que motiven fuertemente la acción y la decisión, pero que rara vez emergen claramente en la conciencia. Mientras tanto, las fórmulas de la vieja fe son retenidas y repetidas por la fuerza del hábito, hasta que un día se siente con toda fuerza que la conducta, las simpatías y los deseos fundamentales han llegado a ser tan inconsistentes con la estructura lógica, que esa fe debe ser descartada. Entonces empieza la tarea de edificar y racionalizar una nueva fe”.

Siempre haciéndose, a medida que el Derecho se desarrolla a través de los siglos, está esta nueva fe que silenciosa y firmemente borra nuestros errores y excentricidades. A veces pienso que nos preocupamos demasiado de la posible perdurabilidad de las consecuencias de nuestros errores. Éstos pueden producir una pequeña confusión por algún tiempo. Al final, ellos serán modificados o corregidos, o sus enseñanzas ignoradas. El futuro se ocupa de tales cosas. En la infinita función de seleccionar y volver a seleccionar, hay un constante rechazo de la escoria y una constante retención de todo lo que es puro, sano y excelente.

35 *Foreign corporations in american constitutional law*, p. 164; cf. Powell, *The changing law of foreign corporations*, en “Political Science Quarterly”, vol. 33, p. 569.

LECTURAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

El futuro, señores, es vuestro. Nosotros hemos sido llamados a cumplir nuestra parte en un proceso infinito. Mucho tiempo después que yo me haya muerto e ido, y que mi parte en él esté olvidada, vosotros estaréis aquí para hacer vuestra parte y para conducir la antorcha hacia delante. Sé que la llama arderá brillantemente mientras la antorcha esté a vuestro cargo.